

Pleidooi voor een intuïtiever benadering van het strafrecht

Pleidooi voor een intuïtiever benadering van het strafrecht

Prologen materieel strafrecht (derde druk), voorzien van een
inleiding en naschriften

Plea for a More Intuitive Approach to Criminal Law

Prologues substantive criminal law (third edition), accompanied by an introduction and
postscripts

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. S.W.J. Lamberts
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 26 maart 2009 om 16.00 uur

door

Frederik Alphons Jan Koopmans
geboren te Harlingen



Promotiecommissie

Promotoren:

Prof.mr. H. de Doelder

Prof.mr. P.A.M. Mevis

Overige leden:

Prof.mr. C.P.M. Cleiren

Prof.dr. R.M.G.E. Foqué

Prof.mr. C. Kelk

Omslagontwerp: Signia Grafisch Bureau, Finsterwolde

ISBN 978 90 9024073 2

NUR 824/402

Woord vooraf

Oorspronkelijk stond deze promotie gepland voor februari 2006; dat is echter maart 2009 geworden, dus meer dan drie jaar later. Dat komt voornamelijk doordat mijn gezondheid, die ondanks alles toch vrij robuust was, de laatste jaren is gaan haperen. Die drie jaar vertraging brengt met zich dat – in het bijzonder waar het proefschrift refereert aan *huidige* jurisprudentie of *recente* literatuur –, het oog is op de jaren 2004 tot hooguit 2007; voor het overige heeft deze dissertatie niets aan actualiteit ingeboet, vooral niet waar ideeën worden besproken die ouder zijn dan de spreekwoordelijke weg naar Rome.

In dit Woord vooraf zal ik een paar woorden wijden aan de samenhang tussen de diverse onderdelen van het voorliggende werk, al was het alleen maar om voor lezers de toegankelijkheid ervan te bevorderen. Zoals reeds uit de ondertitel mag blijken, bestaat het proefschrift uit in 2003 gepubliceerde prologen, voorzien van een inleiding en naschriften. Met de prologen ben ik begonnen in 1995, toen in het onderwijs een handboek verplicht was gesteld dat nogal uitweidde over zijlijnen (of soms over zijlijnen van zijlijnen). Toentertijd leek het een goed idee om zelf een aantal ‘voorredes’ te schrijven over de voornaamste leerstukken van het materiële strafrecht, waarmee studenten zich een beeld konden vormen van de hoofdlijnen alvorens de oversteek te maken naar het handboek. In eerste instantie werden die voorredes opgenomen in de reader, maar toen zij in een behoefte bleken te voorzien, werden zij uitgegeven als Prologen materieel strafrecht (1997, derde druk 2003). Bij het schrijven van de prologen had ik me de beperking opgelegd elk daarvan niet langer te maken dan

20 à 25 pagina's, wat impliceerde dat bij ieder leerstuk wel onderwerpen waren blijven liggen. Bij Opzet en Schuld was dat het geval van de Russische bedelaars, bij Causaliteit een diepgaander bespreking van het *frame problem*, bij Poging een uiteenzetting omtrent de paradoxen, bij Deelneming aspecten van de deelneming aan culpose delicten en bij Corporaties een nadere illustratie van zen en tao. Dat 'overgeschoten materiaal' is de basis geworden van deze dissertatie. In de naschriften staan per genoemd leerstuk die onderwerpen centraal, terwijl de inleiding ingaat op problemen die gemeenschappelijk zijn aan ieder naschrift.

Tot slot voor algemene lezers wat leessuggesties, bedoeld om het geschrift dat door zijn omvang ontmoedigend zal werken, meer te doen zijn dan een boek dat in de kast stof staat te verzamelen. Met 'algemene lezers' zijn mensen bedoeld die vooralsnog niets van strafrecht weten en wellicht denken dat zoiets droogs en intellectueels als een proefschrift daaromtrent niet aan hen besteed is. Hun raad ik aan te beginnen met een van de bijlagen en dat concrete geval op zich in te laten werken; dan weten zij in ieder geval welke situatie ik in mijn hoofd had toen ik de daaraan gekoppelde (sub)paragraaf aan het schrijven was. Zij zouden kunnen beginnen met de casus-Clinton Wiersma (p. 326), gevolgd door de paragraaf over poging tot medeplichtigheid (Naschrift Deelneming, p. 245), de casus-Joseph Braambos (p. 335) en vervolgens de paragraaf over het restant uit de proloog (Naschrift Deelneming, p. 247), de casus-Jon van Stralen (p. 347) en daarop de gelijknamige paragraaf uit Algemene inleiding (Algemene inleiding p. 2) of de casus-Linda Meerval (p. 317) met daarna de – wat lastiger – subparagraaf over hiv (Naschrift Opzet en Culpa, p. 79). Als zij (een van) deze leestips hebben gevolgd, krijgen ze enig idee waar dit proefschrift over gaat; mogelijk concluderen ze zelfs dat het lang niet zo droog en intellectueel is als ze eerst dachten.

Dordrecht, oktober 2008

Inhoud

1 Algemene inleiding 1

- 1.1 Verantwoording 1
 - 1.1.1 Casus-Jon van Stralen 2
 - 1.1.2 Contingentie 6
 - 1.1.3 Analoog en digitaal 8
 - 1.1.4 Conclusie 13
- 1.2 Intuïtieve basis 14
 - 1.2.1 Inhoud 14
 - 1.2.2 Probleemoplossen zonder en met 22

2 Proloog Opzet en Culpa 26

- 2.1 Opzet 26
 - 2.1.1 Van boos naar kleurloos opzet 26
 - 2.1.2 Vormen van opzet 30
 - 2.1.3 Dolus in causa 41
 - 2.1.4 Opzet en geestelijke stoornis 45
 - 2.1.5 Reikwijdte van opzet 51
 - 2.1.6 Bewijzen van opzet 55

2.2	Culpa	57
2.2.1	Vormen van culpa	58
2.2.2	Reëel verwijt nodig	59
2.2.3	Culpa in causa	61
3	Naschrift Opzet en Culpa	64
3.1	Doelgericht handelen	64
3.1.1	Geestlezen	65
3.1.2	Kanttekening	67
3.1.3	Relativering	70
3.2	Voorwaardelijk opzet	72
3.2.1	Russische bedelaars	73
3.2.2	Voorwaardelijk opzet/bewuste culpa	77
3.2.3	HIV	79
3.3	Restant uit proloog	83
3.4	Meerwaarde van intuïtieve benadering	86
3.4.1	Analoge karakter 'voorwaardelijk opzet'	86
3.4.2	Geen plaats voor objectieve aanmerkelijkheid	87
3.4.3	Pre-intellectueel bewustzijn	89
3.4.4	Ten slotte	90
4	Proloog Causaliteit	91
4.1	Klassieke optiek	91
4.2	Klassieke causaliteit in strafrecht	93
4.2.1	Opzettelijke gevolgsdelicten	94
4.2.2	Culpose gevolgsdelicten	98
4.2.3	Door gevolg gekwalificeerde delicten	100
4.2.4	Klassieke causaliteitsleren	102
4.3	Intermezzo: moderne optiek op causaliteit	106
4.3.1	Logica werkt achteraf	107
4.3.2	'Frame problem'	109
4.4	Moderne causaliteit in strafrecht	112
4.4.1	Juridisch-technische aspecten	114
4.4.2	Verdere ontwikkelingen	116

5 Naschrift Causaliteit 120

- 5.1 Causaliteit als aansprakelijkheid 120
- 5.2 'Frame problem' 125
 - 5.2.1 Begrip 126
 - 5.2.2 Toepassingen 129
- 5.3 Restant uit proloog 133
- 5.4 Meerwaarde van intuïtieve benadering 135
 - 5.4.1 Toerekening naar redelijkheid 135
 - 5.4.2 Reden bespreking frame problem 136
 - 5.4.3 Link met huidige jurisprudentie/literatuur 137

6 Proloog Posing 140

- 6.1 Grijze gebieden 140
- 6.2 Posing in perspectief 142
 - 6.2.1 'Iter criminis' 142
 - 6.2.2 Invloed delictsomschrijving 143
- 6.3 Bestanddelen posing 148
 - 6.3.1 Voornemen 150
 - 6.3.2 Begin van uitvoering 153
 - 6.3.3 Vrijwillige terugtred 161
- 6.4 Voorbereiding 168

7 Naschrift Posing 170

- 7.1 Leren-II 171
- 7.2 Paradoxen 176
 - 7.2.1 Logische paradoxen 177
 - 7.2.2 'Talige' paradoxen 179
 - 7.2.3 Existentiële paradoxen 184
- 7.3 Restant uit proloog 186
- 7.4 Meerwaarde van intuïtieve benadering 188
 - 7.4.1 Voornemen en voorwaardelijk opzet 188
 - 7.4.2 Doelloosheid 189
 - 7.4.3 Leren-II 189
 - 7.4.4 Link met huidige jurisprudentie 190

8 Proloog Deelneming 192

- 8.1 Algemeen overzicht 192
- 8.2 Accessoire deelnemingsvormen 198
 - 8.2.1 Medeplegen 199
 - 8.2.2 Doen plegen 205
 - 8.2.3 Uitlokken 210
 - 8.2.4 Medeplichtigheid 217
- 8.3 Niet-accessoire deelnemingsvormen 219
 - 8.3.1 Posing tot uitlokken 220
 - 8.3.2 Aanbieden van medeplichtigheid 223
- 8.4 Deelneming aan deelneming 225

9 Naschrift Deelneming 228

- 9.1 Dubbel opzet 228
 - 9.1.1 Medeplegen van culpose delicten 229
 - 9.1.2 Roekeloosheid 235
 - 9.1.3 Medeplegen van overtredingen 240
- 9.2 Posing tot medeplichtigheid 245
- 9.3 Restant uit proloog 247
- 9.4 Meerwaarde van intuïtieve benadering 249
 - 9.4.1 Analoog/digitaal 249
 - 9.4.2 Medeplegen van culpose delicten 250
 - 9.4.3 Link met huidige jurisprudentie 251

10 Proloog Corporaties 254

- 10.1 Naturalistisch daderschap 254
 - 10.1.1 Ego-epistemologie 254
 - 10.1.2 Alomtegenwoordigheid 255
 - 10.1.3 Cultureel contrast 256
- 10.2 Functioneel daderschap 259
 - 10.2.1 Rol van doen plegen 259
 - 10.2.2 Normadressaat 259
 - 10.2.3 Van naturalistisch naar functioneel daderschap 261

- 10.3 Corporatief daderschap 263
- 10.3.1 Corporatie als dader 264
- 10.3.2 Feitelijk leidinggever 270
- 10.3.3 Publiekrechtelijke rechtspersonen 277
- 10.4 Gebrek aan innerlijkheid 279

11 Naschrift Corporaties 281

- 11.1 Zen 283
- 11.1.1 ‘Roep van de koekoek’ 283
- 11.1.2 Isan en Kyōgen 288
- 11.2 Restant uit proloog 298
- 11.3 Meerwaarde van intuïtieve benadering 303
- 11.3.1 Zen 303
- 11.3.2 Link met huidige jurisprudentie 304

12 Epiloog 305

- 12.1 Meerwaarde per leerstuk 305
- 12.2 Reactie of respons? 307

Summary 311

Curriculum vitae 315

Bijlagen 316

Aangehaalde literatuur 358

Register 364

1 Algemene inleiding

Tijdens het schrijven van de prologen begon het vermoeden te rijpen dat diverse leerstukken van het materiële strafrecht stevig geworteld zijn in de intuïtie.

Voordat de naschriften bij de prologen deze intuïtieve ondergrond per leerstuk onder de loep nemen, komt in deze Algemene inleiding een tweetal thema's aan bod dat van belang is voor *alle* naschriften: een verantwoording van de gekozen aanpak en een dieper ingaan op de intuïtieve basis.

1.1 Verantwoording

Deze dissertatie zal geen klassiek proefschrift worden. Omdat er vragen zullen rijzen omtrent de wetenschappelijkheid van de aanpak, laat 1.1.1 aan de hand van een casus zien wat bedoeld wordt met 'klassiek', en waar het dit proefschrift dan wél om te doen is. Vervolgens belicht 1.1.2 de stijl van wetenschapsbeoefening die geëigend is zodra contingentie de hoofdrol speelt. Daarop geeft 1.1.3 aan dat het beter zou zijn als deze stijl een grotere plaats inruimt voor analoge aspecten. Ten slotte concludeert 1.1.4 dat de 'methodeloze methode' niet (verder) verantwoord kán worden.

Het is raadzaam met dit proefschrift geen ongerechtvaardigde verwachtingen te wekken. Zo zal geen poging worden ondernomen een uitputtende beschrijving en analyse te geven van de geldende rechtspraak of het geldende materiële strafrecht op het terrein van de verschillende leerstukken; het doel van die operatie zou er vervolgens uit kunnen bestaan aan de hand van objectieve

maatstaven te laten zien dat het geldend recht reeds uitgaat (of afwijkt) van een intuïtieve benadering zoals voorgestaan in deze dissertatie. Het tegendeel is het geval: rechtspraak en casussen zijn in de diverse prologen zodanig geselecteerd en gepresenteerd dat zij langs de meetlat gelegd kunnen worden van een – uiteraard persoonlijk – beroep op de intuïtie (zie daarover vooral de naschriften). Het gaat erom de intuïtieve benadering invoelbaar te maken voor een strafrechtsjurist die daarmee niet erg vertrouwd is. In die benadering is het overbrengen van subjectieve kennis dan met name van belang (nader hierover 1.1.2 op p. 8 e.v.). De selectie en presentatie van het geldend recht staat daarmee in het teken van deze doelstelling. Die selectie en presentatie zijn dus niet volledig; evenmin wordt gepretendeerd het geldend recht in zijn werking als premisse te beschrijven die een intuïtieve benadering zou rechtvaardigen. Kortom, selectie en presentatie van geldend recht staan in het teken van het presenteren van de intuïtieve benadering. Het proefschrift heeft daarentegen wel de pretentie dat een intuïtieve benadering kan helpen de verschillende leerstukken in het geldend recht in hun functioneren beter te begrijpen of tot hun recht te laten komen.

1.1.1 *Casus-Jon van Stralen*

In deze subparagraaf staan twee typen dissertatie over materieel strafrecht centraal. Beide typen gaan uit van een casus die zich weliswaar niet in die vorm heeft voorgedaan maar dat vandaag of morgen goed zou kunnen doen:

In de vroege vooravond van een mooie dag in juli 2005, als het verkeer bijzonder rustig is omdat half Nederland op vakantie is, sjoewen twee personen een zak puin naar het viaduct over de A15. Daarvandaan bekogelen ze de auto's die onder dat viaduct door rijden. De een, de 17-jarige Henkjan, volstaat ermee de bakstenen uit het puin aan te geven aan de ander, de 19-jarige Jon, die vervolgens de stenen naar de auto's gooit. Het blijkt Jon al snel dat het nog niet meevalt van vier meter hoogte een auto te raken die 120 km p/u rijdt, want hij laat de stenen óf te vroeg vallen, óf te laat. Ook bij zijn laatste auto, een oldtimer, houdt hij de steen te lang vast: de baksteen komt *achter* de auto op de weg terecht. In de overtuiging dat het zijn maatje ook niet zal lukken een auto te raken, draait Jon de rollen om, geeft een steen aan Henkjan en zegt dat de volgende wagen voor hem is. Henkjan blijkt wel een goede timer, die de volgende, een Daewoo, vol op de voorruit raakt. De baksteen gaat dwars door die ruit heen en treft de bestuurster dodelijk. Met dat risico hadden de jongens geen rekening gehouden: ze hadden er wel aan gedacht dat de voorruit van een getroffen auto vol sterren zou zitten, maar niet dat de baksteen er dwars doorheen zou gaan. Geschrokken rennen ze dan ook weg. Een dag later worden de verdachten door de politie aangehouden en verhoord. In zijn

verhoor verklaart Jon dat hij uit verveling de stenen heeft gegooid, dat hij wist iets riskants te ondernemen, maar dat hij, als hij had geweten dat het gooien zo'n desastreus gevolg had gehad, niet meegedaan zou hebben.

Het OM besluit Jon te vervolgen; de tenlastelegging luidt 1. medeplegen van dood door schuld op de bestuurster van de Daewoo, 2. poging tot dood door schuld op de bestuurder van de oldtimer. (Als de casus-Jon van Stralen is deze, in de vorm van vier processen-verbaal, opgenomen in de bijlagen bij dit proefschrift, p. 347 e.v..)

Zoals blijkt uit de bewijsmiddelen – in het bijzonder zijn eigen verklaring (p. 352 e.v.) – hangt in deze zaak alles af van al het andere (in het Engels: “... everything is *contingent upon* everything else”); de casus wordt beheerst door (in het Nederlands) *contingentie*. In 1.1.2 zal systematisch op dit begrip worden ingegaan, maar vooralsnog zal de lezer er enigszins vertrouwd mee worden gemaakt wat *contingentie* is.

Dat begrip speelt een hoofdrol in boeken van de paleontoloog Stephen Jay Gould (Gould 1989) en van de natuurkundige Per Bak (Bak 1996). Bak noemt als voorbeeld Columbus' ontdekking van Amerika in 1492 (Bak 1996, p. 8). Daaraan ging een lange reeks gebeurtenissen vooraf, die ieder van cruciaal belang waren voor de uitkomst: Columbus' ouders hadden elkaar moeten ontmoeten, Columbus had geboren moeten worden, hij had naar Spanje moeten gaan om zijn expeditie gefinancierd te krijgen, het weer tijdens de oversteek had redelijk moeten zijn, enzovoorts. Historische gebeurtenissen zijn onvoorspelbaar maar niet onverklaarbaar, omdat voor specifieke gebeurtenissen altijd een *narrative account* mogelijk is (een term van Gould). Voor een andere uitkomst is een ander verhaal nodig; bedenk daarbij echter wel dat de werkelijke uitkomst even (on)waarschijnlijk is als iedere andere: in een systeem dat wordt beheerst door *contingentie* is alles mogelijk. Dat “alles mogelijk is” wil overigens niet zeggen dat de natuurwetten op een of andere manier worden opgeheven: wie van de zestiende etage naar beneden springt, valt nog steeds naar beneden (niet naar boven) en overleeft die val niet (ook al staat de brandweer klaar met een springzeil). Let wel dat *contingentie* een rol speelt bij de specifieke gebeurtenissen, maar niet bij de uiteindelijke uitkomst. Als je een smeulend staafje wierook in het vaasje zet, kun je in het geheel niet voorspellen hoe de wierook zal gaan wervelen. Je weet echter wel wat je zult aantreffen als je dat staafje laat smeulen, de huiskamer verlaat en een paar uur later terugkeert: een geheel opgebrand staafje en een kamer waarin de wierookgeur zich gelijkmatig verspreid heeft. Zo ook met de ontdekking van Amerika: dat Columbus in 1492 op een Caribisch eiland landde (de specifieke gebeurtenis), is een *contingent* gevolg. Dat Europeanen echter de oceaan overstaken om te paard de inheemse bevolking van

Amerika te decimeren (en niet dat de Inca's te lama Europa koloniseerden) is volgens Jared Diamond bepaald geen toeval (Diamond 1997, p. 24–5). Het hangt er dus maar net van af waarin we geïnteresseerd zijn: in de statistische trends of in de specifieke gebeurtenissen. Als we geïnteresseerd zijn in de vraag hoe een appel valt, moeten we onze toevlucht nemen tot de natuurkunde. Als we geïnteresseerd zijn in de vraag waarom die appel precies op het moment viel dat Newton zat te wachten op inspiratie, hebben we niets aan de natuurkunde, maar moeten we op zoek gaan naar een historische studie.

Een analyse in termen van contingentie is ook toe te passen op de casus-Jon van Stralen. In zo'n analyse zou de eerste vraag kunnen zijn waarom Jon en zijn maatje überhaupt stenen hebben gegooid. Dat kwam doordat Jon al om kwart voor zes uitgegeten was en het ouderlijk huis verliet. Dat deed hij omdat zijn zus en haar vriend nogal verliefd op elkaar waren, zodat Jon hen liever alleen liet. Natuurlijk kunnen we het vangnet (telkens) wat verder werpen dan de reden waarom Jon het huis had verlaten: als Henkjan thuis was gebleven, Jons ouders niet op vakantie waren gegaan, of Jon niet bij Gamma had gewerkt, was er ook niet met stenen gegooid. Daarmee zijn alle vier genoemde factoren, die tot in het oneindige kunnen worden uitgebreid, *conditio sine qua non* voor de dood van de bestuurster van de Daewoo, maar de oorzaak daarvan zijn ze bepaald niet. Wijziging van één (schijnbaar pietluttig) kleinigheidje laat namelijk zien dat de zaak niet draait om noodzakelijke consequenties van de natuurwetten: als bijvoorbeeld het verliefde stelletje het had kunnen laten bij een platonische relatie, was er voor Jon geen aanleiding geweest het huis te verlaten. En zo had iedere verandering in elk detail een stroomversnelling langs een ander kanaal veroorzaakt, zodat niet was gebeurd wat nu is gebeurd.

De schrijver van een klassiek proefschrift zal zich niet wagen in het moeras van deze concrete casus. In plaats van uit te glijden in dat zompige terrein, zal deze schrijver graag vaste grond onder de voeten hebben. Dat kan hij bereiken door dit concrete geval zo snel mogelijk te generaliseren en het onderwerp van het proefschrift te centreren rond een abstracte vraagstelling als 'Is het mogelijk dat een culpoos delict wordt medegepleegd, of kan een poging worden ondernomen dat soort delicten te plegen?' Vervolgens kan hij de bestaande literatuur en rechtspraak napluizen met deze vraagstelling in zijn hoofd, de diverse meningen uitvoerig citeren, om tot slot een eigen standpunt te formuleren. Daarbij zou zijn conclusie kunnen zijn dat de eerste vraag met ja moet worden beantwoord omdat daarvoor de wetsgeschiedenis beslissend is: minister Modderman was van mening dat een culpoos delict kan worden medegepleegd als de participanten bewust hebben samengewerkt. De schrijver zou voorts kunnen concluderen dat

de tweede vraag het antwoord nee moet krijgen. Hoewel de Hoge Raad voorwaardelijk opzet voldoende acht voor het voornemen in art. 45, mag dat opzet niet zodanig worden opgerekt dat de waterscheiding tussen (voorwaardelijk) opzet en culpa wordt doorbroken. Poging tot een culpoos delict is dus niet mogelijk. Met deze twee antwoorden zijn de abstracte vragen waartoe de casus aanleiding gaf, wetenschappelijk beantwoord: een culpoos delict kan worden medegepleegd, maar een poging daartoe is niet mogelijk.

Dit proefschrift heeft een geheel andere insteek. In het moeras van de casus voel ik me als een salamander thuis, en heb er zelfs een hekel aan daarvan te abstraheren. Aangezien het OM ervan afgezien heeft de hoofdpersoon uit de casus medeplegen van of poging tot een *doleus* delict als doodslag ten laste te leggen, hoef ik me alleen af te vragen of Jon een culpoos delict heeft gepleegd. Vooralsnog staat vast dat hij *wist* met iets riskants bezig te zijn. Dat Jon dat wist, ligt zelfs voor de hand: met zijn handelen (zware voorwerpen van vier meter hoogte laten vallen op onderlangs razende auto's) creëerde hij een situatie die ingaat tegen oude, evolutionair verankerde angsten (Naschrift Deelneming, 9.1.1). In recenter terminologie: Jon schiep welbewust risico's (Naschrift Deelneming, 9.1.2). 'Welbewust' in de zin van 'goudschoon', want weliswaar wist hij niet precies hoe riskant, maar enig nadenken had hem daarvan kunnen overtuigen en wellicht van zijn handelen weerhouden. Dat maakte zijn handelen roekeloos, en roekeloos handelen is een vorm van culpa.¹ Met roekeloosheid begane culpose delicten kunnen worden medegepleegd, mits er over en weer een 'minimaal bewustzijn' tussen de medeplegers is (Naschrift Deelneming, 9.1.3). Dat laatste is zo: Jon en zijn maatje Henkjan waren zich er over en weer van bewust met iets links bezig te zijn. Daarmee kom ik tot dezelfde conclusie als de schrijver van het klassieke proefschrift – een culpoos delict kan worden medegepleegd –, zij het dat mijn conclusie anders onderbouwd is (en voor dit concrete geval m.i. beter). Ik verschil echter met de schrijver over zijn conclusie dat een poging tot een culpoos delict niet mogelijk is. Logisch is het wellicht juist dat (voorwaardelijk) opzet en culpa elkaar uitsluiten – zodat poging tot een culpoos delict niet mogelijk geacht moet worden –, maar psychologisch is een verdere verfijning noodzakelijk. Immers, het is correct dat poging tot een met opzet begaan delict veronderstelt dat de variant van het voorwaardelijk opzet actief en agressief is; voor een poging tot een *doleus* delict is de passieve en gelaten variant onvoldoende. Die passieve en gelaten variant van het voorwaardelijk opzet

1 Op het moment waarop de casus zich afspeelde (juli 2005), was de roekeloosheid nog niet als *grond voor strafverzwaring* in het Wetboek van Strafrecht opgenomen. Dat dat met ingang van 1 februari 2006 wél is gebeurd (zie thans art. 307 lid 2), doet daar niet aan af: roekeloos gedrag viel destijds onder de 'gewone' culpa.

volstaat echter wel voor een poging tot een *culpoos* delict (de varianten van voorwaardelijk opzet zijn beschreven in Naschrift Opzet en Culp, 3.2.3). En nu het minimale bewustzijn van Jon dicht aanligt tegen de passieve en gelaten variant van het voorwaardelijk opzet, is zijn bewustzijn voldoende om voorneemen tot een culpoos delict in de zin van art. 45 aan te nemen. Daarmee is de constructie van poging tot dood door schuld op de bestuurder van de oldtimer geenszins ondenkbaar (Naschrift Deelneming, p. 244). Het is gewaagd om te stellen dat met roekeloosheid begane culpose delicten kunnen worden gezien als een poging tot dat delict indien het gevolg *niet* is ingetreden, maar die stelling is niettemin te verdedigen.

Een klassiek proefschrift presenteert een overzicht van objectieve kennis, te weten over de vraag hoe literatuur en rechtspraak over een juridisch fenomeen oordelen, gekoppeld aan een inzicht over iemands eigen positie daarin. Het predikaat ‘wetenschappelijk’ komt echter niet slechts toe aan het vergaren van objectieve kennis, die zich – voor wat het klassieke proefschrift betreft – beperkt tot kennis omtrent enerzijds de historische achtergrond van een leerstuk (de “wetsgeschiedenis”) en anderzijds de intern-systematische eisen waar dit leerstuk aan zou moeten voldoen (eerbiedigen van de “waterscheiding tussen opzet en culpa”). In dit type wetenschappelijk onderzoek wordt immers onvoldoende onder ogen gezien dat een strafrechtelijk leerstuk moet worden toegepast in situaties waarin contingentie centraal staat. En zodra contingentie de hoofdrol gaat spelen, is een andere stijl van wetenschapsbeoefening sowieso nodig.

1.1.2 *Contingentie*

Over de stijlen waarin de wetenschap beoefend wordt, heeft de reeds genoemde Gould een aantal behartigenswaardige opmerkingen. Het citaat wint aan diepgang als u weet dat Gould bij leven hoogleraar paleontologie aan de Universiteit van Harvard was. Vandaar de zinsnede “We maakten niet ...” aan het eind:

Historische [of narratieve] verklaringen wijken op een tweetal manieren af van de gebruikelijke experimentele resultaten. (1) Verificatie door herhaling is onmogelijk, omdat we de uniekheid van het detail proberen te verklaren, een uniciteit die zich niet meer zal voordoen als gevolg van zowel de wetten van de waarschijnlijkheid als de onomkeerbaarheid van de tijd. We proberen niet de complexe gebeurtenissen in het verhaal te reduceren tot simpele consequenties van de natuurwetten; historische gebeurtenissen schenden natuurlijk geen enkel principe van materie en beweging, maar het plaatsvinden daarvan ligt in een gebied dat wordt beheerst

door contingentie. (...) (2) Voorspelling, een centraal ingrediënt in het stereotiep [van de wetenschapper-in-laboratoriumjas], speelt evenmin in een historisch verhaal. We kunnen een gebeurtenis uitleggen *nadat* die heeft plaatsgevonden, maar contingentie sluit uit dat het ooit nog een keer gebeurt, zelfs als de start-condities identiek zijn.

Deze verschillen werpen een ongunstig licht op historische, of narratieve, verklaringen indien die beoordeeld worden aan de hand van de restrictieve stereotypen van de ‘wetenschappelijke methode’. De wetenschappen van historische complexiteit zijn daardoor in status gekelderd en nemen in zijn algemeenheid een positie in van lage dunk onder professionelen. In feite is de statusordening van de wetenschappen zo’n bekend thema dat de plaatsing van de keiharde natuurkunde aan de top en die van zompige en subjectieve vakken als psychologie en sociologie aan de onderkant een stereotype op zichzelf is geworden. Deze onderscheidingen zijn in onze taal en onze metaforen terechtgekomen – de ‘harde’ tegenover de ‘zachte’ wetenschappen, de ‘rigoreus experimentele’ tegenover de ‘slechts beschrijvende’. Een paar jaar geleden heeft de Universiteit van Harvard, in een onkarakteristieke actie van onderwijskundige vernieuwing, opzien gebaard door de wetenschappen te organiseren naar hun methodologische stijl en niet naar hun standaardplaats in de kern van de opleiding. We maakten niet de gebruikelijke tweedeling tussen fysisch en biologisch, maar erkenden de twee stijlen die hierboven besproken zijn – de experimenteel-voorspellende en de historische.

Om vervolgens het ‘pijnpunt’ aan te snijden:

Wellicht het meest trieste aspect van deze lineaire rangorde is de acceptatie van minderwaardigheid door beoefenaren van een vak dat zich op lagere sporten bevindt, en hun voortdurende pogingen niet-passende methodes na te apen die alleen hoger op de ladder werken. (Gould 1989, p. 278–9.)

Contingentie speelt primair in de leefwereld van daders en slachtoffers in een strafzaak (op een wijze als aangegeven op p. 4), maar heeft van daaruit invloed op steeds hogere niveaus: het toepassen van strafrechtelijke leerstukken op een concrete zaak, de inhoud van die leerstukken, het doceren van strafrecht aan studenten, en de wetenschappelijke omgang daarmee door beoefenaren van het strafrecht aan de universiteiten.

Die beoefenaren zouden zich moeten realiseren dat er bijna geen groter verschil bestaat dan tussen enerzijds de biochemicus die in zijn laboratorium een vaccin tracht te maken tegen de vogelgriep en anderzijds de strafrechtsdocent die een casus bedenkt, zouden moeten onderkennen dat docenten strafrecht stereotiep-wetenschappelijk ongeveer aan de laagste sport van de ladder bungelen, zouden moeten beseffen dat wat zij doen niet minder is maar slechts *anders* dan het werk van de biochemicus, en zouden daarom niet langer methodes hoeven

na te apen die alleen hoger op de ladder werken. In plaats daarvan zouden ze een eigen manier van werken kunnen gaan ontwikkelen.

De “eigen manier” begint met een besef dat in het strafrecht slechts een beperkte plaats is voor objectieve kennis, net zoals de natuurwetten grotendeels gereduceerd worden tot randvoorwaarden in een gebied dat beheerst wordt door contingentie. De filosoof Ludwig Wittgenstein, die zal worden aangehaald in Naschrift Opzet en Culpa (3.1.2), heeft aangegeven dat er een groot verschil bestaat tussen ‘weten’ en ‘kunnen zeggen’. Bij de eerste categorie, de puur-objectieve kennis, wordt gevraagd hoe hoog de Mont Blanc is: iemand die dat weet, kan het ook zeggen. Bij de derde categorie, de puur-subjectieve kennis, wordt gevraagd hoe een klarinet klinkt: iemand die dat weet, is echter niet in staat die kennis in woorden weer te geven. De tussencategorie is een combinatie van de eerste en de derde. Daarin valt bijvoorbeeld een – hier op het strafrecht toegespitste – vraag als “Wat is voorwaardelijk opzet?” Natuurlijk zijn hierin objectieve componenten te onderkennen, zoals vragen naar de manier waarop dit begrip doorgaans gedefinieerd wordt, naar de oorsprong ervan of naar de plaats die het inneemt in de dichotomie opzet/culpa. Die objectieve kennis is echter van marginaal belang: centraal staat de subjectieve kennis omtrent het begrip. De moeilijkheid is dat die subjectieve kennis net zo lastig in woorden te vangen is als de klank van een klarinet. Toch is het alleszins mogelijk die ‘onzegbare’ kennis over te dragen: net zoals ik iemand kan laten *ervaren* hoe dat instrument klinkt door hem een cd te laten horen met het klarinetkwintet van Mozart, zo kan ik ook een situatie schetsen waarin een verdachte voorwaardelijk opzet heeft. De moeilijkheid is echter dat voor het *laten zien* van iets een andere manier van communicatie nodig is. Aan dat onderwerp is de volgende subparagraaf gewijd.

1.1.3 *Analoog en digitaal*

Uit onderzoek naar de werking van de linker- en rechterhemisfeer van het menselijk brein is naar voren gekomen dat beide hemisferen zo van elkaar verschillen dat er zelfs gesproken wordt over “onze twee talen”. In termen van Paul Watzlawick:

De ene, waarin bijvoorbeeld deze zin zelf is uitgedrukt, is objectief, definitieachtig, cerebraal, logisch, analytisch; het is de taal van de rede, van wetenschap, verklaring, en interpretatie. De andere, waarin onderstaand voorbeeld is uitgedrukt, is veel moeilijker te definiëren – juist omdat het niet de taal van het definiëren is. We zouden het de taal van beelden kunnen noemen, van metaforen, van *pars pro toto*, misschien van symbolen, maar beslist van synthese en totaliteit, en niet van

analytische ontleding. (Watzlawick 1978, p. 14.) [Het gebruik van de tweede taal illustreert hij met een metafoor van Chuang-tzu:]

Veronderstel dat een boot de rivier oversteekt, en dat een andere, lege boot op het punt staat ermee in botsing te komen. Zelfs een opvliegend man zou zijn humeur niet verliezen. Maar neem aan dat er wel iemand in de tweede boot zit. Dan zou de inzittende van de eerste naar hem roepen om uit de buurt te blijven. En als de ander hem de eerste keer niet zou horen, zelfs niet als er drie keer naar hem geroepen was, zou er onvermijdelijk ongepaste taal volgen. In het eerste geval was er geen boosheid maar in het tweede wel, omdat in het eerste geval de boot leeg was en in het tweede bezet. En zo is het ook met de mens. Als die leeg door het leven zou kunnen gaan, wie zou dan in staat zijn hem te verwonden?

Het verschil tussen beide hemisferen staat ook bekend als het onderscheid tussen ‘analoog’ en ‘digitaal’. Die termen stammen oorspronkelijk uit de wiskunde, en zien op de verhouding tussen een teken en datgene waar het teken voor staat. Als die relatie arbitrair en willekeurig is, wordt voor het teken de term *digitaal* gebruikt. Een voorbeeld is het gebruik van het woord ‘boom’ voor “dat gewas daar” (spreker wijst naar een boom). Omdat er niet iets ‘boom-achtigs’ aan een boom is, is het begrijpen van een digitaal teken afhankelijk van een conventie waarin overeengekomen is welk teken voor welk ding staat. Daarentegen wordt een teken *analoog* genoemd als er wél een relatie is tussen het teken en datgene waar het teken voor staat. Een voorbeeld zijn de plaatjes voor man/vrouw op de deuren voor heren- en damestoilet: de vorm op het plaatje voor man of vrouw heeft iets te maken met hun werkelijke vorm, hoe gestileerd of stereotiep ook. Daarmee is het begrijpen van een analoge code niet afhankelijk van een conventie.

Over het verschil tussen analoog en digitaal bestaat veel literatuur; een van de eerste toepassingen van dat onderscheid in de sociale wetenschap is een boek van Anthony Wilden uit 1972. Daarin is een overzicht opgenomen over dat verschil, toegespitst op zowel de menselijke communicatie in zijn geheel als de taal die daarbij gebruikt wordt.

Analoog aspect

Digitaal aspect

Menselijke communicatie

Zintuigen

Beschrijvende taal

‘Emotie’

‘Rede’

Aanroepen van relatie	Overdracht van abstracties
Laten zien	Benoemen
Positie, context, situatie	Tekst, boodschap
Wederzijds begrip	Overeenkomst, contract
<i>Sachvorstellung</i> (ding-voorstelling)	<i>Wortvorstellung</i> (woord-voorstelling)
Verschil, gelijkenis	Oppositie, identiteit
Interactief	Individueel

Taal

Verwerping, weigering, weerlegging, distantie	Ontkenning
Connotatie	Denotatie
Bevel of verzoek	Rapport
Poëzie	Proza
Oproepen van beelden	Informatie over begrippen
Spoken	Schrijven

(Wilden 1972, p. 193–4.)

Om het verschil tussen analoog en digitaal goed over het voetlicht te krijgen, zullen wat associaties worden vermeld die diverse ingangen van het schema opriepen en die – waar mogelijk – staven aan de hand van deze dissertatie:

- *Zintuigen* versus *beschrijvende taal*. Op ettelijke plaatsen in dit proefschrift zal worden gepraat in termen van zintuigen zonder dat de beschrijvende taal daarbij een rol speelt of zelfs maar kán spelen. Zo wordt er gesproken over de taal van de ogen, de klank van een klarinet, het aroma van koffie/voorwaardelijk opzet, de roep van de koekoek, de smaak van kreeft, et cetera.
- ‘*Emotie*’ versus ‘*rede*’. Al sinds de filosofie van Plato wordt de menselijke ziel voorgesteld als een wagen die door twee paarden wordt voortgetrokken, het witte en gewillige paard van de rede, en het zwarte en recalcitrante paard van de emotie.
- *Laten zien* versus *benoemen*. Er bestaat een oud Chinees gezegde, dat neerkomt op “Eén keer laten zien is beter dan duizend keer zeggen”. Dat gezegde ligt me na aan het hart, want ik laat liever zien dat iets absurd is dan het met zoveel woorden te zeggen.

- *Sachvorstellung* versus *Wortvorstellung*. Werkelijke kennis bestaat uit een correcte *Sachvorstellung*, terwijl een correcte *Wortvorstellung* neerkomt op geleende kennis. Een voorbeeld is dat ik in een Engelstalig boek lees dat de hoofdpersoon in bepaalde omstandigheden last heeft van lawaai dat de ‘tappets’ van zijn motorfiets maken. Ik begrijp uit de context dat een ‘tappet’ iets technisch in de motor is, maar zou niet aan kunnen wijzen waar dat onderdeel zit (ik weet zo goed als niets van motoren). Als ik nu in een woordenboek zou opzoeken wat een ‘tappet’ is, kom ik te weten dat dat een ‘klepstoter’ is. Mijn *Wortvorstellung* is nu oké, maar mijn *Sachvorstellung* bepaald niet: ik kan evenmin aanwijzen waar een klepstoter zit.
- *Verwerping etc.* versus *ontkenning*. Het is niet mogelijk langs analoge weg (bijv. via een tekening) iets eenvoudigweg te ontkennen. Neem de ontkenning ‘Iemand rookt niet’; het is onmogelijk die ontkenning in een tekening op te nemen, want alle plaatjes waarin een streep is gezet door een gezicht-met-sigaret worden stevast geïnterpreteerd als ‘Verboden te roken’.
- *Spreken* versus *schrijven*. Ik heb al meermalen gemerkt dat mijn schrijfstijl aan het veranderen is doordat ik mijn teksten niet primair schrijf, maar ze aan de computer dicteer. In plaats van me te verliezen in ingewikkelde verbale constructies, volgt vaak een zin als “Laat ik meteen een voorbeeld geven, dat praat wat makkelijker”. Soms laat ik in een geschreven tekst die zin staan, omdat het wel charmant klinkt.

Bij dit schema past een viertal kanttekeningen:

- 1 In een overwegend analoge benadering zoals gebruikt in prologen en naschriften, ligt het accent op verschillen en gelijkenissen, en niet op oppositie en identiteit (een niet expliciet besproken ingang van het schema).
Dat maakt die benadering echter zo goed als onverdedigbaar. Een goed begrip veronderstelt namelijk een sfeer van empathie, bereidwilligheid en meedenken, en een klimaat van “Ik begrijp waar je heen wilt”. Indien in plaats van meedenken wordt gekozen voor een discussie met als inzet de vraag wie er gelijk heeft, maakt de weerloze analoge benadering net zo weinig kans als een sneeuwbal in de hel.
- 2 De verhouding tussen analoog en digitaal laat zich nog het best typeren aan de hand van de verhouding tussen de bomen en het bos. De analoge benadering is vooral goed in het laten zien van het bos, terwijl de digitale zich concentreert op de afzonderlijke bomen. Het riskante van een digitale benadering is dat men “door de bomen het bos niet meer ziet”.

Het startpunt van Prologen ligt in het feit dat het handboek dat destijds in het onderwijs verplicht was, al snel “door de bomen het bos niet meer zag”: dat

had zo de neiging zich te verliezen in details dat een student al na drie pagina's de draad kwijt was. De schrijver veronderstelde namelijk dat de lezer reeds vertrouwd was met het bos van het strafrecht, dat wil zeggen met de grote lijnen daarvan en de samenhang ertussen. Met prologen (= voor-redes) over de diverse leerstukken werd getracht studenten in te voeren in het bos van een leerstuk: de prologen waren bedoeld te worden gelezen vóór men aan het handboek begon.

- 3 Het gevaar van “door de (digitale) bomen het (analoge) bos niet meer zien” is iedere jurist bekend die een boek of artikel wil schrijven dat werkelijk origineel is: intuïtief weet die dat het niet verstandig is *van tevoren* het hoofd vol te stoppen met wat andere juristen over dit onderwerp geschreven hebben. Het gevaar daarvan is dat je door hun betoog wordt meegesleept en niet meer ziet wat ze gemist hebben. Het vele a priori lezen slijpt namelijk een patroon in dat zichzelf pleegt te verdiepen. Beter is het een globaal beeld te vormen van wat bij dat onderwerp zoal speelt, en vervolgens te proberen zelf tot een opvatting te komen.

Ik heb ervaren dat een van de beste manieren om tot een eigen opvatting te komen, bestaat uit het in alle onschuld creëren van een situatie (al dan niet met processen-verbaal omgebouwd tot een casus), die dan je opvatting een richting en diepgang geeft die je vaak niet had verwacht. Met “in alle onschuld” bedoel ik dat je de situatie zichzelf moet laten schrijven, zodat die de regie van de ‘ik’ kan overnemen; wat je in ieder geval moet vermijden is er van tevoren allerlei zaken in te stoppen die in je kraam passen (of dingen weg te laten die dat niet doen): het doel van een authentieke meningsvorming wordt daarmee finaal voorbijgeschoten.²

- 4 We leven momenteel in een tijd waarin veel wordt gedaan of het digitale je-van-het is en het analoge ouderwets, achterhaald en overtoollig. Het is echter onjuist te concluderen dat het analoge overbodig is geworden, zoals een wetenschapper *par excellence* als Gregory Bateson al in 1972 heeft laten zien:

Het verval van organen en vaardigheden die in de evolutie vervangen worden, is een noodzakelijk en onvermijdelijk verschijnsel. Als daarom de verbale taal op de een of andere manier een evolutionaire vervanging was van de communicatie door middel van kinetische en paralinguïstische signalen, zouden we mogen verwachten dat de oude, overwegend iconische [= analoge] systemen evidente tekenen van

- 2 Bij wijze van voorbeeld zijn in de bijlagen vier casussen opgenomen die van onschatbare waarde bleken voor het vormen van mijn mening over hiv-besmetting (Linda Meerval – p. 317 e.v.), poging tot medeplichtigheid (Clinton Wiersma – p. 326 e.v.), deelnemen door een gebrek aan distantie (Joseph Braambos – p. 335 e.v.), en poging tot en medeplegen van een culpoos delict (Jon van Stralen – p. 347 e.v.).

verval gingen vertonen. Dat is duidelijk niet het geval. Integendeel, de kinetiek van mensen is rijker en complexer geworden, en de paralinguïstiek is opgebloeid *naast* de evolutie van de verbale taal. Zowel kinetiek als paralinguïstiek hebben zich ontwikkeld tot complexe vormen van kunst, muziek, ballet, poëzie en dergelijke, en zelfs in het leven van alledag gaan de scherpste en precisie van de menselijke kinetische communicatie, gelaatsuitdrukkingen en stemintonatie ver boven alles wat elk ander dier weet voort te brengen. De droom van de logicus dat mensen alleen zouden moeten communiceren door middel van ondubbelzinnige digitale signalen, is niet uitgekomen en zal dat ook niet doen. (Bateson 1972, p. 412.)

1.1.4 Conclusie

De conclusie moet dan ook zijn dat de werkwijze zoals in deze dissertatie gebruikt zal worden, wetenschappelijk is. Uiteraard niet in de zin dat die experimenteel-voorspellend is; met de eis dat er zo moet worden gewerkt, snijdt trouwens iedere wetenschappelijke beoefenaar van het strafrecht zich in eigen vlees, want dan is er niets wetenschappelijks aan strafrecht (dat zich immers niet bezighoudt met zaken die voortvloeien uit de natuurwetten maar die worden beheerst door contingentie). Wel is er plaats voor een narratieve benadering, die in dit proefschrift zal worden uitgebreid tot een manier die perfect aansluit bij de wijze waarop verhalen doorgaans worden verteld (“Er was eens ...”). Zolang achter het vertellen van die verhalen een *empirische* bedoeling zit als het overdragen van subjectieve kennis omtrent een strafrechtelijk leerstuk en niet een literaire als het schrijven van een roman of gedicht, is er geen reden daaraan het predikaat ‘wetenschappelijk’ te onthouden, ook al staat deze stijl van wetenschapsbeoefening ver af van het stereotype van de wetenschapper die door een microscoop tuurt.

Daarom bevat dit proefschrift geen “objectieve methodologische verantwoording”. Zo’n verantwoording zou beslist op zijn plaats zijn geweest als uitgegaan was van een kunstmatige, artificiële of conventionele methodologie. Er is echter nimmer een keuze gemaakt een of andere methode te volgen. Integendeel, ik ben gewoon ‘digitale eilandjes’ gaan omgeven met ‘een zee van analogie’, omdat me dat natuurlijk voorkwam. Liefhebbers van de paradox mogen deze benadering ook aanduiden als een ‘methodeloze methode’: op de een of andere manier zit in de schijnbaar losse en soepele omgang met het strafrecht een rigoureuze systeem dat uitstekend gevolgd kan worden (vandaar “methode” – Naschrift Deelneming zal laten zien dat voor het volgen ervan een gewone menselijke ‘zinnigheid’ volstaat), maar dat systeem leent zich er niet voor onder woorden te worden gebracht (vandaar “methodeloos”).

Op het feit dat de methode in feite methodeloos is, is intuïtief al geanticipeerd in de titel van de dissertatie. Daarin wordt immers de term ‘intuïtief’ gebruikt, en niet ‘analoog’, termen waarvan de *denotatie* overigens identiek is. Waarom in de titel gekozen is voor ‘intuïtief’? Dat heeft te maken met hun uiteenlopende *connotatie*: de term ‘intuïtief’ is zelf intuïtief, want er wordt iets vaags, dieps en onzegbaars gesuggereerd zonder dat nodig is het begrip intellectueel te definiëren. De term ‘analoog’ is daarentegen zelf intellectueel, en veronderstelt al onmiddellijk dat het gecontrasteerd wordt met zijn tegenhanger ‘digitaal’.

De volgende paragraaf verlaat de verantwoording en gaat over op het tweede thema van deze Algemene inleiding: de intuïtieve basis.

1.2 Intuïtieve basis

Ter voorkoming van misverstanden over wat tot de intuïtieve basis onder een leerstuk moet worden gerekend, tracht 1.2.1 een beeld daarvan te schetsen. Daarop hoopt 1.2.2 aan den lijve te doen ervaren dat probleemoplossen zonder zo’n basis moeizaam en ingewikkeld is, maar simpel als die aanwezig is.

1.2.1 *Inhoud*

De misverstanden omtrent de inhoud van de intuïtieve basis zijn grotendeels terug te voeren tot het feit dat onze taal niet goed uit de voeten kan met de intuïtie: de taal is een reus in het objectief beschrijven van zaken die zich buiten ons bevinden, maar een pygmee zodra het de innerlijke wereld betreft (vgl. Naschrift Posing, p. 179). Een voorbeeld is een vermogen dat meestal wordt aangeduid als ‘taalgevoel’. Op het gevaar af voor egocentrisch te worden versleten, geef ik twee gevallen uit mijn eigen ervaring die duidelijk hopen te maken dat het taalgevoel uit uiteenlopende componenten bestaat, die ieder een eigen dynamiek hebben.

Enerzijds is taalgevoel gebaseerd op gewenning, in het bijzonder op het ‘wennen aan een woordbeeld’. Toen in 1996 de uitgever verplichtte teksten in de nieuwe spelling aan te leveren, keek ik vreemd aan tegen ‘publicatie’. Vermoedelijk zat de spelling van dat woord met een k – tot 1996 de voorkeurspelling – er zo diep in dat het ‘publikatie’ moest zijn. Ik raadpleegde de nieuwe spellingsregel over c/k en kon niet anders dan afleiden dat ‘publicatie’ correct was, evenals ‘productie’, ‘locatie’, ‘accorderen’ et cetera. Toch bleef ik een gevoel van twijfel houden, dat pas verdween nadat ik in het alfabetische gedeelte

van de Spellingwijzer Onze Taal had gelezen dat ‘publicatie’ de juiste spelling was. Inmiddels zijn we ruim tien jaar verder, is de associatie met de voormalige voorkeurspelling nagenoeg verdampt, en heb ik geen probleem meer met ‘publicatie’, evenmin als met ‘traktatie’, ‘anekdote’ of ‘elektriciteit’. Sterker nog, als ik in een recent geschreven tekst ‘publikatie’ lees, komt een gevoel van irritatie op (“Weet de schrijver dat nou nóg niet?”). Kennelijk is dit gedeelte van het taalgevoel op niets anders gebaseerd dan op gewenning, waarbij de ene gewoonte kan worden ingeruild voor een andere.

Anderzijds kan bij taalgevoel de intuïtie een rol gaan spelen. Dat bleek me toen een studente een scriptie voorlegde waarin de constructie “een eenvoudige methode” werd gebruikt. Ik zei dat het “een eenvoudiger methode” moest zijn, zonder een -e achter “eenvoudiger”. Op haar voor de hand liggende vraag waarom dat dan zo was, moest ik het antwoord schuldig blijven. Eigenlijk had ik geen flauw idee waarom dat zo was, ik had alleen het gevoel dat er iets ‘niet bekte’ aan “eenvoudigere”. Wel gaf ik nog aan dat bijvoeglijke naamwoorden niet altijd worden verbogen (“Napoleon was een *groot* man, maar een *grote* man was hij niet; integendeel, Napoleon was een *kleine* man”), maar of de reden iets te maken had met het niet-verbuigen van “eenvoudiger” was vooralsnog een raadsel. Later werd me duidelijk dat ik haar inderdaad met een kluitje het riet in had gestuurd: de echte reden heeft niets uit te staan met niet-verbuigen, maar is veel simpeler. In het Nederlands vervalt namelijk de -e na twee (of meer) toonloze klanken, want tegenover “de gemákkelijker manier” zonder -e staat “het enthousiástere betoog” met -e (Renkema 2002, p. 210). Het moet dus zijn zoals de intuïtie al zei: “een eenvóudiger methode.” Het punt is echter dat het gevoel dat er iets mis was met “eenvóudigere” niet afhankelijk was van welke reden dan ook: het lijkt erop dat het intuïtieve taalgevoel zich in een universum bevindt dat parallel loopt aan dat van het intellectuele weten waarom.

Het is echter de vraag of die paralleluniversa zich gedragen als twee vaten waartussen geen enkele communicatie bestaat. Aan de ene kant kan het ontbreken van een intuïtief taalgevoel nimmer worden *vervangen* door een intellectuele kennis van de grammatica. Als dat getracht zou worden, leidt dat tot mensen die geheel zijn opgetrokken uit geleende kennis, maar die zich gedragen als een ongericht projectiel. Ze weten namelijk alles van grammatica, maar zijn niet in staat hun kennis enige richting te geven. De stroomrichting intellect → intuïtie is daarmee afgesloten. Aan de andere kant kan de aanwezigheid van een intuïtief taalgevoel wel worden *aangevuld* door intellectuele kennis van de grammatica. Het intuïtieve taalgevoel stelt je in staat aan te voelen dat een tekst voor geen meter loopt, terwijl kennis van de grammatica je de instrumenten verschaft om te lokaliseren waar het probleem zit (tangconstructies, naamwoord-

stijl, voorzetselclustering, passivitis, etc.). Bovendien creëert het intuïtieve taalgevoel een fascinatie met boeken over grammatica,³ zodat kennisname daarvan moeiteloos is en geen inspanning lijkt te vergen. Daarmee is de stroomrichting intuïtie → intellect wel degelijk mogelijk.

Het heeft er alle schijn van dat de objectieve taal beide componenten – de intellectuele en conventionele, en de subjectieve en intuïtieve – op één hoop veegt door ze tezamen te voorzien van één etiket: het taalgevoel. Het weer opsplitsen van dat conglomeraat is echter een lastige operatie, temeer daar de gebruikelijke weg ertoe niet goed begaan kan worden. Daarvoor zou immers een intellectuele definitie van de intuïtie noodzakelijk zijn. En het definiëren van die basis is ten enenmale onmogelijk: we leven vanuit de intuïtie, zodat het definiëren daarvan neerkomt op het definiëren van de grond waarop wij staan *terwijl we daarop staan*. Dat is een even onmogelijke operatie als die van baron Von Münchhausen, die trachtte zichzelf – met zijn paard stevig tussen de knieën geklemd – aan zijn eigen haren het moeras uit te trekken toen hij en het paard daarin dreigden weg te zakken. Een exacte en scherp afgebakende definitie van de intuïtieve basis is dus niet mogelijk, maar er zijn wel andere wegen om duidelijk te maken wat die ongeveer inhoudt.

- 1 Een eerste indicatie is het lijstje dat Pinker in zijn boek over het taalinstinct gaf omtrent de terreinen waarvan de kennis op de een of andere wijze moet zijn ingebouwd opdat een mens als mens kan functioneren. Dit lijstje is een goed startpunt voor een beeld van de intuïtieve basis; prominent daarin – en voor dit proefschrift relevant – is een intuïtieve fysica, die eruit bestaat dat een mens een notie heeft van de bewegingen, krachten en vervormingen waaraan objecten blootstaan (van belang voor Naschrift Causaliteit); een intuïtieve psychologie, waarmee hij het gedrag van andere mensen kan voorspellen vanuit wat zij denken en wensen (belangrijk voor Naschrift Opzet en Culp); vrees voor hoogtes, opsluiting, riskante sociale ontmoetingen en voor giftige en roofdieren (relevant voor Naschriften Opzet en Culp, en Deelneming); et cetera.⁴ De lijst maakt duidelijk dat:
 - onweer eng is, evenals een hyena of een ratelslang;
 - een gebroken been niet besmettelijk is, net zomin als diabetes (griep daarentegen wel);
 - de verdenking dat de kok in het eten spuugt, dodelijk is voor een restaurant;

3 In mijn geval vooral ANS 1997, Van der Horst 1996 en Renkema 2002.

4 Zie voor de volledige lijst Pinker 1995, p. 420.

- mensen walgen van het idee vruchtensap te moeten drinken dat bewaard is in gloednieuwe urinaals;
- als de fiets naast het huis staat, het merkwaardig is van dezelfde situatie te zeggen dat “het huis naast de fiets staat”;
- enzovoorts *ad infinitum*.

Ook hier geldt dat de stroomrichting niet intellect → intuïtie is, maar intuïtie → intellect: het intellect kan de intuïtie nimmer vervangen, maar alleen aanvullen of verfijnen. Echte wetenschap is een uitbouw van die al aanwezige intuïtieve kennis. Zo weet iedereen dat wanneer een huisvrouw de ramen aan de buitenkant lapt, daartoe uit het raam leunt en haar evenwicht verliest, de val harder aankomt (en vermoedelijk dodelijk is) als die plaatsvindt vanuit een raam op de vierde etage dan wanneer het raam op de eerste etage is gelegen (dan bestaat de kans dat zij er met beperkt letsel van afkomt). Alleen iemand die natuurkunde heeft gestudeerd, kan ons vertellen waarom dat zo is: materie in vrije val (incl. onze huisvrouw) versnelt in een ratio van 9,8 meter per seconde per gevallen seconde (kennis geleend van Pinker 1998).

Ook op juridisch terrein is het mogelijk een lijstje te maken van intuïtieve inzichten; dit lijstje is beperkt tot de onderdelen van het materiële strafrecht die in dit proefschrift aan de orde zullen komen. De intuïtie vertelt ons namelijk dat:

- een dader opzet kan hebben, ook al heeft hij niet over zijn handelen nagedacht of zelfs niet de tijd heeft gehad daarover te *kunnen* nadenken;
- als iemand een ijzeren staaf op de rails legt van een baanvak waar de treinen met volle vaart rijden, een trein daardoor ontspoord, met als gevolg dat de machinist van de trein om het leven komt, de legger van de staaf die dood mag worden toegerekend;
- een meisje dat zo verbitterd is over haar eigen hiv-besmetting dat zij erop uit is die aan zoveel mogelijk anderen over te dragen, zich schuldig maakt aan een poging tot een delict tegen de lichamelijke integriteit als seks met haar *niet* heeft geleid tot besmetting met hiv;
- iemand minachtend aankijken met de onuitgesproken implicatie dat hij zich toch niet op een bepaalde wijze durft te gedragen, een vorm is van uitlokken;
- het toeschrijven van gedrag van een natuurlijk persoon aan een corporatie een kwestie is van toerekenen, zodat ook gedrag met een fysieke kern (zoals rijden onder invloed) door een corporatie gepleegd kan worden;
- enzovoorts *ad infinitum*.

- De taak van de jurist vertoont grote overeenkomst met die van de natuurkundige van hierboven: een jurist moet – waar nodig – een extensie geven aan deze intuïtieve inzichten, moet ze verfijnen en clausuleren, en soms aangeven dat het strafrecht contra-intuïtief is. Van die inzichten kan hij respectievelijk stellen dat:
- het opzet zich niet beperkt tot zaken waar de bewuste geest toegang toe heeft, maar zich uit kan breiden tot lagen van de menselijke geest waar die absoluut geen toegang toe heeft (vgl. Proloog Opzet en Culpa, p. 45 e.v.);
 - bij de toepassing van art. 164, tweede lid Sr die dood op het conto van de staaflegger geschreven mag worden, aangezien die toerekening redelijk is (vgl. Proloog en Naschrift Causaliteit);
 - seks met een hiv-besmet meisje waarbij zij haar besmetting niet overdraagt, van haar kant een poging tot zware mishandeling op *kan* leveren, maar de Hoge Raad mogelijk zal oordelen dat zij geen voorwaardelijk opzet heeft omdat de kans op overdracht niet aanmerkelijk genoeg is; in dit geval zou zo'n oordeel contra-intuïtief zijn (vgl. de analyse van de hiv-arresten in Naschrift Opzet en Culpa, p. 79);
 - iemand geringschattend aankijken met de implicatie dat hij zich zo niet durft te gedragen, natuurlijk een vorm van uitlokken is, maar het strafrecht zich bij de opsomming van de uitlokkingsmiddelen beperkt tot die middelen die *bewijsbaar* zijn, zodat het hele fenomeen van de uitdaging niet onder het uitlokken valt (vgl. Proloog Deelneming, p. 211);
 - aan een corporatie ook delicten met een fysieke kern kunnen worden toegeschreven, een inzicht dat vermoedelijk wordt verwoord in HR NJ 2006, 328 (vgl. Naschrift Corporaties, p. 300).

Ook hier moet de stroomrichting intuïtie → intellect zijn: de taak van de jurist bestaat uit het aanvullen van de intuïtie. Als een jurist daarentegen zou trachten het intellect de intuïtie te doen vervangen, is dat de verkeerde stroomrichting. Erger is dat hij zich opstelt als een *usurpator*, die claimt dat de hiervoor gemelde inzichten voortvloeien uit een intellectueel beginsel, terwijl ze afkomstig zijn uit de intuïtie.

- 2 Een tweede indicatie is het verschil tussen de intuïties die een mens van nature aangeboren zijn en de diep ingeslepen premissen van Leren-II (nader besproken op p. 171 e.v. van Naschrift Poging). Die premissen zijn als het ware conclusies die men trekt als men langdurig aan een bepaalde leercontext is blootgesteld: “Zoals ik tijdens mijn opvoeding heb geleerd dat een en ander in elkaar steekt, zo is de hele wereld georganiseerd.” Het zijn doorgaans premissen die onbewust zijn, teruggaan tot de vroege jeugd, en de neiging hebben zichzelf in stand te houden. Neem een premisse als rechtvaardigheid, die vermoedelijk samenhangt

met een instrumentele leercontext. Het bestaan draait evenwel niet rond de notie van rechtvaardigheid, hoeft daar geen boodschap aan te hebben, en doet dat ook meestal niet. Een tsunami door een zeebeving van 8,9 op de schaal van Richter, die op zijn beurt tot gevolg had dat op tweede kerstdag 2004 in Zuidoost-Azië een kwart miljoen mensen het leven liet, is niet in overeenstemming te brengen met de rechtvaardigheid; als we dat desondanks zouden proberen, zal ons dat – als we tenminste niet in de godsdienstwaan zin willen belanden – niet alleen nimmer lukken, maar is het ook zonde van de tijd en moeite die we besteden aan de pogingen daartoe. Toch is de rechtvaardigheid in het rechtsbedrijf een dermate fundamentele notie dat het moeilijk is ons het recht voor te stellen *zonder* een beroep daarop. Als bijvoorbeeld de landen van de Europese Unie hun rechtsmacht zodanig regelen dat iemand die van oorlogsmisdaden wordt verdacht, in ieder land zonder meer kan worden vervolgd, ligt het voor de hand dat een jurist concludeert dat voor deze toepassing van het universaliteitsbeginsel een intuïtieve basis aanwezig is. Dat is echter niet zo: rechtvaardigheid (en wat daarmee samenhangt) is slechts een premisse van Leren-II. Dat betekent dat aan – in wezen – *conventionele* noties van juridische, politieke, wetenschappelijke of religieuze aard een intuïtieve basis ontbreekt, ook al is men overtuigd van de existentiële geldigheid daarvan.

- 3 De derde indicatie, die rechtstreeks voortvloeit uit de ondefinieerbaarheid van de intuïtieve basis (p. 16), is dat we in feite *leven* vanuit de intuïtie, ook al voelen we ons ertoe verplicht te pretenderen dat we dat doen vanuit het intellect. De intuïtie zorgt er namelijk voor dat we de frame problems kunnen oplossen waar het bestaan ons keer op keer voor stelt *zonder het geringste besef dát we een probleem hebben opgelost*, om het in termen van Proloog en Naschrift Causaliteit te stellen. Dat moeiteloze functioneren van de intuïtie kan worden neergelegd in de volgende vuistregel:

Alles wat intellectueel is, kost moeite;
alles wat intuïtief is, gaat vanzelf.

Laat ik ter staving van die regel een voorbeeld geven dat dicht bij huis is, en is ontleend aan het strafprocesrecht. Ten behoeve van een rechtsvraag voor *Ars Aequi* over het beslissingsmodel van 348/350 Sv had ik het volgende geval verzonnen.⁵ Een man is bezig zijn kippenhok op te hogen; tegelijkertijd is de gemeente het trottoir voor 's mans huis aan het herbestraten. Daarop pakt de man zijn eigen kruiwagen, rijdt die naar de hoop zand voor zijn huis en schept de wagen vol. Het zand behoort evenwel de gemeente toe. Het OM verkeert in

5 De details zijn na te lezen in Koopmans 2002, en qua inhoud in Koopmans 2007, p. 98–9.

de veronderstelling dat de man zowel een kruiwagen als een hoeveelheid zand heeft gestolen, en dagvaardt hem voor de politierechter wegens diefstal van beide (art. 310 Sr). De tenlastelegging luidt:

dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal door op ... aan de ... te Maasmond met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening een kruiwagen met daarin 50 dm³, althans een hoeveelheid, zand weg te nemen, welke goederen toebehoorden aan de Dienst Openbare Werken van de gemeente Maasmond (art. 310 Sr).

Ter terechtzitting blijkt dat de kruiwagen van hemzelf was, zodat de man alleen zou kunnen worden veroordeeld wegens diefstal van zand. Maar dat mag de politierechter niet doen, omdat die niet bevoegd is te oordelen over de diefstal van alleen zand: dat delict is een vorm van stroperij (art. 314 Sr), die tot de exclusieve bevoegdheid van de kantonrechter behoort. Mijn vraag was: wat moet de uitspraak zijn? In de intuïtieve benadering, die moeiteloos, razendsnel en panoramisch is, wordt de situatie gelezen als “De man staat terecht voor een feit waar *dé* rechter niet over oordelen mag. De rechter moet zich dus onbevoegd verklaren.” Met dat antwoord, dat in een notedop samenvat hoe de intuïtie de zaak begrepen heeft, trapt men met volle kracht in de valkuil waar de rechtsvraag om draait. Toch is er geen enkele aanleiding over dat intuïtieve antwoord laatdunkend te doen: het laat zien dat men de kern van de zaak goed aanvoelt, en door de bomen het zicht op het bos niet verloren heeft. Het antwoord is echter onjuist, misschien *omdat* het zo moeiteloos en snel is. Voor het correcte antwoord is namelijk moeite nodig, te weten een grondige intellectuele kennis van de conventie die hierop moet worden losgelaten: het beslissingsmodel van art. 348/350 Sv. Voor moeizame operatie no. 1 moet men weten dat de vraag of de rechter bevoegd is, primair afhangt van de inhoud van de tenlastelegging. Nu die is toegespitst op de diefstal van art. 310, is de politierechter in zoverre bevoegd. Als de andere voorvragen mogen worden gepasseerd – daar was voor gezorgd –, mag worden overgestapt naar de hoofdvragen van art. 350. Moeizame operatie no. 2 is de eerste vraag hiervan: “Is de tenlastelegging bewezen?” Het antwoord veronderstelt dat de letterlijke tekst van de tenlastelegging zorgvuldig wordt nageplozen, compleet met aandacht voor het feit dat de komma na een clausulering betekent dat die daar ophoudt. De conclusie kan niet anders zijn dat de tenlastelegging niet bewezen is, want de kruiwagen behoorde niet aan de gemeente toe – zoals ten laste gelegd –, maar was van hemzelf. Dat betekent dat de tenlastelegging gedeeltelijk niet bewezen is, zodat in eerste instantie een partiële vrijspraak van de diefstal van de kruiwagen en een veroordeling voor de diefstal van zand zou kunnen volgen. Vervolgens moeizame operatie no. 3. Er

ligt jurisprudentie die de rechter toestaat irrelevante gedeelten van de tenlastelegging weg te laten uit de bewezenverklaring en verdachte te veroordelen voor het restant. Die jurisprudentie is hier echter niet van toepassing, omdat de rechter alleen delen van de tenlastelegging mag weglaten uit de bewezenverklaring als daardoor de strafrechtelijke betekenis van het ten laste gelegde niet wezenlijk verandert. De weglating van de kruiwagen uit de bewezenverklaring zou echter betekenen dat het ten laste gelegde wordt omgezet van een delict waarvoor de politierechter bevoegd is in bewezenverklaring van een delict waarvoor de kantonrechter bevoegd is. En dat is een weglating die niet geoorloofd is, zodat alleen een *algehele* vrijspraak rest!

De 'kruiwagen met zand'-casus laat zien dat ook hier de stroomrichting intuïtie → intellect moet zijn. De intuïtie geeft de richting aan, die vervolgens door het intellect wordt aangevuld en verfijnd. Die verfijning is hier ook echt nodig, omdat het beslissingsmodel – met uitzondering van Houtopstand, Dakdekker en Meer en Vaart-jurisprudentie – het product is van het geïsoleerde intellect, zodat de uitkomsten vaak contra-intuïtief zijn. Beide aspecten liggen anders op het terrein van het materiële strafrecht. Daarin wordt in hoge mate geleund op reeds aanwezige intuïtieve kennis, zoals met name de prologen hopen te hebben laten zien.

Heeft het feit dat de stroomrichting moet zijn intuïtie → intellect, ook praktische consequenties? Waarschijnlijk wel, vooral voor die universitaire docenten die het geven van onderwijs en het maken van lesmateriaal tot hun primaire taak rekenen. Omdat het trachten de stroomrichting intellect → intuïtie te doen zijn een heilloze weg is, heeft het weinig zin studenten te benaderen alsof ze een *tabula rasa* zijn, een onbeschreven blad dat gevuld moet worden met definities en intellectuele hoogstandjes. Dat leidt hooguit tot studenten die zich gedragen als ongerichte projectielen: ze roeren onderwerpen aan die met het onderhavige geval niet te maken hebben, en uitsluitend te berde worden gebracht omdat de handboeken de kenmerken van het onderwerp expliciet noemen. Beter ware het dan ook de natuurlijke stroomrichting intuïtie → intellect te volgen en gebruik te maken van de al aanwezige intuïtieve kennis. Daarvoor is het nodig de intuïtie van studenten ook een kans te geven, bijvoorbeeld door iedere intellectuele uiteenzetting vooraf te laten gaan of te laten volgen door een concreet en invoelbaar voorbeeld, of ze een casus voor te zetten die gevolgd wordt door een opdracht met een appèl aan hun intuïtie. Datzelfde

gebeurt in de poëzie, waarvan Heinrich Heine in het volgende gedicht heeft laten zien dat die een krachtig beroep doet op de intuïtie:⁶

Und als ich euch meine Schmerzen geklagt,
Da habt ihr gegähnt und nichts gesagt;
Doch als ich sie zierlich in Verse gebracht,
Da habt ihr mir große Elogen gemacht.

(Heine 1911, *Die Heimkehr*, 34)

Het appelleren aan de intuïtie van studenten maakt ook de taak van de docent een stuk plezieriger: die hoeft dan niet meer de Grote Geleerde uit te hangen die zijn leerlingen kan laten zien wat een domme onnozelaars ze zijn, maar is meer iemand die een grotere ervaring heeft in het verfijnen en aanvullen van het intuïtieve inzicht in de richting van een correcte juridische benadering. Zoals ik uit eigen ervaring weet, is dat niet alleen bevredigender, maar ook veel leuker!

1.2.2 *Probleemoplossen zonder en met*

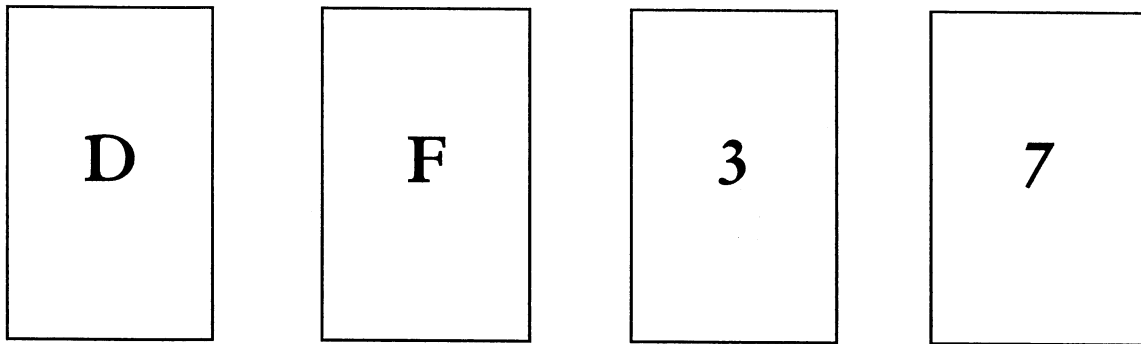
Het nuvolgende citaat is bedoeld als een vorm van ‘aanschouwelijk onderwijs’ omtrent het punt dat in de vorige subparagraaf besproken is onder “de derde indicatie” (p. 19). Daarom wordt lezers verzocht de tekst niet alleen te lezen maar ook mee te denken, opdat ze *ervaren* dat het redeneren zonder intuïtieve basis zo moeizaam gaat terwijl dat een fluitje van een cent is als die aanwezig is. De voorbeelden zijn afkomstig uit Pinker:

Een beroemd voorbeeld [van wat er gebeurt als de logica zich scheidt van de intuïtie] is afkomstig van de psycholoog Peter Wason. Wason werd geïnspireerd door het ideaal van de filosoof Karl Popper omtrent wetenschappelijk redeneren: een hypothese wordt aanvaard als alle pogingen falen die te falsificeren. Wason wilde weten hoe het gewone mensen verging als ze hypothesen moesten falsificeren. Hij zei hun dat op een reeks kaarten aan de ene kant letters stonden en aan de andere cijfers, en vroeg hun na te gaan of de volgende regel vals was: “Indien een kaart een D heeft aan de ene kant, dan heeft die een 3 aan de andere.” De proefpersonen kregen vier kaarten te zien; vervolgens werd hun gevraagd welke

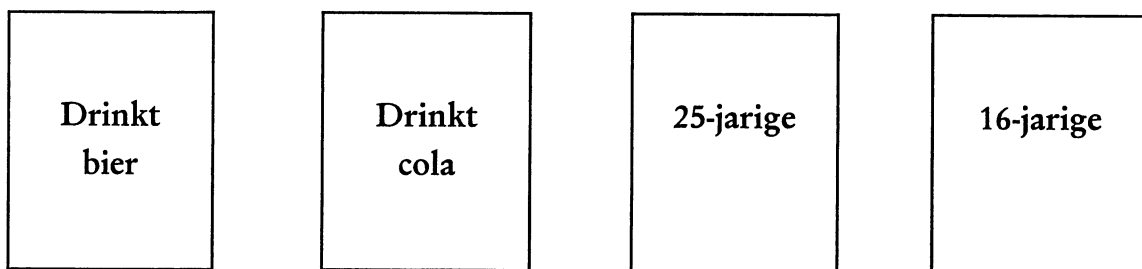
6 Om lezers de plotselinge overgang naar het Duits te besparen, hierbij een vertaling:

En toen ik me beklagde over mijn ellend',
hebt u gegeeuwd en niets gezegd;
maar toen ik dat fraai op rijm had gezet,
hebt u me veel lof toegekend.

kaarten ze moesten omdraaien om te zien of de regel onjuist was. Probeer het eens:



De meeste mensen kozen óf de kaart met een D, óf de kaart met een D en die met een 3. Het correcte antwoord is D en 7. ... De kaart met 3 is irrelevant; de regel stelde dat D's 3-en hebben, niet dat 3-en D's hebben. De kaart met 7 is cruciaal; als die een D aan de andere kant had, was de regel dood geweest. Slechts vijf tot tien procent van de mensen die aan de test werden onderworpen, selecteerden de juiste kaarten. Zelfs mensen die een cursus logica hadden gevolgd, deden het verkeerd. (Tussen twee haakjes: dat komt niet alleen doordat mensen "Indien D dan 3" interpreteerden als "Indien D dan 3 *en andersom*"; als ze de regel zo zouden interpreteren maar zich anderszins zouden gedragen als logici, zouden ze *alle vier* kaarten omdraaien.) Vreselijke implicaties werden gezien. Jan-met-de-Pet was irrationeel, onwetenschappelijk en erop uit zijn vooroordelen te bevestigen in plaats van bewijzen te zoeken die die konden ontkrachten. Maar als je de droge cijfers en letters vervangt door gebeurtenissen uit de echte wereld, worden mensen ineens perfecte logici. Je bent uitsmijter in een café, en hebt de taak iedereen uit de zaak te gooien die de regel schendt "Indien iemand bier drinkt, dan moet die 18 of ouder zijn." Je mag controleren wat mensen drinken of hoe oud ze zijn. Wie moet je controleren: iemand die bier drinkt, iemand die cola drinkt, iemand van 25 of iemand van 16?



De meeste mensen selecteren correct de bierdrinker en de zestienjarige. Maar alleen concretiseren is niet genoeg. De regel "Indien een persoon Spaanse pepers eet, dan drinkt hij koud bier" is net zo lastig te falsificeren als de D's en de 3-en.

Drinkt bier	Drinkt cola	Spaanse pepers	Patat
----------------	----------------	-------------------	-------

(Pinker 1998, p. 336.)

Omdat Pinker zelf geen oplossing aan de hand doet, ben ik wat gaan puzzelen. En zoals hij al voorspeld had, het kostte de nodige hoofdbrekens. Wat er gevraagd wordt, is na te gaan of er een oorzaak/gevolg-verband bestaat tussen enerzijds het eten van Spaanse pepers en anderzijds het drinken van koud bier. Allereerst moet worden nagegaan wat iemand die Spaanse pepers eet gaat drinken: als die cola drinkt, had dat causale verband ontbroken en was de regel dood geweest. Moet er daarnaast nog iets worden gecontroleerd? In ieder geval *niet* de patateter, want die is onbelangrijk. Het causale verband is namelijk alleen ‘Spaanse pepers → bier’ en niet tevens ‘patat → cola’. Als men dus koud bier drinkt na patat, blijft het verband tussen Spaanse pepers en bier intact. Maar dat geldt ook voor de bierdrinker: als die na patat koud bier drinkt, moet die dat zelf weten. Ook dan blijft het causale verband tussen Spaanse pepers en bier overeind. Daarmee resteert slechts de coladrinker, die in het uitvreter-voorbeeld irrelevant was (het drinken van cola is immers iedereen toegestaan, ongeacht hun leeftijd). Die is nu cruciaal. Als de drinker van cola namelijk Spaanse pepers had gegeten, had het causale verband ‘Spaanse pepers → bier’ ontbroken. (Tussen twee haakjes: als het verband wordt geïnterpreteerd als ‘Spaanse pepers → bier’ *en* ‘patat → cola’ maar men anderszins logisch te werk gaat, gaan ook de patateter én de bierdrinker weer meedoen: dan moeten *alle vier* worden gecontroleerd.) De logische conclusie is dus dat iedereen moet worden nagegaan die Spaanse pepers eet en ook eenieder die cola drinkt. Dat laatste is net zo verrassend als het omdraaien van de 7 in de oorspronkelijke Wason-test!

In de Wason-test (en zijn Spaanse pepers-extensie) is de intellectuele oplossing moeizaam, terwijl die in het ‘bier in het café’-geval een fluitje van een cent is. Waarom is dat zo? Vermoedelijk doordat in het café-geval de intellectuele oplossing een intuïtieve basis heeft waardoor alvast de richting wordt gewezen: volgens onderzoekers zijn mensen evolutionair geëquipeerd voor “het ontmaskeren van uitvreter”, wat diplomatieker uitgedrukt als “het identificeren van personen die zich niet aan een overeenkomst houden”. Een ‘overeenkomst’ is in

dit verband niet een juridisch begrip, maar een psychologisch: het is een toepassing van de formule “Indien je een recht geniet, dan moet je een plicht nakomen”. Die overeenkomst wordt geschonden door hen die een recht genieten zonder de plicht na te komen. Bier in een café is een recht dat je krijgt door je leeftijd, zodat personen die te jong zijn en toch bier drinken, zich niet aan de overeenkomst houden (Pinker 1998, p. 336–7). Als zo’n intuïtieve basis aanwezig is, lijkt de intuïtie het voortouw te nemen. De oplossing is namelijk zowel razendsnel als woordeloos: je *ziet* ’m gewoon. Voor het zien van de oplossing is een intellectuele uitleg niet nodig, want als je de clou niet ziet, iemand uit gaat leggen waarom cafébezoekers van 25 niet gecontroleerd hoeven te worden, en je de clou ineens wél ziet, is de kans groot dat je hem onderbreekt met “Hou maar op, ik zie het al.” Dat voorbeeld laat tevens zien dat uitleggen niet *altijd* verkeerd is. Hoewel intellect → intuïtie de verkeerde stroomrichting is, kan het uitleggen een atmosfeer creëren waarin de luisteraar tussen de regels door iets oppikt op grond waarvan ook hij de switch maakt naar een intuïtief begrijpen. Misschien is in dat licht de paradox van Lao-tzu toch niet zo’n paradox:

Reading Lao-tzu

The speaker knows not;
The knower speaks not;
So says Lao-tzu.
If Lao-tzu is a knower,
Why did he write 5,000 words?

(Blyth 1942, p. 142.)

2 Proloog Opzet en Culpa

Deze eerste proloog bespreekt het leerstuk van Opzet en Culpa, een leerstuk dat vaak wordt ervaren als moeilijk te doorgronden en ongrijpbaar. Dat heeft vermoedelijk meer te maken met de *benadering* van het onderwerp dan met het onderwerp zelf, want opzet en culpa zijn op zich niet zo lastig: de Amerikaanse rechter Holmes merkte eens op dat zelfs een hond weet of je hem met opzet of per ongeluk op zijn staart trapt. Om te voorkomen dat u soep moet lepelen met een vork (= opzet en culpa moet doorgronden aan de hand van abstracte definities), bewandelt deze proloog een andere weg. Daarbij wordt uw inlevingsvermogen meer aangesproken dan u wellicht gewend bent.

2.1 Opzet

2.1.1 *Van boos naar kleurloos opzet*

Een van de grootste barrières om het opzet goed te begrijpen, is de diep in het dagelijks leven ingeslepen denktrant het opzet te beschouwen als een *kwade* bedoeling. Zo geeft de uitdrukking ‘iets met opzet doen’ niet alleen aan dat iemand willens en wetens iets heeft gedaan, maar vooral dat het willens en wetens handelen voortkomt uit een (al dan niet bewuste) keuze voor het kwaad. Meer subjectief bezien: het iets met opzet doen betekent dat de aldus handelende persoon in wezen niet deugt. Daarom heeft ‘opzettelijk handelen’ meer weg van een beschuldiging dan van een constatering. Ga maar na. In het dagelijks

spraakgebruik wordt “Dat deed je met opzet!” vooral ervaren als een beschuldiging dat je een kwalijke instelling hebt. En langs dezelfde lijnen komt het weerleggen van die beschuldiging (“Je denkt toch niet dat ik dat met opzet heb gedaan?”) er doorgaans op neer dat je hebt gehandeld vanuit een instelling die wel degelijk correct was.

Dit opzetbegrip vindt zijn oorsprong in de primitief-christelijke kosmologie. In dit mens- en wereldbeeld werd orde en regelmaat in de schepping, die te zien was in de ordelijke gang van de hemellichamen, verklaard uit het feit dat de Schepper die hemellichamen instructies had gegeven zich te bewegen zoals ze doen. Dit werd onder meer gestaafd door te wijzen op een passage in het Oude Testament waar Jozua het verzoek tot God richtte hem nog wat daglicht te geven, zodat hij meer tijd had het door hem overwonnen leger der Amorieten over de kling te jagen. God willigde Jozua’s verzoek in en sprak: “Zon, sta stil te Gibeon en gij, maan, in het dal van Ajálon!” Zon en maan konden niet anders dan aan dat bevel voldoen.¹ Aan de mens waren eveneens zulke instructies gegeven – de Tien Geboden –, maar de mens was begiftigd met een vrije wil: die kon die bevelen naast zich neerleggen en bewust voor het kwaad kiezen (evenals vóór hem de aartsengel Lucifer). In dat geval ging hij *willens en wetens* tegen die eisen in: hij had opzet, waarvan het bestaan verwees naar een kwalijke instelling.

Het gedachtengoed van de Verlichting bracht juristen er echter toe zich te distantieren van de oudtestamentische visie dat het overtreden van de strafwet blijk gaf van een ‘niet willen deugen’. In plaats daarvan meenden ze dat voor opzettelijk handelen niet langer geëist hoefde te worden dat men *willens en wetens* de strafwet had overtreden, maar slechts dat men *willens en wetens* had *gehandeld*. Men meende, met andere woorden, dat niet langer de eis gold van boos, maar van kleurloos opzet (uitdrukkelijk beslist in HR 18 maart 1952, NJ 1952, 314 (Kleurloos opzet)). In een juridische context is ‘opzettelijk handelen’ dan ook geen beschuldiging meer, maar slechts een (doorgaans vrij banale) constatering dat er niet ‘per ongeluk’ is gehandeld (het handelen per ongeluk komt uitvoeriger aan de orde in 2.1.4).

Hoewel voor juristen het opzet al lang kleurloos is, is het boos opzet in het leven van alledag nog springlevend. Bezie maar eens de volgende casus:

Trudy R. rijdt op haar fiets langs een rij geparkeerde auto’s. Plotseling schiet er een kind de straat op, een bal achterna. Omdat het voor remmen al te laat is, kan Trudy een botsing alleen vermijden door haar stuur om te gooien en tegen een der geparkeerde auto’s aan te rijden. Zowel het kind als Trudy komt met de

1 Jozua 10: 12, 13.

schrik vrij; de geparkeerde auto heeft daarentegen een diepe kras op het portier opgelopen.

Gedaagd wegens opzettelijke beschadiging van de auto verklaart Trudy: "Ik heb die auto niet met opzet beschadigd. Ik kón gewoon niet anders dan er met mijn fiets tegenaan te rijden. Als ik dat niet gedaan had, had ik dat kind aangereiden."

Gevraagd in deze casus verweer te voeren, blijken ettelijke studenten te menen dat Trudy geen opzet heeft omdat zij met een goede bedoeling tegen de auto stuurde. Om die bedoeling boven water te krijgen, wordt eerst nagegaan of het sturen tegen de auto ten dienste stond van een verdergelegen doel (= het vermijden van een botsing). Vervolgens of het nastreven van dat doel gerechtvaardigd is. En als die vraag het antwoord ja krijgt, concluderen zij dat "het opzet ontbreekt".

Een dergelijke analyse (die ik overigens ook aan haar verklaring ten grondslag heb gelegd) miskent volledig de aard van het kleurloos opzet. Hierin is het opzet immers geen beschuldiging, maar een constatering. Wat moet worden geconstateerd, is dat Trudy niet per ongeluk tegen de auto reed: ze kon weliswaar niet anders, maar ze deed het willens en wetens. Dat betekent dat ze opzettelijk heeft gehandeld en dat de tenlastelegging in zoverre bewezen kan worden. Wat haar in een volgende fase openstaat, is een beroep op een rechtvaardigings- of schulditsluitingsgrond. Mogelijk komt overmacht als rechtvaardigingsgrond in aanmerking, maar in ieder geval overmacht als schulditsluitingsgrond. Trudy zal dus niet kunnen worden veroordeeld, hoewel de *opzettelijke* zaaksbeschadiging bewezen is.

Omdat het cruciaal is dat u dit punt goed begrijpt, geef ik u hetzelfde probleem in een iets andere setting:

Als de 20-jarige Monique G. door een donker laantje fietst, wordt ze plotseling van haar fiets getrokken. Terwijl zij op de grond ligt, dreigt de aanvaller haar te verkrachten. Snel grijpt Monique uit haar jaszak een spuitbusje met CS-gas, dat ze zich voor een geval als dit heeft aangeschaft, en spuit de aanstaande verkrachter – ondanks de uitdrukkelijke instructie op het busje niet rechtstreeks op het gezicht te richten – het gas van een afstand van 20 centimeter recht in zijn gezicht. Terwijl zijn ogen uitpuilen, de tranen over zijn gezicht biggelen en hij nauwelijks nog kan ademen, laat de man haar los. In het ziekenhuis constateert men bij de would-be verkrachter een shock, beschadiging van de traanbuizen en blijvend letsel aan beide longen.

Gedaagd wegens het opzettelijk toebrengen van zwaar lichamelijk letsel (art. 302 lid 1)² verklaart Monique: “Ik heb het niet expres gedaan. Ik wilde die man niet blijvend verwonden, maar er alleen voor zorgen dat hij van me afbleef.”

Dat Monique met het uitschakelen van haar aanvaller een aanvaardbaar verdergelegen doel heeft (= dat zij door hem niet werd verkracht), doet aan het bestaan van haar opzet niet af. De aanwezigheid daarvan kan dus worden bewezen. De wederrechtelijkheid/verwijtbaarheid van haar handelen komt immers apart aan de orde bij de vraag of in casu een strafuitsluitingsgrond als noodweer of – als het recht in het gezicht spuiten van CS-gas niet proportioneel wordt geacht – noodweerexces toepasselijk is.

Dat het velen tegen de borst stuit te zeggen dat iemand opzet heeft terwijl hij geoorloofd heeft gehandeld, geeft aan hoezeer het opzetbegrip nog het boos opzet is: in die opvatting is er pas opzet als het verderliggende doel niet mag worden nagestreefd, dat wil zeggen dat er pas opzet is als iemand zich niet op een strafuitsluitingsgrond kan beroepen. Bij boos opzet is er immers pas opzet indien een strafuitsluitingsgrond ontbreekt, of – anders gezegd – indien er een strafuitsluitingsgrond is, is er geen boos opzet.

Het door elkaar halen van het kleurloze en het boze opzet kan aanleiding geven tot merkwaardige misverstanden, zoals te zien waren in een euthanasiezaak waar een arts wegens moord (art. 289) terechtstond:

De arts had een pasgeboren meisje – met wie van alles mis was – om het leven gebracht met een injectie. De rechtbank constateerde dat hij had gehandeld overeenkomstig alle eisen van zijn professie en ontsloeg hem daarom van rechtsvervolging wegens het bestaan van een rechtvaardigingsgrond. Nou, dacht ik, daar is-ie dan mooi van af. Tot mijn verbazing verklaarde de arts voor het tv-journaal dat hij ernstig teleurgesteld was over deze uitspraak: “Hoewel me geen straf is opgelegd, is wel bewezen verklaard dat ik het meisje *opzettelijk* van het leven heb beroofd.”

De teleurstelling van de arts kan alleen ontstaan indien hij ‘opzettelijk’ opvat als ‘met een kwalijke intentie’. Bovendien zal het vonnis van de rechtbank in zijn ogen dan inconsistent zijn: “Hoe kan die nou mijn handelen gerechtvaardigd vinden en tegelijkertijd mijn opzet bewezen achten?”

Laten we het tot nu toe besprokene in schema zetten:

- 2 Het eerste aangehaalde wetsartikel is een goede gelegenheid een conventie te introduceren: als in Prologen artikelen *zonder* extensie worden aangehaald, zijn die afkomstig uit het Wetboek van Strafrecht. Alleen als dat niet zo is, volgt een extensie in de trant van Sv, WvW, et cetera.

Opzet is een beschuldiging.

Het opzet is meer dan slechts een kenmerk van de gedraging: het komt er vooral op aan dat het achterliggende doel onaanvaardbaar is.

Het opzet mag slechts worden aangenomen bij *afwezigheid* van rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgronden.

Als het opzet ontbreekt, volgt vrij-spraak, dus ook als dat ontbreekt als gevolg van de aanwezigheid van een rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond.

Opzet is een constatering.

Het opzet is slechts een kenmerk van de gedraging: het achterliggende doel van die gedraging is irrelevant.

Het opzet is al aanwezig als er willens en wetens is gehandeld, dat wil zeggen niet 'per ongeluk'.

Als het opzet ontbreekt, volgt vrij-spraak.

Als het opzet aanwezig is, komt apart aan de orde of er een rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond is geweest; als dat zo is, volgt ontslag van rechtsvervolging.

2.1.2 Vormen van opzet

De vormen waarin iemand subjectief bij een feit is betrokken, kunnen we langs de volgende lijn afzetten:

← OPZET →				
Oogmerk	Opzet bij zekerheidsbewustzijn	Opzet bij waarschijnlijkheidsbewustzijn/ voorwaardelijk opzet	Bewuste culpa	Onbewuste culpa
			← CULPA →	

De vormen van opzet bespreek ik hieronder; die van culpa komen pas in 2.2.1 aan de orde.

Oogmerk, het prototype van het opzet, is het naaste doel van de dader; het is datgene wat hij wil, wat hij beoogt of waar het hem om te doen is. In de vorm van oogmerk is opzet het minst problematisch en komt het meest voor: de dader wil iemand doden en schiet hem met een Walther P5 door het hoofd, wil een bank beroven en pleegt een overval op het lokale filiaal van de ABN-Amrobank, wil een voordelige videorecorder hebben en koopt er een waarvan hij weet dat die gestolen is, wil zijn badkamer voordelig renoveren en steelt op een bouwterrein een partij tegels, of wil een alleenstaandenuitkering krijgen en verzwijgt tegenover de Sociale Dienst dat zijn vriendin inmiddels bij hem ingetrokken is. In al deze gevallen betreft het *willens en wetens handelen*.

Ook hier is evenwel de valkuil van het boos opzet levensgroot aanwezig: bij het *willens en wetens handelen* gaat het om het naaste en niet om het uiteindelijke doel, hoe begrijpelijk het nastreven van dat achterliggende doel ook mag zijn. Als een invalide de banden leksteekt van een auto die ten onrechte geparkeerd staat op een invalidenparkeerplaats, heeft hij die banden opzettelijk vernield (art. 350), ook al was het slechts zijn uiteindelijke doel de gemakzuchtige parkeerder eens te laten voelen wat immobiliteit betekent (HR 6 oktober 1992, DD 93.080). U mag het naaste en het uiteindelijke doel dus niet met elkaar verwarren. Dat is een conclusie die u eenvoudig van buiten kunt leren, om vervolgens over te gaan tot de orde van de dag. Maar omdat het denken in termen van boos opzet zo'n diep ingeslepen gewoonte is, vraag ik me af of de betekenis van die gevolgtrekking wel echt tot u doorgedrongen is. Daarom is hier uitvoerig aandacht voor HR 25 oktober 1983, NJ 1984, 300 (Geruild tafelkleed), een zaak waarin op fraaie wijze het naaste doel op één hoop werd gegooid met het naast hogere. Het ging in dit arrest om het geval van een mevrouw jegens wie bewezen was verklaard "dat zij te Leidschendam op 4 april 1981 met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening [had] weggenomen een tafelkleed, toebehorende aan Vroom Textiel". Aanleiding voor deze veroordeling wegens diefstal (art. 310) was het volgende gebeuren:

In maart 1981 koopt mevrouw een tafelkleed bij Vroom Textiel. Bij thuiskomst blijkt het kleed een ernstig defect te vertonen: er zit een gat in. Veertien dagen later reclameert mevrouw bij Vroom. Omdat ze echter de kassabon niet meer heeft, wordt ze verwezen naar de bedrijfsleider. Als die nergens toe bereid blijkt, ruilt mevrouw zelf het tafelkleed om voor een kleed *zonder* gat.

Naar de mening van de raadsman ontbrak bij mevrouw het opzet:

Mijn cliënt heeft niet een tafelkleed willen stelen, maar wilde slechts dat haar klacht over het gat in het kleed serieus werd genomen.

Op het eerste gezicht zult u misschien zeggen: “Aardig verweer. Zit wel iets in.” Enig doordenken zal u echter duidelijk maken dat het verweer nergens op slaat. Erger nog, het bereikt waarschijnlijk het tegendeel van wat het beoogt (= vrij-spraak wegens het ontbreken van opzet). Mevrouw wilde namelijk bewerkstelligen dat haar klacht serieus werd genomen *door* het tafelkleed te stelen. Dat wil zeggen dat haar naaste doel (= het stelen van een kleed) ten dienste stond van een hoger doel (= het serieus doen nemen van haar klacht). De raadsman zei dus in feite:

Weliswaar heeft mijn cliënt opzettelijk een tafelkleed gestolen, maar dat deed ze om te bereiken dat haar klacht over het gat in het kleed serieus werd genomen.

Aangezien mevrouws uiteindelijke bedoeling irrelevant is voor het bestaan van opzet, lijkt het verweer meer een bekentenis dan dat het een werkelijk verweer is. Het komt immers neer op:

Mijn cliënt heeft opzettelijk een tafelkleed gestolen.

Ziet u? In plaats van het opzet te ontkennen, bevestigt het verweer het bestaan daarvan. Dat het op deze wijze ontkennen van boos opzet neerkomt op het erkennen van kleurloos opzet, komt doordat in het verweer een specifieke structuur zit: als de raadsman het opzet ontkent door te stellen dat zijn cliënts handelen niet op doel X maar op doel Y was gericht, erkent hij impliciet dat het *ergens* op was gericht. Hij kan dan niet meer zeggen dat het *nérgens* op was gericht, dat wil zeggen dat het handelen per ongeluk en dus onopzettelijk was.³

Als de dader op rechtstreekse wijze zijn naaste doel bereikt, is steeds voldaan aan het opzetvereiste dat delictsomschrijvingen stellen via termen als “opzettelijk” of “wetende dat”.⁴ Soms gebruiken delictsomschrijvingen expliciet de term “oogmerk”, maar dan wordt met die term gespecificeerd waar het

3 Nog twee voorbeelden van zo’n automatische bevestiging van kleurloos opzet vindt u verderop in deze proloog.

4 Bij het omschrijven van de opzeteis in de diverse delictsomschrijvingen heeft de wetgever er evenwel lustig op los gevarieerd. Soms ontbreekt het woord ‘opzettelijk’ zelfs geheel – bij het zogenoemde ingeblikte opzet –, zodat het moet worden ‘ingelezen’. Zie verder uw handboek over de wijzen waarop de eis van opzet onder woorden wordt gebracht.

oogmerk op gericht moet zijn: “wederrechtelijke toe-eigening” (art. 310), “zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen” (art. 326), et cetera. In die delictsomschrijvingen is het oogmerk een *bijkomend* oogmerk. Hoe bijzonder het bijkomend oogmerk is, moge blijken uit het navolgende citaat:

Neem bijvoorbeeld art. 225: het opzettelijk vervalsen van een geschrift *met het oogmerk* het als echt en onvervalst te gebruiken. Die delictsomschrijving is in zoverre buitengewoon dat naast het opzet (dat op de vervalsing moet slaan) vereist wordt dat op het moment waarop het feit wordt gepleegd, de dader een bepaalde bedoeling heeft met zijn handelen. Die bedoeling hoeft evenwel niet te zijn verwezenlijkt om het delict als voltooid te kunnen beschouwen. Als bijvoorbeeld een stuk slechts vervalst is omdat de dader wil laten zien hoe bekwaam hij is in het namaken van geschriften zonder dat hij ooit de bedoeling heeft het vervalste geschrift als onvervalst te gebruiken, voldoet die vervalsing niet aan de delictsomschrijving. Als het stuk echter vervalst wordt met het oogmerk het als echt te gebruiken en de betrapping geschiedt direct na de vervalsing maar nog voor er enig gebruik van is gemaakt, is het geen poging maar een voltooid delict, ook al heeft het oogmerk zich niet verwezenlijkt. (Politoff & Koopmans 1991, p. 131.)

Toegespitst op andere delictsomschrijvingen: doodslag (art. 287) is niet voltooid zonder dat de dood is ingetreden, maar diefstal (art. 310) is voltooid door iets weg te nemen, ook al blijft de beoogde toe-eigening uit.

2.1.2.2 OPZET BIJ ZEKERHEIDSBEWUSTZIJN

Kenmerkend voor opzet bij zekerheidsbewustzijn is dat het om een gevolg gaat waar de wil niet op gericht is, of sterker nog, wat men uitdrukkelijk niet heeft gewild; indien men echter weet dat dat nu eenmaal intreedt als rechtstreeks gevolg van een handelen dat op een wel gewild doel is gericht, wordt men geacht ook *dát* gevolg te hebben gewild.

Het begrip werd in het strafrecht geïntroduceerd naar aanleiding van het negentiende-eeuwse geval van Thomas van Bremerhaven. Teneinde de verzekeringspenningen te kunnen opstrijken, liet Van Bremerhaven een zwaarverzekerd schip op volle zee ontploffen; daarbij kwam de gehele bemanning om het leven. Omdat hij had gehoopt de verzekeringspenningen te kunnen incasseren zonder dat de bemanning doodging, kon niet worden gezegd dat hij die dood echt gewild had; hij zag alleen geen andere uitweg. Een meer eigentijds voorbeeld is dat van de man die de minister-president om het leven wil brengen en daartoe een handgranaat in diens auto-met-chauffeur gooit, waardoor ook de chauffeur om het leven komt. Misschien koestert de dader alleen een wrok tegen de minister-president en heeft hij niets tegen diens chauffeur, maar ziet hij geen

andere manier om wraak te nemen op de minister-president dan door het gooien van een handgranaat in de auto waarin zich ook iemand anders bevindt. Daarmee is de dood van de chauffeur niet echt iets wat hij wil.

In beide gevallen redeneert men nu als volgt: als iemand weet dat een gevolg beslist uit het handelen voortvloeit en desondanks handelt, is het 'weten dat het gevolg *zeker* intreedt' voldoende om opzet aan te nemen. Met andere woorden: zekere gevolgen *worden geacht* te zijn gewild, ook al zijn ze niet écht gewild. En dat laatste is het grote verschil met opzet als oogmerk, want daarbij zijn de gevolgen wel echt gewild.

2.1.2.3 OPZET BIJ WAARSCHIJNLIJKHEIDSBEWUSTZIJN/VOORWAARDELIJK OPZET

Deze vorm is het lastigst en meest subtiel, omdat die de ondergrens is van het opzet en het dichtst aanligt tegen de (bewuste) culpa.

Er zijn twee varianten van deze vorm. De eerste, het opzet bij waarschijnlijkheidsbewustzijn, kijkt alleen naar het weten dat een gevolg intreedt: als iemand weet dat een gevolg doorgaans uit het handelen voortvloeit en desondanks handelt, is het 'weten dat het gevolg *waarschijnlijk* intreedt' voldoende om opzet aan te nemen. Daarmee knoopt deze variant aan bij het opzet als zekerheidsbewustzijn, waar het immers ging om gevolgen die *zéker* intreden. Het zal u duidelijk zijn dat het er voor opzet bij waarschijnlijkheidsbewustzijn niet toe doet hoe de dader aankijkt tegen het intreden van dat gevolg, zolang het gevolg maar de strekking heeft in te treden. Omdat dat aankijken echter kan uiteenlopen van "Ik vertrouw erop dat het niet gebeurt" (= optimisme) tot "Het zal me worst wezen of het gebeurt" (= cynisme), achten velen het opzet bij waarschijnlijkheidsbewustzijn niet erg bevredigend. Ze staan dan ook een tweede variant voor, het zogeheten voorwaardelijke opzet. Daarin wordt plaats ingeruimd voor het cynisme van de Mercedesrijder die stelt dat hij ook door een groep schoolkinderen vijftig kan blijven rijden: "Een Mercedes heeft uitstekende ruitenwissers." Om na te gaan of er zo'n onverschillige houding bestaat, neemt het voorwaardelijk opzet vaak zijn toevlucht tot een gedachtenexperiment in de trant van "De dader was weliswaar niet zeker van het intreden van het gevolg toen hij deed wat hij deed, maar had hij ook gehandeld als hij daar wel zeker van was geweest?" Bij bevestigende beantwoording van die vraag concludeert men dat verdachtes opzet ook op het gevolg is gericht *indien* dat intreedt. Vandaar de benaming *voorwaardelijk* opzet.⁵ Omdat het voorwaardelijk opzet

5 Al is die term enigszins misleidend: er is niets voorwaardelijks aan het opzet, maar alleen aan het intreden van het gevolg. De benaming 'voorwaardelijk opzet' is echter volledig ingeburgerd.

geldend recht is geworden, gaat de rest van deze subparagraaf alleen nog daarover.

Het voorwaardelijk opzet komt dus tot opzet op grond van de attitude van verdachte tegenover de gevolgen van zijn handelen. Die houding wordt dikwijls omschreven als 'cynisch', maar met dergelijke beschuldigende termen komt u gevaarlijk dicht bij de valkuil van het boos opzet, een valkuil die het grootste probleem is rond het voorwaardelijk opzet. Bekijk maar eens de volgende casus:

Marco W. hangt graag de stoere motorrijder uit. Als hij op een ochtend weer eens aan het ompoetsen is op zijn Kawasaki, ziet hij Marina Ootmoed voorbijlopen, een meisje op wie hij al jaren verkikkerd is. De kans een verpletterende indruk op haar te maken, laat hij zich niet ontnemen: het poetsen latend voor wat het is, start hij met veel lawaai zijn motor en scheurt weg. Binnen vierhonderd meter rijdt hij – nog binnen de bebouwde kom – al 150 km per uur. Helaas beheerst hij de motor nog niet zo goed als hij denkt, want na vijfhonderd meter neemt hij de bocht te kort en rijdt, ondanks hevig remmen, in op een groepje mensen op het trottoir. Dat bestaat uit twee ouders die hun tien maanden oude dochter Fleurtje tussen hen in leren lopen. De beide ouders weten nog op tijd weg te springen, maar hun dochttertje niet: Fleurtje is op slag dood als ze met 110 km per uur wordt overreden door de enige honderden kilo's wegende Kawasaki. Verhoord door de politie verklaart Marco: "Ik was met mijn hoofd alleen bij de overdonderende indruk die ik op Marina zou gaan maken. Verder heb ik nergens aan gedacht. Maar is dat nou zo erg voor die ouders? Maken ze toch gewoon een nieuw kindje?"

Marco wordt primair doodslag (art. 287) en subsidiair dood door schuld in het verkeer (art. 6 WVV) ten laste gelegd. Kan hij voor een van deze twee worden veroordeeld?

Uw eerste impuls zal zijn: "Die etter moeten ze aan de hoogste boom opknopen!" Die – alleszins begrijpelijke – impuls kan er gemakkelijk toe leiden dat u een rood waas voor de ogen krijgt, 'bloed aan de paal' wilt en concludeert dat er bij Marco in ieder geval voorwaardelijk opzet bestaat, zodat hij kan worden veroordeeld ter zake van de primair ten laste gelegde doodslag. Echter, bij de vraag of de dader voorwaardelijk opzet heeft, moet u ervoor waken dat u *niet* gaat terugredeneren vanuit de ernst van het gevolg en het 'bloed aan de paal'-gevoel in de plaats laat treden van een koele redenering. In zo'n koele redenering is namelijk heel wel vol te houden dat Marco zijn rijstijl had aangepast als hij zeker was geweest van het gevolg. Een goed hulpmiddel om koel te worden c.q. te blijven, is u in te denken dat Marco's rijden geen enkel gevolg had gehad: als hij voorwaardelijk opzet op iemands dood zou hebben gehad, had hij wegens

poging tot doodslag mogen worden veroordeeld.⁶ En voor zo'n veroordeling biedt de casus geen houvast, hoe onsympathiek de dader ook is. Daarmee resteert slechts de subsidiair ten laste gelegde dood door schuld in het verkeer: buiten kijf staat dat (onbewuste) culpa aanwezig is.

De opvatting dat de ernst van het gevolg de mate van opzet of culpa bepaalt, is echter wijdverbreid. Ik heb eens een rechter half als grap en half in ernst de volgende vuistregel horen geven:

Het antwoord op de vraag of er opzet of culpa is, hangt af van de diepte van de steekwond. Als de wond diep is, is er opzet; als die niet zo diep is, is er culpa.

Deze vuistregel is onjuist omdat ook hier wordt teruggedeneerd vanuit de ernst van het gevolg, te weten de diepte van de steekwond. Het aantrekkelijke van deze vuistregel is dat die zo dicht aanligt tegen het vertrouwde boze opzet, maar daarnaast zit er ook wel iets in: een diepe wond duidt erop dat die doelbewust (en dus opzettelijk) is toegebracht, een oppervlakkige wond kan per ongeluk (en dus culpoos) tot stand zijn gekomen. Dat zou een goed startpunt zijn voor een nader onderzoek, maar het zou onzin zijn dat hele onderzoek over te slaan en het startpunt daarvoor op voorhand tot vuistregel te verheffen.

Ik vermoed dat de problemen rond het voorwaardelijk opzet voor een groot deel terug te voeren zijn tot HR 9 november 1954, NJ 1955, 55 (Cicero), het arrest dat dat leerstuk introduceerde in het Nederlandse strafrecht. De casus van het Cicero-arrest – het bestuur van de toneelvereniging schafte geen extra tekstboekjes aan omdat ze dachten dat die eis ten onrechte werd gesteld – heeft me altijd getroffen als een waarin eerder optimisme dan cynisme speelde (dus eerder culpa dan voorwaardelijk opzet). Bovendien is de formule van het arrest spekglad: “Van voorwaardelijk opzet is sprake indien men zich willens en wetens blootstelt aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans dat ...”. Hoewel de Hoge Raad het understatement hierin (“de geenszins denkbeeldige kans”) in latere jaren heeft vervangen door “de aanmerkelijke kans”, blijft het een gevaarlijke formule. De onderwijspraktijk heeft namelijk geleerd dat studenten geneigd zijn het *willens en wetens*-aspect niet of nauwelijks te benadrukken en te gaan werken met “Hij heeft zich toch blootgesteld aan de kans dat ...?” Ter illustratie moge de volgende examenvraag dienen:

6 Voor voornemen in de zin van art. 45 volstaat voorwaardelijk opzet, zoals u nog zult zien in Proloog Poging.

Tijdens het koffiedrinken in het restaurant van de schietvereniging gaat Pjotr G. een weddenschap aan: “Als het meisje van de schietbaan een wijnglas tussen haar vingers houdt, kan ik dat kapotschieten zonder dat ik haar raak.” Als het gezelschap zich naar de schietbaan begeeft, denkt Pjotr nog wel aan het risico dat het meisje loopt, maar vertrouwt erop dat hij haar niet zal raken omdat hij overtuigd is van zijn schutterskunst. Nadat de afgesproken opstelling gearrangeerd is, schiet Pjotr en raakt de hand van het meisje.

Hoe laat de attitude van Pjotr zich het best typeren?

In de modelbeantwoording was bekendgemaakt dat ‘culpa’ het goede antwoord was. Daarop heeft ieder van uw docenten met een aanzienlijk aantal studenten een (telefoon)gesprek moeten voeren dat vriendelijk begon maar al gauw kribbig werd:

- Met Koopmans.
- Dag meneer Koopmans, met ... Ik heb een vraag over de modelbeantwoording van de casus over de schutter. Volgens die beantwoording is culpa het goede antwoord, maar dat moet toch voorwaardelijk opzet zijn?
- Nee hoor, het is echt culpa: Pjotr heeft geen voorwaardelijk opzet.
- Maar hij heeft zich toch blootgesteld aan de kans dat hij de hand van het meisje zou raken? Volgens de Hoge Raad is er dan voorwaardelijk opzet.
- De Hoge Raad eist dat je je *willens en wetens* blootstelt aan die kans: je moet aan het risico hebben gedacht én het voor lief hebben genomen. Dat laatste heeft Pjotr niet gedaan, want zoals de casus stelt: “Hij vertrouwt erop dat hij haar niet zal raken omdat hij overtuigd is van zijn schutterskunst.”
- Dat vertrouwen is toch volkomen misplaatst, zoals ook gebleken is?
- *Als* hij erop had mogen vertrouwen dat hij het meisje niet zou raken – al kan ik moeilijk zo’n geval bedenken –, had hij helemaal geen schuld gehad: kenmerk voor culpa is dat je ergens *ten onrechte* op vertrouwt.
- Dus als je iemands halve hand eraf schiet, kun je vrijuit gaan? Mooi vak geven jullie, zeg.

Na twee à drie van zulke gesprekken begon ik me in gemoede af te vragen waarom ik geen aardrijkskunde ben gaan doceren: daar heeft het geen enkele zin je te ergeren aan het feit dat Athene de hoofdstad van Griekenland is.

Beter dan het Cicero-arrest kan dan ook onderstaande casus dienst doen als het prototype van voorwaardelijk opzet:

De veekoper Jonathan W. koopt kadavers op van in de wei gestorven koeien, welke kadavers hij vervolgens clandestien laat slachten. Als hij het vlees aan zijn

klanten aflevert, vermengt hij stiekem het kadavervlees met wel goedgekeurd en van een stempel voorzien vlees. De slachter van de kadavers waarschuwt Jonathan voor gevaren voor de volksgezondheid. Jonathans reactie is: “Ach kom nou. Je weet net zo goed als ik dat negenennegentig van de honderd koeien die in de wei doodgaan, dat doen door ongelukjes of blikseminslagen. Aan hun vlees mankeert dan niks. Trouwens, ik lever het vlees alleen aan boeren hier uit de omgeving, die allemaal resistent zijn tegen koeienziektes. En als er iemand anders van mijn vlees eet, wat dan nog? Nederland telt zowat zestien miljoen mensen; dat is toch meer dan genoeg?”

Een paar dagen later worden van door Jonathan geleverd vlees kroketten gemaakt voor een trouwpartij, waarvoor ook zestig gasten uit de grote stad zijn gekomen. Een uur na het eten van de kroketten begint de eerste van hen aandrang te krijgen. Als nog een halfuur later alle toiletten continu bezet zijn, begint men de boomgaard te benutten. Dat levert een fraaie foto op voor de lokale krant: veertig grotestadsmensen die hurkend in de boomgaard hun – waterige – behoefte doen.

In deze casus zal het de dader inderdaad worst wezen of veertig mensen aan de diarree raken: Jonathan had het vlees ook geleverd als hij zeker had geweten dat dat het gevolg zou zijn, had zich niet laten weerhouden door de zekerheid van dat gevolg, neemt dat gevolg voor lief, neemt dat op de koop toe, kortom *findet sich damit ab* (om eens wat andere formules voor voorwaardelijk opzet te gebruiken).

Het enkele feit dat men weet dat een gevolg *kán* intreden, is onvoldoende om opzet aan te nemen. Voor opzet moet daar immers bijkomen dat men ook gehandeld had als men zeker van dat gevolg was geweest (= voorwaardelijk opzet). Als men weet dat een gevolg *kán* intreden, maar handelt in het vertrouwen dat het niet zal intreden, is er geen opzet meer. Bewuste culpa kan dan in aanmerking komen, maar alleen als dat vertrouwen *ongerechtvaardigd* was (zie de paragrafen over culpa). Als men dat risico had mogen nemen, is er geen strafrechtelijk relevante instelling meer, *ook al zijn de gevolgen nog zo ernstig*. We spreken dan van een “ongelukkige samenloop van omstandigheden”, van toeval dus.

Sinds de introductie van het voorwaardelijk opzet in het Cicero-arrest heeft dat leerstuk in het Nederlandse strafrecht een hoge vlucht genomen. De jurisprudentie daaromtrent zal ik hier niet allemaal bespreken (zie daarvoor uw handboek), maar wil volstaan met het vermelden van het – volgens sommigen nogal dubieuze – arrest HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199 (Porsche). Dat is een beslissing die naadloos aansluit op hetgeen in deze proloog is gesteld en waarin ik me dus uitstekend kan vinden.

Een bestuurder van een Porsche negeerde, terwijl hij met hoge snelheid reed, tot tweemaal toe een rood verkeerslicht en ondernam uiterst riskante inhaalmanoeuvres. Uiteindelijk kwam hij frontaal in botsing met een tegenligger, een aanrijding waarbij vijf mensen om het leven kwamen. Het hof leidde uit verdachtes rijgedrag af dat hij voorwaardelijk opzet had op de dood van de slachtoffers en veroordeelde hem wegens doodslag (art. 287).

De Hoge Raad overwoog dat er pas doodslag was indien verdachte blijkens zijn gedraging de dood van zijn slachtoffers op de koop had toegenomen. Gezien het feit dat hij meermalen een reeds ingezette inhaalmanoeuvre had afgebroken, was het veel aannemelijker dat hij erop rekende dat het wel goed zou aflopen. Voorwaardelijk opzet achtte de raad daarom niet aanwezig, zodat de veroordeling wegens doodslag werd gecasseerd.

Deze uitspraak betekent overigens niet dat een roekeloze rijstijl in het verkeer *nimmer* kan leiden tot een veroordeling wegens (poging tot) doodslag; zie het hieronder te noemen arrest inzake de Enkhuizer doodslag.

Ook in de jaren sinds het Porsche-arrest is de leer van het voorwaardelijk opzet geregeld toegepast, veelal op een wijze waarop weinig af te dingen valt. Van deze jurisprudentie noem ik slechts HR 23 januari 2001, NJ 2001, 241, waar een automobilist een man die op het dak van zijn auto lag, eraf probeerde te krijgen door hard te gaan rijden en hevig te slingeren; HR 23 januari 2001, NJ 2001, 327 (Enkhuizer doodslag), waar een dronken automobilist met hoge snelheid door Enkhuizen binnenstad reed om koste wat kost aan de politie te ontkomen, en daarbij twee fietsers doodreed en een bijna; HR 8 mei 2001, NJ 2001, 480 (Bacchus), waar verdachtes mededader zeven schoten loste op de ingang van discotheek Bacchus, en daarbij niet de portier raakte maar drie onschuldige meisjes, van wie er twee gedood werden en één zwaargewond. Desalniettemin wordt in de praktijk – en met name door de lagere rechtspraak – de aanwezigheid van voorwaardelijk opzet zeer snel aangenomen, vaak op een wijze waarop er nauwelijks nog verschil bestaat tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld. Ook de jurisprudentie van de Hoge Raad gaat soms die richting uit. Met een bespreking van een recent arrest met die tendens wil ik deze subparagraaf afronden en overgaan naar de *dolus in causa*. Aan het eind daarvan zal ruimte worden besteed aan de zogeheten vliegveld-jurisprudentie, een uitholling van het voorwaardelijk opzet die ditmaal slechts schijn is.

Die recente uitspraak is HR 15 januari 2002, LJN AD5202 (Trainingsbroek). Daarin kwam een geval aan de orde waar een jongen deel uitmaakte van een groep adolescenten. Zijn raadvrouw typeerde de sfeer in deze groep als volgt:

De jongens gingen altijd stoeiend en dollend met elkaar om. Daarbij hoorde ook het spelletje dat men een vuurtje tegen de broek van een ander hield, totdat die ander uiteindelijk een gil gaf omdat het warm werd.

Toen een van hen een vuurtje bij de broek van zijn maat hield, vatte de broek ineens vlam, vermoedelijk omdat de maat er zojuist benzine op had gemorst. De dader werd primair ten laste gelegd dat hij opzettelijk zwaar lichamelijk letsel had toegebracht (art. 302) en subsidiair dat hij opzettelijk letsel had toegebracht dat had geleid tot zwaar lichamelijk letsel (art. 300 lid 2). Het hof had hem vrijgesproken van het primair ten laste gelegde (hij wist niet dat er benzine was gemorst), maar had hem wel veroordeeld voor het subsidiair ten laste gelegde. De reden daarvoor was even vertrouwd als voorspelbaar:

Door een brandende aansteker op enkele centimeters van de trainingsbroek van het slachtoffer te houden, heeft verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat die broek vlam zou vatten en het slachtoffer daardoor pijn of lichamelijk letsel zou oplopen.

Dat oordeel gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, “mede gelet op hetgeen de algemene ervaring leert omtrent de ontvlambaarheid van kledingstukken zoals trainingsbroeken”. Het lijkt onmiskenbaar dat men in Nederland weet – vooral na de cafébrand in Volendam – dat je geen brandende aansteker bij kunststof trainingsbroeken moet houden. Maar of dit vaag en abstract ‘weten’ het oordeel rechtvaardigt dat, als je dat dan toch doet, je willens en wetens het risico neemt dat die broek in brand vliegt, lijkt wat te veel van het goede. Veeleer lijkt het waarschijnlijk dat de jongen zich een ongeluk is geschrokken toen de broek plotseling vlamvatte, want aan dit risico had hij helemaal niet gedacht, of, als hij er wel aan had gedacht, erop had gerekend dat er niets zou gebeuren. Met de AG ben ik het dan ook eens dat hier slechts een geval van culpa is.

Een mogelijke verklaring voor deze bizarre uitspraak is dat culpose (eenvoudige) mishandeling in Nederland niet strafbaar is, zodat die ook niet ten laste was gelegd (ga maar na). Als het hof een straf had willen opleggen, stond dus alleen de mogelijkheid open hem te veroordelen wegens *opzettelijke* (eenvoudige) mishandeling. In dat geval is het aannemen van voorwaardelijk opzet, met zijn spekgladde formule, inderdaad een uitweg. Als deze analyse overigens juist is, is er geen aanleiding meer het arrest te zien als een uitspraak die een serieuze bijdrage levert aan het leerstuk van het voorwaardelijk opzet; het arrest kan dan veeleer worden bijgezet onder de uitspraken *pour besoin de la cause*, waarbij ‘la cause’ niet zozeer te maken heeft met de merites van de zaak maar met het

aanzien van justitie. Stel u namelijk voor wat een blamage het voor justitie zou zijn als men de veroordeelde – die zijn straf al aan het ondergaan was – had moeten mededelen dat het hoogste rechtscollege van Nederland hem alsnog had vrijgesproken.

2.1.3 *Dolus in causa*

In deze subparagraaf wil ik aandacht besteden aan de zogeheten *dolus in causa*-leer, het opzettelijke equivalent van de veel bekendere *culpa in causa*-leer, die zo'n belangrijke rol speelt op het terrein van de culpa en van de schulditsluitingsgronden. Beide leren hebben met elkaar gemeen dat verdachte op het moment van handelen in een dwangsituatie verkeerde waardoor hij moeilijk anders kon, maar dat het aan zijn eigen opzet of culpa te wijten is geweest dat die dwangsituatie gecreëerd werd. Het verschil tussen beide is dat bij *dolus in causa* verdachte die situatie *met opzet* heeft gecreëerd, terwijl het bij *culpa in causa* slechts aan verdachtes schuld te wijten was dat hij daarin verkeerde. Laat ik meteen een voorbeeld geven van *dolus in causa* (= 'opzet aan de oorzaak'):

De 53-jarige Harm D. zit bij zijn vrouw onder de plak. Uit ervaring weet hij dat hij haar een pak slaag durft te geven als hij te veel gedronken heeft. Op een avond nadat zij hem de hele dag heeft dwarsgezet, slaat hij in hoog tempo een aantal glazen whisky achterover. Als de alcohol zijn geest heeft vertroebeld, laat hij haar alle hoeken van de kamer zien.

Dit is *dolus in causa* in de meest zuivere vorm. Harm slaat namelijk een aantal glazen whisky achterover met de uitsluitende bedoeling dronken te worden, een toestand waarin hij – naar hij weet – de gebruikelijke schroom laat varen, alle remmen losgooit en zijn vrouw in elkaar slaat. We zouden dus kunnen zeggen dat er in dit geval 'oogmerk in causa' is. Dat zal zich niet vaak voordoen, want meestal komen we niet verder dan 'opzet bij zekerheidsbewustzijn in causa': men heeft weliswaar niet echt het oogmerk later een strafbaar feit te plegen, maar men weet zeker dat dat het gevolg zal zijn.

Dat zien we bijvoorbeeld bij het rijden onder invloed (art. 8 WVV). Als u met de auto naar een viergangendiner gaat waar u opzettelijk (d.w.z. niet per ongeluk) bij iedere gang een glas wijn drinkt, moet u van tevoren voorzieningen treffen om niet onder invloed te gaan rijden: u moet een taxi bestellen om u af te laten halen, u moet afspreken dat u blijft slapen, u moet regelen dat er iemand de BOB is, et cetera. Als u dat niet doet, is er een groot risico dat u met een te hoog promillage gaat rijden. Uw opzet staat al vast op het moment dat u besloot alcohol te gaan drinken, want het feit dat u zich er al dan niet van

bewust bent dat uw rijvaardigheid is aangetast, speelt geen rol: al in HR 31 oktober 1961, NJ 1962, 34 (Bewustheid) is uitgemaakt dat enige mate van bewustheid dat men onder invloed rijdt, niet nodig is. In dit arrest constateerde de raad droogjes:

Het is van algemene bekendheid dat een zeker gebruik van alcohol niet alleen een ongunstige invloed uitoefent op de bekwaamheid een rij- of voertuig te besturen, maar ook op het vermogen deze bekwaamheid op objectieve wijze te beoordelen.

Hier is geen speld tussen te krijgen, want ieder van ons kent wel situaties waarin we iemand die duidelijk een slok te veel op heeft ervan moeten weerhouden in zijn auto te stappen en zelf naar huis te rijden. Meestal reageert zo iemand met “Je denkt toch niet dat ik niet meer rijden kan? Ik zal je laten zien dat dat nog best gaat!” En nadat hij in zijn auto is gestapt en die gestart heeft, laat hij eerst de auto op de handrem staan, zet die vervolgens in de verkeerde versnelling, vergeet daarna het licht aan te knippen en ramt ten slotte bijna het tuinhek. Ja ja, hij *dacht* dat hij nog goed rijden kon.

Ook het plegen van een delict in een door drugsgebruik veroorzaakte psychose valt onder *dolus in causa*, want ook hier verschuift het opzet naar het moment dat men gaat gebruiken.⁷ Dat blijkt uit HR 9 juni 1981, NJ 1983, 412 (Gillende grootmoeder):

De 19-jarige Joan is verslaafd aan cocaïne en heroïne. Op een dag dat hij bij zijn oma op bezoek gaat, spuit hij eerst een extra dosis van beide, waardoor hij zich ‘opgefokt’ voelt en nog onrustiger dan anders. Die dag brengt Joan zijn oma om het leven door haar meermalen te steken. Naar zijn zeggen wilde Joan haar niet doden, maar alleen dat ze ophield met gillen.

Uit de casus van het geruilde tafelkleed (p. 31) zult u begrijpen dat Joan beter niet had kunnen zeggen dat hij niet zijn grootmoeder wilde doodsteken, maar alleen wilde dat ze ophield met gillen: door dat aan te voeren, kan hij niet meer zeggen dat hij absoluut niet weet wat hem bezielt heeft. Dat laatste zou hem overigens ook niet gebaat hebben, want het grote verschil met het later nog te bespreken geval van het meisje dat al slaapwandeland met een mes op haar vriendin instak, is dat deze psychose zelf-geïnduceerd is.

7 Niet: “... naar het moment dat men *ooit begonnen is met gebruiken*”, want dan werpt de *dolus/culpa in causa*-leer het net te ruim en ontaardt in dooddoeners van het type “Had je maar nooit met het spul moeten beginnen” – vgl. het eind van deze proloog.

Is het ook mogelijk een geval te bedenken waarin er ‘*voorwaardelijk opzet in causa*’ is? Ik denk het wel. Een goede kandidaat daarvoor is de zogenoemde vliegveld-jurisprudentie. Die jurisprudentie gaat over het voorwaardelijk opzet bij drugskoeriers (de ‘pakezels’) die proberen in Nederland drugs binnen te smokkelen vanaf een vliegveld van een land met een inheemse papaver- of cocateelt (landen van de Gouden Driehoek; Colombia) of een transitoland daarvan (Antillen; Suriname). Het gaat hier steeds om spul dat in het land van herkomst voor een luttel bedrag te krijgen is, maar dat in Nederland het tien- of zelfs honderdvoudige oplevert. Een van deze gevallen wordt door Kelk levendig en van binnenuit⁸ beschreven:

Een vrouw arriveert per vliegtuig uit Curaçao met een rode koffer, waarin zich bij de douanecontrole een dubbele bodem blijkt te bevinden waaronder enige kilo’s heroïne verborgen zijn (zie art. 2 lid 1 sub a Opiumwet). Voor de rechtbank verklaart de vrouw met grote stelligheid van niets te weten. Kort nadat ze het vliegveld in Curaçao had betreden – zo vertelt ze – is ze even naar de toiletten geweest, terwijl ze haar koffer zolang in een wachtruimte had achtergelaten. Vervolgens heeft ze zichzelf en haar koffer ingecheckt. Bij aankomst op Schiphol bleek haar koffer tot haar verrassing een geheel andere inhoud te hebben dan het geval was bij haar vertrek uit Curaçao. Haar eigen koffer moet tijdens haar korte retraite op de toiletten verruild zijn voor een andere koffer met een identieke vorm, omvang en kleur. Desgevraagd antwoordt ze dat ze haar koffer kort daarvoor (nieuw) had gekocht en dat er zeer vele exemplaren van dit type koffer op Curaçao in omloop zijn. De rechter achtte dit een onwaarschijnlijk verhaal, alleen al omdat, mocht er een verwisseling van koffers hebben plaatsgevonden, het gewicht van de dubbele bodem met enige kilo’s heroïne eronder bij het oppakken van de koffer direct een ander gevoel zou hebben gegeven. Het ongeloofwaardige karakter van zo’n verhaal zou kunnen leiden tot de overtuiging dat het gezien alle feiten en omstandigheden van het geval niet anders kan zijn geweest dan dat de betrokkene van meet af aan het opzet heeft gehad op de invoer van drugs in Nederland. De rechter opteerde evenwel voor het aannemen van voorwaardelijk opzet in die zin dat de vrouw zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat haar koffer wel eens verwisseld zou kunnen worden. Deze mogelijkheid moest ze immers hebben voorzien, nu de ervaring leert dat men op vliegvelden niemand zomaar kan en mag vertrouwen. (Kelk 2001, p. 185–6.)

In deze passage maakt Kelk duidelijk dat de rechtbank de vrouw domweg niet geloofde; integendeel, men was van mening dat zij van meet af aan het oogmerk had de heroïne Nederland binnen te smokkelen. Deze overtuiging was vooral gebaseerd op het feit dat het niet anders kon dan dat ze het extra gewicht van

8 Blijkens een noot heeft hij als rechter-plaatsvervanger deze zaak meebeslist.

enige kilo's heroïne had opgemerkt (dat gewicht komt neer op het gewicht van evenzovele kilopakken suiker). Nu is het in Nederland zo dat een rechter nimmer verplicht is af te gaan op bewijsmiddelen als hij daardoor niet echt overtuigd is, maar het omgekeerde is hem niet toegestaan: hij mag nimmer afgaan op zijn overtuiging zonder die ook te schragen met bewijsmiddelen. Buiten die overtuiging is er echter geen extra bewijsmiddel om het oogmerk bewezen te achten, al was het alleen omdat verdachte bij hoog en bij laag volhield van niets geweten te hebben.⁹ Nee, de weg om het opzet *rechtstreeks* bewezen te achten, is afgesloten. Resteert het voorwaardelijk opzet. Als we dat in deze casus correct zouden toepassen, zou de vrouw willens en wetens het risico moeten hebben genomen dat de koffer heroïne bevatte. Daarvoor is nodig dat zij aan het risico gedacht heeft, maar het haar een zorg is geweest of dat zich zou verwezenlijken. Kortom, een onverschillige houding over het al dan niet invoeren van drugs in Nederland. En daarvan is in deze casus geen sprake; integendeel, de vrouw hangt de vermoorde onschuld uit die claimt er door anderen te zijn ingeluisd.

Op dit punt biedt de *dolus in causa*-leer uitkomst. Die leer maakt het namelijk mogelijk het willens en wetens-aspect van het voorwaardelijk opzet te verplaatsen naar een voorafgaande fase, te weten naar het vliegveld van het land van waaruit de drugs worden geëxporteerd. Er wordt dan als volgt geredeneerd: wie op zo'n vliegveld niet donders goed op zijn bagage let, neemt willens en wetens het risico dat die verwisseld wordt. Dat risico neem je dus als je bijvoorbeeld geen onderzoek instelt nadat de bagage een tijdje onbeheerd is achtergebleven; zo'n onderzoek is beslist geïndiceerd als het extra gewicht daartoe aanleiding geeft. Daarmee is het voorwaardelijk opzet in het door Kelk beschreven geval niets minder dan een 'kat-in-'t-bakkie'.

Het *dolus in causa*-aspect (en daarmee dit voorwaardelijk opzet) mag niet worden gebruikt als er in dit soort situaties bijzondere omstandigheden zijn, bijvoorbeeld als verdachte niet *kon* weten dat er iets niet pluis was met zijn bagage. Dat merkte de verdachte in HR 24 november 1998, NJ 2000, 54.

In deze casus werd de man ervan verdacht een tas met bijna twaalf kilo cocaïne Nederland binnen te krijgen. Het bleek echter dat hij in Suriname bij een auto-ongeluk betrokken was geraakt en ernstige verwondingen had opgelopen. Op advies van zijn 'bezorgde' buurman O. was hij naar Nederland gegaan om hier een

9 Zo'n extra bewijsmiddel zou er wel zijn geweest als de vrouw had gezegd: "Ik zie dat u er niet intrapt; laat ik dan maar sportief zijn en toegeven dat ik van meet af aan de heroïne binnen wilde smokkelen." Dat zij dat niet gezegd heeft, komt vermoedelijk omdat ze ook wel begrijpt dat van bekennen nog nooit iemand is vrijgesproken.

beter medische behandeling te krijgen. O. had zijn visum en ticket geregeld, had hem naar het vliegveld gereden en had zelfs zijn bagage voor hem ingecheckt, omdat verdachte vanwege zijn gebroken en gekneusde ribben niet in staat was die zelf te dragen. De enige tegenprestatie die buurman had verlangd, was dat verdachte een tas meenam voor O.'s familie in Nederland. En juist in die (ook door O. ingecheckte) tas zat de contrabande.

Het hof had hem vrijgesproken van het primair ten laste gelegde misdrijf van het *opzettelijk* invoeren van de cocaïne, maar hem veroordeeld voor de subsidiair ten laste gelegde overtreding van het niet-opzettelijk invoeren; de Hoge Raad stemde in met de vrijspraak van het misdrijf, maar was het er niet mee eens dat het hof het beroep op de afwezigheid van alle schuld aan de overtreding had verworpen.

Bijzondere omstandigheden bij de smokkel van drugs kunnen de toepassing van de *dolus in causa*-leer dus uitsluiten. We kunnen voorts concluderen dat die leer *in zijn algemeenheid* alleen mag worden gehanteerd op terreinen waar een aan paranoia grenzende waakzaamheid over de bagage op zijn plaats is. Voor de *dolus in causa*-leer is daarom geen plaats als het gaat om de smokkel van spullen waarbij het er verdachte alleen om te doen is de invoerrechten in Nederland te ontduiken, zoals bij het smokkelen van sigaretten, sterke drank of kleding door een vakantieganger. Als we daar al het voorwaardelijk opzet zouden willen hanteren, vallen we terug op het reguliere voorwaardelijke opzet: dat is er alleen als men willens en wetens het risico op de aanwezigheid van contrabande voor lief heeft genomen.

2.1.4 *Opzet en geestelijke stoornis*

Veel mensen associëren 'opzettelijk handelen' met 'bewust handelen' in de zin dat ze in woorden kunnen vertellen wat er in hen omging. Dat gebruik van de term 'bewust' – en dat van de tegenhanger 'onbewust' voor zaken die *niet* onder woorden gebracht kunnen worden – is in hoge mate misleidend, hoewel het begrippenpaar bewust/onbewust (met de gevoelswaarde rationeel/irrationeel) al sinds Freud in onze cultuur is verankerd en diep in het dagelijks spraakgebruik is doorgedrongen. Wat we verstaan onder bewust/onbewust heeft namelijk voor een groot deel te maken met *toegang tot informatie*. De psycholoog Steven Pinker drukt dat als volgt uit:

Ik vraag "Een stuiver voor je gedachten?" Je geeft me een antwoord door me te vertellen wat je dagdromen zijn, wat je vandaag van plan bent, waar het pijn doet en waar het jeukt, en wat je waarneemt aan kleuren, vormen en geluiden. Maar je kunt me niet vertellen over de enzymen die je maag afscheidt, over de wijze

waarop het tempo van je hartslag en je ademhaling is geregeld, over de berekeningen in je brein die je in staat stellen driedimensionale beelden te maken vanaf een tweedimensionaal netvlies, over de regels van de grammatica die de woorden rangschikken terwijl je spreekt, of over de volgorde van de spiersamentrekkingen waarmee je een glas oppakt. (Pinker 1998, p. 135.)

Dat de bewuste geest slechts beperkt toegang heeft tot informatie over wat er allemaal in ons omgaat, zien we allereerst bij die handelingen die doorgaans als het summum van bewuste controle worden beschouwd. Neem bijvoorbeeld het ballen van de vuist: wij kunnen dat altijd wel doen, zelfs op commando. *Hoe* we dat echter doen, blijft ten enenmale een raadsel. Normaliter hoeven we ook nooit stil te staan bij de vraag hoe we onze vuist ballen, maar dat wordt anders in het geval van een ongelukkig individu dat zijn pols heeft gebroken en daarmee gedurende een halfjaar in het gips heeft gelopen. Als dan eindelijk het gips eraf mag, krijgt hij van de arts de instructie geregeld zijn vuist te ballen. De eerste maal dat hij dat probeert, lukt het hem niet en wordt hij geconfronteerd met de vraag hoe hij dat eigenlijk deed. En dan blijkt in volle omvang dat er allerlei dingen zijn die we allemaal doen, maar waarvan we geen idee hebben *hoe* we dat doen: spreken, lopen, gooien, zitten, enzovoorts, activiteiten die we verrichten in een ‘wolk van onwetendheid’ (de uit de oriëntaalse filosofie bekende *cloud of unknowing*). In de tweede plaats zijn er verschijnselen waarvan het vreemd zou zijn om die als ‘gedraging’ aan te merken en daarin een plaats toe te kennen aan het persoonlijk voornaamwoord (ik, jij, hij, wij, jullie of zij), de vertegenwoordiger van de bewuste geest in de taalstructuur. Zo zegt niemand “Ik groei mijn haar”, maar “Mijn haar groeit”; niet “Ik circuleer mijn bloed”, maar “Mijn bloed circuleert”. In de derde plaats zijn er de gebeurtenissen die de bewuste geest passief lijkt te ondergaan (“Ik *word* verliefd”) zonder dat daar een actieve tegenhanger van bestaat (“Ik ...”; ziet u hoe ‘tongbrekend’ dat is?) En langs dezelfde lijnen kunt u ongetwijfeld nog talloze voorbeelden geven waaruit haarscherp naar voren zal komen dat de bewuste geest zo bewust nog niet is, in de zin dat die kan vertellen wat er *precies* gebeurt.

Hoe klein de hoeveelheid informatie is waar de bewuste geest toegang toe heeft, wordt op een verpletterende wijze duidelijk als we wat meer de richting van het werkelijke leven op gaan door bijvoorbeeld een stuk poëzie te lezen. Om dat te laten zien, wil ik u een van mijn favorieten voorleggen. Dat is *Bed in Summer* uit ‘A Child’s Garden of Verses’ van Robert Louis Stevenson (inderdaad, de schrijver van ‘Schateiland’), een bundel gedichten voor kinderen die werd gepubliceerd in 1885.

In winter I get up at night
And dress by yellow candle-light.
In summer, quite the other way,
I have to go to bed by day.

I have to go to bed and see
The birds still hopping on the tree,
Or hear the grown-up people's feet
Still going past me in the street.

And does it not seem hard to you,
When all the sky is clear and blue,
And I should like so much to play
To have to go to bed by day?

(Stevenson 1885, p. 63–4.)

Het enige wat de bewuste geest kan rapporteren is *dat* er iets in ons is omgegaan toen we dit gedicht lezen, maar niet *wat* er in ons omging, laat staan *wat precies*. De bewuste geest (althans de mijne) kan nog iets sputteren van “Het gedicht moet stammen uit de tijd dat elektriciteit nog niet algemeen beschikbaar was, want er wordt gerefereerd aan kaarslicht”, of kan mededelen dat R.H. Blyth het eigenlijk niet te geloven vindt dat het gedicht *niet* door een kind is geschreven (Blyth 1942, p. 360), temeer omdat er een typisch-kinderlijke taalfout in staat (ziet u welke?). Maar daar houdt het wel zo’n beetje mee op.

Laten we teruggegaan naar iets prozaïsch en de toegang tot informatie toepassen op het opzet. Het opzet is ten dele toegankelijk voor de bewuste geest, vooral als dat deel uitmaakt van de plannen voor die dag (“Vanmiddag ga ik de slijter beroven”): we praten dan vooral over opzet als oogmerk, waar het opzet is opgenomen in het denken. Dat geldt ook voor die vormen van opzet waarbij de eis wordt gesteld dat men zich bewust is geworden van een bepaald risico en dat voor lief heeft genomen, zoals bij voorwaardelijk opzet. Maar ook bij de ‘bewuste’ vormen van opzet is slechts een gedeelte daarvan voor het bewustzijn toegankelijk. Immers, om de slijter te beroven moet verdachte daar eerst naartoe gaan, een wapen trekken en iets zeggen van “Je geld of je leven”; welke spieren hij echter samentrekt als hij daar naartoe loopt, het pistool op de slijter richt of wat hem in staat stelt een grammaticale zin uit te spreken (met “Of geld leven je je” zal hij niet ver komen), *dáár* zal hij geen zinnig woord over kunnen zeggen. Even ‘onzegbaar’ zijn die vormen van opzet waarbij het handelen *totaal* buiten de bewuste geest om gaat. Neem bijvoorbeeld een meisje dat haar would-be verkrachter op andere gedachten weet te brengen door hem

razendsnel, perfect getimed en met precies genoeg kracht een knietje te geven op een plaats die er toe doet. Niemand zal beweren dat ze dat niet met opzet heeft gedaan, hoewel ze niet kan vertellen wat ze precies heeft gedaan. Sterker nog, waarschijnlijk zal ze zeggen dat het al gebeurd was voor ze erover denken *kon*. Het lijkt erop dat in de gevallen waarin het echt nodig is, het organisme de bewuste geest aan de kant schuift, zelf het heft in handen neemt en handelt met een grote efficiëntie, accuratesse en intelligentie. Met andere woorden: de – voor de bewuste geest niet toegankelijke – ‘bezieling’ van het handelen rechtvaardigt dat daarvoor het predikaat ‘opzettelijk’ wordt gebruikt, en niet het feit dat men er *achteraf* zo lekker over leuter kan.

Nee, de tegenhanger van ‘opzettelijk’ is niet ‘onbewust’, maar ‘per ongeluk’. De kern van wat een ongeluk een ongeluk maakt, is dat er iets misgaat bij het handelen *op zichzelf*: het handelen-zelf was onhandig, stuntelig, of pakte verkeerd uit door een gebrek aan coördinatie tussen de diverse actoren. Kijk maar:

In een café zitten een jongen en een meisje tegenover elkaar aan een tafeltje koffie te drinken. Het meisje vertelt de jongen over de harteloze manier waarop haar ex-vriend haar gedumpt heeft. Bij de herinnering aan het voorval schiet ze opnieuw vol. Om haar gesprekspartner niet te laten zien dat de tranen over haar wangen biggelen, laat ze haar hoofd hangen en kijkt hem niet aan. De jongen, die met haar begaan is, brengt zijn hand in de richting van haar hoofd met als enige bedoeling haar over haar bolletje te aaien, een gebaar met de strekking van “Kop op, meid”. Op dat moment verandert het meisje kennelijk van gedachten, want ze doet plotseling haar hoofd omhoog en kijkt met betraande ogen de jongen weer aan. Het gevolg van die onverhoedse beweging is dat hij niet met zijn hand op haar hoofd komt, maar haar in haar rechteroog raakt. Het meisje voelt pijn in dat oog, maar denkt dat die wel over zal gaan. Ze verlaten het café.

Als een week later de pijn nog niet over is, raadpleegt het meisje een oogarts. Deze constateert een beschadiging van het netvlies van het rechteroog, waardoor ze voortaan 20% minder licht in dat oog zal hebben.

Er zal geen zinnig mens zijn die de jongen gaat vervolgen wegens het opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel (art. 300), want zijn opzet ontbreekt geheel. Als dat toch zou gebeuren, zal hij worden vrijgesproken vanwege het ontbreken daarvan. Het verhaaltje is namelijk een prototype van een ongeluk waarvoor niemand kan worden gestraft.

Zoals we zagen zit het opzet voor het grootste gedeelte dieper dan tot waar de bewuste geest kan reiken; daarom heeft een stoornis in die bewuste geest ook geen invloed op het bestaan van opzet. Ga maar na. Als een verwarde man de krantenjongen aanziet voor iemand die hem wil ontvoeren en de krantenjongen/ontvoerder een aantal welgerichte klappen geeft, is zijn opzet aanwezig,

al was het alleen omdat de klappen gericht zijn. In dat geval bestaat de enige invloed van de storing eruit dat die het opzet – dat adequaat zou zijn als men de man inderdaad zou trachten te ontvoeren – een verkeerde kant uit stuurt, te weten in de richting van een onschuldige krantenjongen. In overeenstemming hiermee werd het in vele arresten impliciet aanwezig oordeel dat een geestelijke stoornis het opzet niet aantast (zie bijv. het nog te bespreken Blokschaaf-arrest), door de Hoge Raad in HR 24 november 1998, NJ 1999, 156 (Geestelijke stoornis) als volgt geëxpliciteerd:

Vooropgesteld dient te worden dat de omstandigheid dat iemand aan een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt, op zichzelf niet eraan in de weg behoeft te staan dat hij opzettelijk [handelt].

Dat uitgangspunt clauseerde de raad met:

Dit zou alleen dan anders kunnen zijn ingeval zou blijken van een zodanige ernstige geestelijke afwijking bij de dader dat aangenomen moet worden dat hij van elk inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan is verstoken.

De tweede overweging geeft een inhoudelijke reden waarom de gevallen waarin een stoornis het opzet aantast, slechts sporadisch voorkomen: verdachte moet dan zo gek zijn dat hij geen flauw idee meer heeft van wat hij doet, dus in feite *lukraak* handelt. Een andere reden daarvoor is van meer pragmatische aard. Wanneer verdachte namelijk wordt vrijgesproken (i.c. wegens het ontbreken van opzet), kunnen op hem niet meer de maatregelen worden toegepast als plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis of tbs. Om aan dit soort vrijspraak te ontkomen, wordt meestal gekeken of (1) men zich met opzet in een afwijkende conditie heeft gemanoeuvreerd – via de *dolus in causa*-redenering wordt dan alsnog opzet aangenomen (zoals bij dronkenschap); of (2) het handelen op zichzelf adequaat was (zoals bij de man die de krantenjongen mishandelt) – dan wordt het opzet aanwezig geacht, maar volgt een ontslag van rechtsvervolging wegens ontoerekenbaarheid. Dat *judicium* maakt namelijk de weg vrij voor toepassing van de genoemde maatregelen.

Om u een indruk te geven hoe ver een stoornis moet gaan om het opzet aan te tasten, bespreek ik een geval waarin een rechtbank wél meende dat verdachte moest worden vrijgesproken wegens het ontbreken daarvan.

Het betrof het geval van een meisje dat door een slaapstoornis om vier uur 's nachts was gaan slaapwandelen. Tijdens die wandeling had zij haar beste

vriendin, die bij haar op de kamer sliep, met een mes toegetakeld. Toen ze na haar geweldsdaad wakker werd, kon ze zich niets van het voorval herinneren.

Wellicht kent u deze zaak nog, want die haalde zelfs de voorpagina van de krant. In het krantenbericht werd ook nog vermeld dat verdachte was vrijgesproken, maar ik vermoedde dat de journalist bedoelde dat zij wegens ontoerekenbaarheid was ontslagen van rechtsvervolging (journalisten zijn vrijwel nooit op een waarheid te betrappen als het om 348/350 Sv gaat). Uit Rechtbank Utrecht 17 december 2002, LJN AF2058 (Slaapstoornis) bleek evenwel dat de journalist het – misschien per ongeluk – bij het rechte eind had. In dit uitvoerig gemotiveerde vonnis (opmerkelijk voor een *vrijsprekend* vonnis) kwam onder meer het volgende naar voren.

Wetenschappelijk onderzoekers concluderen dat gedrag dat schijnbaar alleen bij bewustzijn kan plaatsvinden – zoals rennen en zelfs autorijden – ook onbewust en tijdens de slaap kan optreden. Soms gebeurt dat in een toestand van dissociatie, waarbij de wakkere persoon zodanig anders is dan de slapende dat het gedrag tijdens de slaap gedissocieerd is van de bewuste controle die de waaktoestand kenmerkt. Door die dissociatie hoeft het slaapwandelen zich niet te beperken tot betrekkelijk onschuldig gedrag, maar kan ook gepaard gaan met ernstig geweld tegen personen en grote schade aan de omgeving.

Op grond hiervan kwam de rechtbank tot de conclusie:

Verdachte heeft niet willens en wetens gehandeld nu zij verkeerde in een toestand van diepe slaap waardoor van onbewustheid sprake was en diensgevolge van wilserichtheid ook geen sprake kan zijn. De rechtbank acht derhalve het opzettelijk karakter van de handelingen niet bewezen, zodat de verdachte dient te worden vrijgesproken.¹⁰

Uit het Geestelijke stoornis-arrest en uit bovenstaande uitspraak mag worden afgeleid dat het opzet alleen komt te ontbreken als er met het handelen zelf iets mis is. Dat kan zijn omdat verdachte zo gestoord is dat hij geen besef meer heeft

10 De rechtbank zet hierin opzettelijk handelen op één lijn met bewust handelen; zij zegt dat als het handelen onbewust is, er ook geen opzettelijk handelen is. Ik hoop in het voorgaande te hebben laten zien dat zo'n analyse met het badwater het kind weggooit. Immers, in het geval waarin het meisje haar verkrachter een knietje geeft, is er ook geen bewust handelen, maar dat wil niet zeggen dat haar handelen onopzettelijk is. Hoewel de analyse van de rechtbank dus niet denderend is, is met de uitkomst daarvan wel in te stemmen: in dit geval had de rechtbank ook kunnen zeggen dat er met het handelen *op zichzelf* iets mis was: een onbezielde en mechanische herhaling van een reeks spierbewegingen.

van wat hij aan het doen is, of zich heeft gedragen als een robot die op de automatische piloot een programma afwerkte. Die stoornis mag zich echter niet lenen voor psychiatrische behandeling (anders komt de rechter onder grote druk te staan het opzet bewezen te achten en verdachte te ontslaan van rechtsvervolg-
ging wegens ontoerekenbaarheid), én die mag op geen enkele wijze zelf-geïnduceerd zijn (niet door drank, drugs, een gewelddadige videofilm of andere stressoren). Deze stringente voorwaarden maken duidelijk dat uitspraken als van de rechtbank Utrecht op de vingers van één hand zijn te tellen.

2.1.5 *Reikwijdte van opzet*

De plaats van het woord ‘opzettelijk’ in de delictsomschrijving bepaalt op welke bestanddelen het opzet moet slaan. Als we dat woord een plaats geven in een algebraïsche formule, kunnen we stellen dat het woord ‘opzettelijk’ fungeert als factor waarmee alle na het woord geplaatste bestanddelen moeten worden vermenigvuldigd. Dus niet zo:

$$a + \text{opzettelijk} + b + c + d$$

maar zo:

$$a + \text{opzettelijk} (b + c + d)$$

(a, b, c en d zijn de bestanddelen van de delictsomschrijving.)

Hieruit volgt dat de bestanddelen die vóór het woordje ‘opzettelijk’ zijn geplaatst, niet onder de opzeteis vallen: ze zijn geobjectiveerd (zie HR 20 januari 1959, NJ 1959, 102/103 (Leeftijd)). Dat wil zeggen dat van die bestanddelen alleen vast hoeft te staan dát ze aanwezig zijn en niet dat de dader dat ook *wist*.

Van de overige bestanddelen moet de dader kennis hebben. Daar doen zich nogal eens moeilijkheden voor:

De heersende leer maakt een onderscheid tussen descriptieve en normatieve bestanddelen, al is de grens tussen beide begrippen niet altijd evident. Van descriptieve bestanddelen wordt gesproken wanneer ze door zintuiglijke waarneming vastgesteld kunnen worden (bijv. ‘mens’, ‘dier’, ‘zaak’, ‘eet- of drinkwaren’, ‘munt- of bankbiljetten’, ‘doden’, ‘vernielen’, etc.). Andere bestanddelen, de normatieve (zoals ‘rechtspersoon’, ‘aan een ander toebehoort’, ‘ambtenaar belast met het opsporen van strafbare feiten’, ‘ontucht’, ‘verbruiklening’, etc.) zijn slechts ten dele zintuiglijk waarneembaar. Deze normatieve bestanddelen kunnen alleen door een waardeoordeel worden vastgesteld. Zoals de Duitse hoogleraar Welzel zegt: “Van een akte zijn enkel en alleen het papier en het schrift zintuiglijk

waarneembaar. Daarentegen is slechts verstandelijk te begrijpen dat het hier een *akte* betreft, dat wil zeggen een stuk dat de bedoeling heeft een bewijs te zijn van zijn inhoud. Voor het opzet van valsheid in geschrifte is het echter niet voldoende dat de dader de ‘zintuiglijk waarneembare kenmerken’ heeft opgemerkt: hij moet zich ook bewust zijn geworden van de bewijsbestemming ervan.” (Politoff & Koopmans 1991, p. 120.)

Het verschil tussen opzet op descriptieve en op normatieve bestanddelen laat de volgende casus zien:

De 21-jarige leraar informatica Jan O. staat terecht wegens het misdrijf van art. 248a. De tenlastelegging luidt: “... dat hij op 20 april 2002 te Maasmond misbruik heeft gemaakt van het overwicht dat hij als haar leraar informatica had door zijn 17-jarige leerling van onbesproken gedrag Chantal de N., wier minderjarigheid hij kende, opzettelijk te bewegen zich door hem ontuchtig aan haar borsten en haar vagina te laten betasten, welke handelingen Chantal van hem dulde nadat hij had toegezegd haar een voldoende te zullen geven voor de module ‘Macro’s in tekstverwerkers’.” Ter terechtzitting voert Jan het volgende verweer: “Ik geef alles toe. Als ik had geweten dat wat ik deed strafbaar is, was ik bij dat gesprekje-na-de-les wel op mijn handen gaan zitten. Ik dacht echter dat het mocht: mijn collega die recht geeft, had me verteld dat je voor het strafrecht al op je zestiende meerderjarig wordt.”

Tot welke uitspraak moet de rechter komen en waarom?

Onze leraar dwaalt niet omtrent de feitelijke leeftijd van het meisje: een ontslag van rechtsvervolging wegens dwaling omtrent de leeftijd van Chantal, een descriptief bestanddeel van delictsomschrijving/tenlastelegging, zit er dus niet in; waar hij wel over dwaalt, is over de vraag of zij met haar zeventien lentes nog minderjarig is. In ieder geval dacht *hij* van niet. Nu hij ter zake zelfs advies heeft ingewonnen, lijkt de casus af te stevenen op een ontslag van rechtsvervolging wegens rechtsdwaling. Schijn bedriegt echter, want zowel de delictsomschrijving als de daarop toegesneden tenlastelegging vereisen dat hij die minderjarigheid kende, dat wil zeggen er opzet op had. Zijn – inhoudelijke – rechtsdwaling is nu dus een dwaling omtrent een normatief bestanddeel van de delictsomschrijving, waardoor zijn opzet op dat bestanddeel komt te ontbreken (“Vrijspraak wegens het ontbreken van opzet op de minderjarigheid” is dus het goede antwoord).

Met de tenlastelegging uit het voorbeeld gaat overigens al meteen de algebraïsche hoofdregel van p. 51 de mist in. In het ten laste gelegde, dat is toegesneden op art. 248a, moet namelijk worden geobjectiveerd dat het slachtoffer van onbesproken gedrag was, terwijl haar minderjarigheid onder verdachtes opzet moet vallen. Logischerwijs moet dan “van onbesproken gedrag” voor

opzettelijk staan en “minderjarig” erna. Bij het passen en meten een tenlastellegging te krijgen die aan de hoofdregel voldeed, kwam ik in arren moede op het komische – en bovendien feitelijk onjuiste – “dat hij ... zijn leerling van onbesproken gedrag opzettelijk heeft bewogen zich aan haar *minderjarige* borsten te laten betasten ...”. Om dergelijke bizarre constructies te vermijden, moest ik mijn toevlucht nemen tot een techniek die ook de wetgever heeft gehanteerd bij de formulering van art. 248a: “een minderjarige van onbesproken gedrag” in zijn geheel voor *opzettelijk*, maar met toevoeging van de clausule “wier minderjarigheid hij kende”. Zo wordt duidelijk dat de minderjarigheid onder het opzet valt, ook al staat die term voor *opzettelijk*.

De regel omtrent de plaats van het woord opzet geldt ook in de gevallen dat de term “opzettelijk” onmiddellijk wordt gevolgd door “wederrechtelijk”. Die delictsomschrijvingen zijn buitengewoon complex. We hebben hier te maken met gedrag dat in de regel in het geheel niet wederrechtelijk is: daarom wordt al in de delictsomschrijving de wederrechtelijkheid expliciet vereist. Via de formule “opzettelijk wederrechtelijk” wordt echter ook nog geëist dat de dader *wist* dat zijn handelen wederrechtelijk was. En als hij dat niet wist, volgt vrijspraak. Niet wegens het ontbreken van de wederrechtelijkheid, maar wegens het ontbreken van zijn kennis daarvan. Een voorbeeld:

Horst G. staat terecht ter zake “dat hij op 28 april 2002 te Maasmond opzettelijk Hans L. wederrechtelijk van de vrijheid heeft beroofd” (art. 282 lid 1). Horst voert als verweer: “Hans is een van de leiders van de kraakbeweging, die mijn broer – in haar ogen een speculant in onroerend goed – heeft ontvoerd en met de dood bedreigd als niet voor 1 mei twee miljoen werd betaald. Samen met enige familieleden heb ik toen op mijn beurt Hans L. ontvoerd. Een dag later kwam mijn broer ongedeerd vrij; Hans heb ik toen ook laten gaan. Mijn actie was volgens mij volkomen gerechtvaardigd, als het al niet uit noodweer was, dan toch zeker wegens het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.”

Als de rechter Horsts verweer aanvaardt, wat zal zijn uitspraak dan zijn en waarom?

Het minst correcte antwoord is “Ontslag van rechtsvervolging omdat er een rechtvaardigingsgrond aanwezig is”: dan heeft u niet eens in de gaten dat het hier om een delictsomschrijving gaat waarin de wederrechtelijkheid als bestanddeel is opgenomen. Beter is “Vrijspraak omdat de wederrechtelijkheid ontbreekt”, maar ook dat is nog niet de juiste. U bent dan vermoedelijk op het verkeerde been gezet door de formulering van Horsts verweer, een formulering die nogal objectief lijkt. Lijkt, want het verweer impliceert dat Horst *dacht* dat

zijn actie niet wederrechtelijk was. Dan ontbreekt zijn opzet op een normatief bestanddeel van de delictsomschrijving, in casu het bestanddeel 'wederrechtelijkheid'. "Vrijspraak omdat het opzet op de wederrechtelijkheid ontbreekt" is daarmee het goede antwoord.

Bij dit type delictsomschrijvingen/tenlasteleggingen wordt de objectieve wederrechtelijkheid dus afgeschermd door verdachtes kennis ervan. Als de verdachte niet weet dat zijn handelen wederrechtelijk is of als hij denkt dat het dat niet is, ontbreekt zijn opzet op de wederrechtelijkheid en volgt vrijspraak, zodat de vraag of het handelen objectief gezien wederrechtelijk was niet meer aan de orde hoeft te komen.

Wanneer het opzet ook op de wederrechtelijkheid gericht moet zijn, is aan het opzetvereiste pas voldaan indien de dader gehandeld heeft in het volle bewustzijn dat het niet was toegestaan wat hij deed. U begrijpt dat we hiermee vlak bij het boos opzet komen, het handelen vanuit een keuze voor het kwaad (zie p. 26 e.v.). Moeten we hieruit afleiden dat via de formulering "opzettelijk wederrechtelijk" het boos opzet weer wordt binnengehaald?

Ik denk het niet. Aan 'opzettelijk wederrechtelijk' handelen kan namelijk een lichtere eis worden gesteld dan aan het handelen met boos opzet. Voor boos opzet is cruciaal dat de dader handelt *omdat* het hem verboden is; voor opzettelijk wederrechtelijk handelen is daarentegen voldoende dat men handelt *terwijl* het verboden is. Dit subtiele maar o zo belangrijke onderscheid tussen 'omdat' en 'terwijl' kan met wat alledaagse voorbeelden handen en voeten krijgen. Allereerst het handelen *omdat* het verboden is. Als ouders overbezorgd zijn om het welzijn van hun puberend kind en het daarom voortdurend bestoken met ge- en verboden, kunnen ze een atmosfeer creëren waarin op een kwade dag het kind juist datgene doet wat hem/haar steeds verboden is, al was het alleen om de ouders eens lekker dwars te zitten. Hier bestaat een omdat-verband tussen verbod en gedraging: het kind rookt sigaretten, drinkt alcohol, slikt xtc-pillen of blijft 's nachts weg uit pure obstinaatheid. Contrasteer dit voorbeeld eens met het handelen *terwijl* het verboden is. Neem een gehaaste automobilist die over de busbaan langs de file rijdt: die doet dat in de wetenschap dat het niet mag. Hier is een omdat-verband tussen verbod en gedraging echter ver te zoeken (of totaal afwezig): de automobilist rijdt gewoon over de busbaan terwijl hij weet dat hij daar niet rijden mag. Op eenzelfde wijze kan er 'opzettelijk wederrechtelijk' handelen zijn zonder dat er een causale component is tussen het handelen en het verbod, een component die in het geval van het kind bestaat uit 'de kont tegen de krib gooien'. Als we niet langer eisen dat die causale component aanwezig is, kan "opzettelijk wederrechtelijk" verschoond blijven van de

loodzware morele lading van het boos opzet: men moet dan wel weten dat zijn handelen verboden is, maar men hoeft niet te hebben gehandeld *omdat* het verboden is. Met andere woorden: door geen omdat-verband te eisen, kan het opzet ook kleurloos worden gehouden als dat op de wederrechtelijkheid moet zijn gericht.

2.1.6 *Bewijzen van opzet*

Hoewel we in ons taalgebruik de neiging hebben van bewustzijnsinhouden psychische *dingen* te maken ('liefde', 'haat', 'afkeer', 'opzet'), weet iedereen dat zo'n reïficatie niet letterlijk genomen moet worden: het is nu eenmaal niet mogelijk iemands schedel te lichten, het opzet eruit te halen en dit op een weegschaal te leggen ("Jammer, voor deze delictsomschrijving komen we net 0,9 gram opzet tekort!"). Het moet dus op een andere manier geschieden.

Mededelingen van de dader zelf lijken de meest aangewezen weg; die kan immers het best vertellen wat zich in hem heeft afgespeeld toen hij deed wat hij deed. Soms is die weg goed begaanbaar: vergelijk de mededelingen van verdachte in HR 19 oktober 1965, AA 1967, p. 66 (Kadaverslachter), woorden die de veekoper Jonathan W. (p. 37) in de mond zijn gelegd. Meestal echter niet: een verdachte is tenslotte niet verplicht zichzelf te belasten. Soms is het zelfs beter *niet* af te gaan op wat verdachte zegt: verdachte *kán* precies verklaren wat er in hem omging ("Ik wilde hem doodslaan en dat is me gelukt ook!"), maar kan ook zijn onschuld trachten te bewijzen door met allerlei 'snotterverhalen' op de proppen te komen ("Zijn dood heb ik nooit gewild, ik wilde alleen maar ..."). Dat speelt vooral als *achteraf* blijkt dat verdachtes handelen desastreuze gevolgen heeft gehad. Bezie maar eens de volgende casus:

Supporters van de voetbalclub Nachtschade vechten vaak oorlogjes uit met supporters van Zeemeeuwen. Op een dag treffen ze elkaar op een braakliggend veld buiten de stad, voor welke ontmoeting beide supportersgroepen zich bewapend hebben met honkbalknuppels, ijzeren staven, stiletto's, fietskettingen, et cetera. Daar ziet Raymond S., de leider van de Nachtschaders, zich geconfronteerd met de leider van de Zeemeeuwens Johnnie D., die bewapend is met een ijzeren staaf. Om Johnnie voor te zijn, haalt Raymond met zijn honkbalknuppel uit naar diens hoofd en raakt hem vol op de slaap. Enige uren later overlijdt Johnnie in een ziekenhuis.

Raymond wordt doodslag ten laste gelegd (art. 287). Ter terechtzitting verklaart hij: "Om mijn mannen te laten zien dat ik niet bang was, heb ik naar Johnnie uitgehaald. Ik wilde hem zeker niet raken en rekende erop dat hij de slag zou ontwijken, maar dat deed hij niet. Dat ik hem raakte – en dan nog dodelijk ook – was dus eigenlijk helemaal per ongeluk."

In die verklaring ontkent Raymond dat hij boos opzet had door te verwijzen naar een (op zichzelf niet kwalijk) achterliggend doel. Dat doel – het laten zien dat hij niet bang is – kan hij echter slechts bereiken door *opzettelijk* naar Johnnie uit te halen. Met andere woorden: net als bij het omgeruilde tafelkleed (p. 31) en de gillende grootmoeder (p. 42) komt het op de geschetste wijze ontkennen van boos opzet neer op het erkennen van kleurloos opzet. Vermoedelijk voelt ook verdachte die automatische erkenning fijntjes aan, want meteen daarna wordt die erkenning (“Ik heb naar Johnnie uitgehaald”) gevolgd door een ontkenning (“Ik wilde hem zeker niet raken”). Dat maakt zijn verklaring (a) inconsistent en (b) ongeloofwaardig.

Omdat de verklaringen van verdachte vaak een slechte kenbron zijn, is het meer gebruikelijk dat het bestaan van opzet wordt afgeleid uit objectieve omstandigheden. Dat is bijvoorbeeld een (hier samengevatte) verklaring van een getuige dat verdachte “onrustig heen en weer liep, verscheidene levensmiddelen uit de rekken nam, maar die pas in haar tas stopte nadat ze, schichtig om zich heen kijkend, ergens achter was gaan staan” (HR 14 juni 1966, NJ 1967, 440 (Zelfbediening – Bijenkorf)).

Die objectieve omstandigheden leiden vaak tot een deductie in de trant van: “Verdachte móet hebben begrepen dat ...”; bij dit soort deducties, waarin het woord ‘moeten’ een prominente rol vervult, moeten we oppassen omdat dat woord in het Nederlands dubbelzinnig is: “Hij moet geweten hebben ...” kan betekenen “Het kan niet anders dan dat hij dat geweten heeft”, maar ook “Hij *behoorde* dat te hebben geweten”. In – bijvoorbeeld – het Engels worden voor beide betekenissen verschillende woorden gebruikt, respectievelijk *must* en *should*. Even terug naar de middelbare school:

He must be held up by a traffic jam. Deze zin wordt gebruikt als iemand altijd op de juiste tijd komt opdagen, maar vandaag zonder opgaaf van reden afwezig is. Het is een soort conclusie, maar dan van *empirische* aard (“Als Willem er nog niet is, móet hij wel in de file zitten; dat kan niet anders”). *Must* dienden we te gebruiken als we in de sfeer zaten van “het kan niet anders dan dat ...”, “het moet wel zijn dat ...”, et cetera.

You should not be late for the meeting. Deze zin wordt gebruikt als iemand te laat komt op de vergadering en je hem wilt inpeperen dat dat niet zo hoort. Dit soort uitspraken zijn niet langer van empirische, maar van *normatieve* aard. *Should* moesten we gebruiken als we in de sfeer zaten van “hij hoorde te hebben geweten dat ...”, “hij had horen begrijpen dat ...”, et cetera.

Alleen must-redeneringen mogen op het terrein van het opzet worden gebruikt; should-redeneringen horen thuis op dat van de culpa. Concludeer daarom nooit tot opzet op grond van een normatieve redenering, maar alleen op grond van een empirische.

Na dit kleine intermezzo kunnen we de draad weer oppakken. Zoals gezegd wordt het bestaan van opzet vaak afgeleid met behulp van zo'n must-deductie. Er wordt dan een syllogisme toegepast in de trant van:

- A Ieder mens weet dat het uithalen met een stiletto levensgevaarlijk is.
- B Verdachte heeft met een stiletto uitgehaald naar zijn slachtoffers bovenlichaam.

En dus:

- C Verdachte had opzet op de dood c.q. het zwaar lichamelijk letsel van zijn slachtoffer.

Een dergelijke redenering werd onder meer gevolgd in HR 12 mei 1964, NJ 1965, 26 (Blokshaaf). Arresten van dit type maken in de meeste gevallen het bewijzen van opzet niet al te moeilijk: de aanwezigheid daarvan mag dan worden afgeleid uit objectieve omstandigheden, zoals de zwaarte van het gebruikte wapen.

2.2 Culpa

Culpose delictsomschrijvingen zijn niet zozeer gecreëerd om rechtsgoederen te beschermen tegen een *beoogde* aantasting, maar tegen een aantasting die het bijeffect is van fouten die worden gemaakt bij het nastreven van een heel ander doel. Omdat die aantasting niet is beoogd, beschouwt de dogmatiek de culpose delicten als een uitzondering op de opzetdelicten. Niettemin zijn ze in de praktijk de regel: van de honderden doden die jaarlijks in het verkeer vallen, is maar een handvol beoogd, gewild of bewust op de koop toe genomen. De rest is het – doorgaans zeer betreurde – gevolg van betrekkelijk alledaagse fouten als te hard rijden, niet stoppen voor rood licht, enzovoorts. Een typerend geval is het volgende:

De 22-jarige Kerstin B. is uitgenodigd voor een etentje bij haar werkgever. In de hoop een goede indruk te maken, trekt zij een chique avondjurk aan waar echter maar één paar schoenen bij past. Die hebben naaldhakken. Hoewel ze weet dat ze met die schoenen weleens moeite heeft het rempedaal van haar auto te bedienen, waagt ze het erop. Helaas schiet enkele honderden meters voor haar bestemming

plotseling een kind de rijbaan op, zijn jonge hondje achterna. Kerstin, die tracht een noodstop te maken, trapt uit volle kracht op het rempedaal. Haar schoeisel laat echter niet toe dat ze dat *diep* intrapt, zodat ze het jochie aanrijdt met een vaart van 15 km per uur. Omdat het kind bloedend uit een oor op straat blijft liggen, bellen toegesnelde omstanders een ambulance én de politie. Tegenover de agenten verklaart Kerstin: “Het was tenslotte maar drie kilometer rijden en als je niet harder gaat dan dertig, wat zou je dan kunnen gebeuren? Nou, dat zie je. Stom, stom, stom dat ik met die naaldhakken aan ben gaan autorijden.”

Kerstins culpa is bewezen omdat haar mag worden verweten dat zij *ten onrechte* geen andere schoenen voor het autorijden heeft aangetrokken. De gecursiveerde zinsnede maakt duidelijk dat de kern van de culpa bestaat uit een normatief oordeel.

2.2.1 *Vormen van culpa*

Zoals u kon zien in het schema op p. 30 zijn er twee vormen van culpa, die we beide moeten onderscheiden van het (voorwaardelijk) opzet. De twee culpa-vormen zijn de bewuste culpa (“Je wilt het gevolg niet, maar vertrouwt er al te lichtvaardig op dat het ook niet zal intreden”) en de onbewuste (“Je hebt in het geheel niet stilgestaan bij eventuele gevolgen, waar je wel aan had moeten denken”). De bewuste culpa heeft met het voorwaardelijk opzet gemeen dat in beide gevallen gedacht wordt aan een slechte afloop. Het verschil tussen beide is in de houding van de dader tegenover die afloop: bij bewuste culpa rekent de dader erop – zij het wat al te naïef – dat het wel goed zal aflopen, bij voorwaardelijk opzet zal het de dader eigenlijk een zorg zijn hoe het afloopt. Anders gezegd: de dader met bewuste culpa had *niet* gehandeld als hij geweten had dat het slecht zou aflopen, maar de dader met voorwaardelijk opzet had *ook* gehandeld als hij dat geweten had. De onbewuste culpa wijkt in zoverre af van zowel het voorwaardelijk opzet als de bewuste culpa dat een slechte afloop niet eens bij de dader opgekomen is, zodat hij noch beticht kan worden van een cynische houding tegenover de afloop (= voorwaardelijk opzet), noch van een naïef-optimistische (= bewuste culpa). In een schema, dat neerkomt op een uitvergroting van de voorlaatste stadia van het spectrum van opzet en culpa (zie p. 30):

ANDERE OPZET- VORMEN	VOORWAARDELIJK OPZET		
	Gedacht aan slechte afloop.	Gedacht aan slechte afloop.	Niet eens gedácht aan slechte afloop.
	Slechte afloop voor lief genomen.	Gerekend op goede afloop.	
		BEWUSTE SCHULD	ONBEWUSTE SCHULD

Als culpavorm die het dichtst bij het voorwaardelijk opzet staat, wordt de bewuste culpa doorgaans als erger beschouwd dan de onbewuste. Vaak klopt dat aardig, maar lang niet altijd. Zo merkte Remmelink eens op:

Gesteld wordt dat de onbewuste schuld een lichtere vorm van culpa zou zijn dan de bewuste schuld. Ik begrijp niet hoe men zo iets kan beweren. Vaak is immers juist het omgekeerde het geval. De echte *rowdies* in het verkeer interesseren zich namelijk niet voor het gevaar (van anderen) en hebben deswege geen bewuste schuld.

Een opmerking die naar mijn idee naadloos aansluit bij de casus van de motorrijder op p. 35.

2.2.2 Reëel verwijt nodig

De kern van de culpa bestaat dus uit een tekortschieten. Bedenk daarbij wel dat de dader niet hoeft te voldoen aan de eisen die worden gesteld aan de *diligentissimus pater familias* ('de meest nauwgezette huisvader'), maar slechts aan de eisen die gelden voor een doorsneemens in verdachtes omstandigheden. Bovendien gaat het niet om een geringe afwijking van die norm, maar om een grof tekortschieten. Met andere woorden: culpa veronderstelt een reëel verwijt. Dat dat soms moeilijk te maken valt, laat de volgende casus zien:

De 20-jarige student economie Jacob B. heeft op een vakantie-reis in Thailand voor nog geen twee euro per fles een partij aftershave gekocht die exact dezelfde geur heeft als die van het prestigieuze merk Jil Sander. Die aftershave verkoopt hij in zijn kring van kennissen voor vijf euro per fles. De gebruikers van de aftershave krijgen echter een heftige jeuk op wangen, kin en hals. Daarna volgen puisten en eczeem, gevolgd door het afsterven van huid- en bindweefsel. Deze ernstige disfiguratie van het aangezicht kan slechts gedeeltelijk door plastische chirurgie

worden gecorrigeerd, terwijl de betrokkenen in de toekomst een verhoogd risico op huidkanker lopen. Een deskundigenonderzoek toont aan dat de aftershave gemaakt is op basis van methylalcohol vermengd met stoffen die in Nederland al sinds de Eerste Wereldoorlog verboden zijn. Door de politie ondervraagd, verklaart Jacob: "Ik wist dat ik die aftershave voor heel weinig heb ingekocht (twee euro) en ook voor weinig heb verkocht (vijf euro). Parfumerie Douglas vraagt voor een fles Jil Sander veertig euro, maar dat zei me niet zoveel: de winstmarges liggen in die wereld op 100 tot 500%. Ik heb nooit vermoed dat er met die aftershave iets aan de hand was, want ik dacht dat die zo goedkoop was omdat hij in de avonduren was gemaakt. Dat zie je wel meer in die landen: overdag maken ze iets in licentie voor de westerse markt en om een bijverdienste te hebben, maken ze 's avonds voor de lokale markt en de toeristen hetzelfde product volgens hetzelfde procédé en met dezelfde mensen. Ziet u dat ik een Seiko om heb? Heb ik daar ook gekocht voor nog geen tien euro."

Kan een officier van justitie die qua maximumstraf uit deze zaak halen wil wat erin zit maar zijn vervolging ook met een veroordeling bekroond wil zien, Jacob vervolgen op grond van de art. 300 of 308?

Het minst correcte antwoord is een vervolging ex art. 300 (mishandeling), al dan niet met zwaar lichamelijk letsel als gevolg (art. 300 lid 2): u neemt dan (voorwaardelijk) opzet aan omdat de gevolgen zo ernstig zijn. Als u daar niet intrapt, komt u misschien op een vervolging ex art. 308 (zwaar lichamelijk letsel door schuld). Waar blijft u dan echter met uw *reël* verwijt? Jacob, die toch bepaald geen woekerwinsten maakt met zijn handeltje, heeft zich afgevraagd waarom de inkoopsprijs zo laag was en genoeg genomen met een in zijn ogen aannemelijke verklaring. Dat had hij niet mogen doen als hij bijvoorbeeld inkoper voor een of andere parfumerieketen was geweest, maar kun je van een 20-jarige student economie vergen dat hij een expertiserapport laat maken alvorens hij zijn vakantiemazzel in zijn kennissenkring uitzet? Als u met me eens bent dat zo'n eis te ver gaat, komt u erop uit dat Jacob opzet noch culpa heeft. Daardoor is er geen strafrechtelijk relevante instelling meer, *ook al zijn de gevolgen nog zo ernstig*.

Let wel dat ik het hier over de vraag heb of Jacob een strafrechtelijk relevante instelling heeft en niet over de privaatrechtelijke vraag wie moet opdraaien voor (bijv.) de kosten van de plastische chirurgie. Weliswaar komt ook in het privaatrecht de vraag naar de verwijtbaarheid aan de orde, maar daar gebeurt dat op een andere wijze: voor het privaatrecht is niet zozeer van belang of de dader het helpen kon dat een ander schade werd toegebracht, maar of het rechtvaardig is dat die ander met de strop blijft zitten. Veel meer dan het strafrecht heeft het privaatrecht namelijk het karakter van een nulsom-spel tussen eiser en gedaagde, waarbij iedere beslissing dat een omstandigheid *niet* voor rekening van eiser

komt automatisch betekent dat gedaagde de zwartepiet krijgt toegeschoven, en andersom.

Dat het verwijt reëel moet zijn, impliceert dat het gevolg had moeten uitblijven als de dader wel zorgvuldig was geweest. Die consequentie is moeilijk te verkroppen als u terugredeneert vanuit de ernst van het gevolg, want dat is een valkuil die ook op het terrein van de culpa speelt (we kwamen die eerder tegen bij het voorwaardelijk opzet). Een casus hieromtrent is ontleend aan Politoff & Koopmans 1991, p. 148:

Bij een operatie is een arts zo onzorgvuldig om ter verdoving in plaats van novocaïne het daartoe niet geschikte cocaïne te gebruiken. De patiënt sterft. Bij de sectie blijkt dat de patiënt ook gestorven zou zijn bij een injectie met tot het doel wel geschikte novocaïne als gevolg van een lichamelijke toestand waarvan de arts objectief gezien niet op de hoogte had kunnen zijn.

Heeft de arts zich schuldig gemaakt aan een culpoos delict?

Drie dingen staan als een paal boven water:

- 1 De arts heeft een verkeerd verdovingsmiddel gebruikt.
- 2 De patiënt overlijdt tijdens de operatie.
- 3 De patiënt zou ook zijn overleden als de arts wel het goede verdovingsmiddel had gebruikt.

U kunt nu redeneren dat de onzorgvuldigheid van de arts niet wordt opgeheven omdat de patiënt ook zonder diens fout was doodgegaan; de culpa van de arts bestaat dan slechts uit het niet inachtnemen van de vereiste zorgvuldigheid. Daarbij houdt u naar mijn idee echter te weinig rekening met de derde omstandigheid, die de bodem uit het verwijt laat vallen. De arts ziet zich namelijk geconfronteerd met een patiënt die in een zodanige lichamelijke toestand verkeert dat hij helemaal niet door de preoperatieve screening had mogen komen. Als we de dood van de patiënt willen voorkomen en daartoe van *hem* gaan eisen dat hij zorgvuldiger had moeten zijn, stellen we hem in feite de onmogelijke eis dat hij gevolgen vermijdt die hij niet *kán* vermijden. Daarom is er niet langer een reëel verwijt en dus ook geen culpoos delict.

2.2.3 *Culpa in causa*

Tot slot van deze proloog nog enkele regels over de tegenhanger van de *dolus in causa*-leer op het terrein van de culpa: de culpa in causa. Bezie daartoe de volgende casus:

De vrachtwagenchauffeur Renzo G. is op de terugreis van Zuid-Italië naar Nederland. De lange en voortdurende files maken de rit bijzonder monotoon. Toch besluit Renzo onderweg niet te stoppen; hij doet dat niet omdat hij de bonus wil krijgen die het bedrijf betaalt als hij korter over de reis doet dan ervoor staat. Net ten noorden van Maastricht valt hij van vermoeidheid in slaap. Als Renzo in het ziekenhuis wakker wordt, wordt hij ervan op de hoogte gesteld dat men hem bewusteloos uit de vrachtwagen heeft gehaald nadat hij een frontale botsing had veroorzaakt. Van de passagiers van de tegenligger was er één op slag dood; een ander raakte zwaargewond. Renzo wordt ex art. 6 van de Wegenverkeerswet ten laste gelegd dat de dood en het zwaar lichamelijk letsel aan zijn schuld te wijten zijn. Ter terechtzitting beroept hij zich op een gebrek aan culpa: doordat hij in slaap was gevallen, is hij zich op geen enkele wijze bewust geweest van het ongeval.

Uiteraard zal de rechter dit verweer verwerpen. Niet op grond van de redenering dat Renzo zich wél bewust is geweest van dingen die tijdens zijn slaap zijn voorgevallen – dat is nu eenmaal onmogelijk –, maar op grond van de redenering dat hij door na te laten rust te nemen zelf de omstandigheden heeft gecreëerd waaronder hij wel in slaap móest vallen. In geval van een toestand die onvrijwillig intreedt – zoals het in slaap vallen tijdens een autorit – kan het verwijt dus verschuiven naar een voorafgaande fase waarin de voorwaarden voor dat intreden werden gelegd. Als die voorwaarden *opzettelijk* werden gelegd, is er dolus in causa. In dit geval valt dat af. Immers, er is geen oogmerk omdat Renzo nooit het oogmerk heeft gehad in slaap te vallen, geen opzet bij zekerheidsbewustzijn omdat er hooguit een kans was dat dat zou gebeuren en ook geen voorwaardelijk opzet omdat Renzo er waarschijnlijk op gerekend heeft dat hij *niet* in slaap zou vallen. Nee, het enige wat we hem kunnen verwijten is dat hij die kans te laag heeft ingeschat, met andere woorden dat hij bij het nalaten voldoende rust te nemen *ten onrechte* niet aan de mogelijkheid heeft gedacht dat hij tijdens het rijden weleens in slaap zou kunnen vallen. Niet meer dan culpa dus en daarmee slechts culpa in causa, dat wil zeggen ‘schuld aan de oorzaak’ of in het spraakgebruik van alledag “Eigen schuld, dikke bult”.

Met de culpa in causa-leer is het oppassen: het schuldverwijt kan zich verplaatsen naar een voorafgaand moment, maar het moet dan wel een *reëel verwijt* blijven. Dat is zo in het geval-Renzo. Eveneens in onderstaand geval:

Marjolein B., wier echtgenoot op zakenreis naar New York is, is met haar baby alleen thuis. Op een avond wordt zij aangenaam verrast door het bezoek van een groep vrienden, die bij haar een feestje improviseren. Tot het aanbreken van de dag wordt er gelachen, gedanst en gedronken. Als de bezoekers vertrekken, is Marjolein uitgeput en tamelijk dronken. Omdat de baby begint te huilen, gaat

Marjolein met het kind in bed liggen om het de borst te geven. Op een gegeven moment valt ze in slaap. Als zij wakker wordt, ontdekt Marjolein vol afschuw dat ze haar kind heeft doodgedrukt.

In dit geval is de culpa in causa zelfs evident aanwezig, temeer daar in de verhouding moeder-baby de moeder een *Garantenstellung* heeft voor het welzijn van haar baby. Die is immers volstrekt hulpeloos en geheel van haar afhankelijk.

Als daarentegen het verwijt niet of nauwelijks reëel is, ontaardt culpa in causa al snel in dooddoeners van het type “Had je maar ...” U kent ze wel: “Had je maar een betere auto moeten kopen” (tegen de automobilist wiens remmen plotseling weigerden), “Had je maar niet met het spul moeten beginnen” (tegen de drugsverslaafde die een auto heeft opengebroken), “Had je maar niet moeten gaan liften” (tegen de verkrachte liftster). Gemeenschappelijk aan dit soort dooddoeners is dat het verwijt zich verplaatst naar een moment waarop weliswaar de (objectieve) voorwaarden voor het intreden van een gevolg werden gelegd, maar welk gevolg op dat moment niet voorzien was en ook niet voorzien had hoeven worden. Hoed u dus – ook op strafrechtelijk terrein – voor dit soort non sequiturs, dat de deur wijd openzet voor een ongebreideld en van iedere empathie gespeend moralisme.

3 Naschrift Opzet en Culpa

Rode draad in dit naschrift is een pleidooi voor een meer subjectieve en intuïtieve benadering van opzet en culpa, zodat daarmee kan worden omgegaan op een wijze die gebruikelijk is in delen van de psychologie, de westerse filosofie van Wittgenstein, en oosterse filosofieën als taoïsme en zen-boeddhisme. Daarin wordt de objectieve en intellectuele benadering aangevuld (en deels vervangen) door een die een groter beroep doet op subjectiviteit en intuïtie. De eerste paragraaf gaat in op deze aanvulling in niet-juridische disciplines. De tweede paragraaf laat zien hoe zoiets gestalte zou kunnen krijgen op juridisch terrein – en met name op dat van het voorwaardelijk opzet –, terwijl de slotparagraaf een en ander in een uitgediept kader zal plaatsen.

3.1 Doelgericht handelen

Eigenlijk zijn opzet en – ten dele – culpa de strafrechtelijke equivalenten van gereedschappen die in de psychologie worden gebruikt voor een activiteit die daar bekendstaat als ‘geestlezen’. Begonnen wordt met het laten zien dat de psychologie bij het begrijpen en verklaren van gedrag een sleutelrol toekent aan wat mensen denken, geloven, weten, willen, verlangen, bedoelen et cetera.

3.1.1 Geestlezen

Voor ‘geestlezen’ lijkt nodig dat we zo ongeveer in staat zijn elkaars gedachten te lezen. In eerste instantie komt dat over als een bijkans occulte vaardigheid (een soort telepathie), maar de psycholoog Simon Baron-Cohen illustreert in *Mindblindness* (Baron-Cohen 1995, p. 1) hoe basaal ‘geestlezen’ is. Dat doet hij aan de hand van een simpele menselijke gedraging:

John liep de slaapkamer in, liep daar rond en liep er weer uit.

Mensen begrijpen Johns gedrag alleen door verklaringen die refereren aan Johns mentale toestand; de woorden die daarop wijzen zijn gecursiveerd:

Misschien *zocht* John iets dat hij *wilde* vinden, en *dacht* hij dat het in de slaapkamer lag.

Of:

Misschien *hoorde* John iets in de slaapkamer, en *wilde* hij *weten* wat het geluid had gemaakt.

Of:

Misschien was John *vergeten* waar hij naartoe ging, en *bedoelde* hij naar de kelder te gaan.

Feit is dat ‘geestlezen’ dermate fundamenteel is dat het ook gebruikt wordt als er in de verste verte geen mentale toestand is te bekennen. Toen een drietal mensen op een ochtend in het begin van het voorjaar op weg was om een dag bij kennissen door te brengen, zei een van hen: “Ik vraag me af of het zonnetje al kracht genoeg heeft om vandaag door de bewolking heen te breken.” In deze uitspraak schreef hij niet alleen aan de zon een bedoeling en een op spierkracht gelijkende kracht toe, maar stelde ook de bewolking voor als iets dat het streven van de zon tegenwerkte.¹ Toch bleek men hem goed begrepen te hebben, want om vijf uur ’s middags, toen de zon nog steeds niet door de bewolking heen was, werd er tegen hem gezegd “Je had toch gelijk vanmorgen”.

1 Al met al een manier van denken waarmee – indien die niet als een metafoor wordt opgevat – de propedeuse meteorologie niet zou worden gehaald.

Die alomtegenwoordigheid van ‘geestlezen’ geeft aan dat zoiets voor de meeste mensen net zo natuurlijk is als echolocatie voor een vleermuis. En evenmin als wij ons kunnen voorstellen hoe het is om geen visueel beeld van onze omgeving te hebben maar feilloos onze weg daarin te vinden aan de hand van sonar, zo moeilijk is het ook ons mensen voor te stellen die ‘geestblind’ zijn. Toch zijn die er. We noemen ze autisten, een aandoening die centraal stond in de film *Rain Man* met Dustin Hoffman als autist. Een citaat uit Baron-Cohen 1995 tracht ‘van binnenuit’ duidelijk te maken hoe deze mensen tegen het gezamenlijk eten aankijken:

Zo is het rond de eettafel te zitten. Boven in mijn gezichtsveld is een wazig stuk neus, voor me zijn bewegende handen. ... Rondom me zijn huidzakken over stoelen gedrapeerd en in stukken kleding gestopt; de huidzakken verschuiven zich en komen op onverwachte manieren naar voren. ... Twee donkere rondjes aan hun bovenkant schieten rusteloos heen en weer. Een gat onder die rondjes vult zich met voedsel en er komt een stroom van geluiden uit. Stel je voor dat de lawaaiige huidzakken plotseling naar je toekomen, en dat hun geluiden harder worden, en je geen idee hebt waarom, geen manier om het te verklaren of te voorspellen wat ze daarna zouden gaan doen. (Baron-Cohen 1995, p. 4-5.)

Inderdaad, autisten zien andere mensen (“lawaaiige huidzakken”) als fysieke objecten, als ‘materie in beweging’. Maar het meest opvallende aan dit citaat is de permanente angst waarmee deze mensen moeten leven. Geen wonder dat ze zich vastklampen aan een dagelijkse routine, een vastklampen dat soms zo krampachtig is dat het aanleiding geeft tot de – voor ons geestlezers dan – meest hilarische scènes uit *Rain Man*.

Om lezers zonder directe ervaring met autisme duidelijk te maken wat voor een aandoening dat is, geeft Baron-Cohen tevens een aantal beschrijvingen van autisten ‘van buitenaf’. Een ervan is:

Op een druk strand liep hij recht op zijn doel af, zonder zich erom te bekommeren of dit betekende dat hij over kranten, handen, voeten of bovenlichamen liep, zeer tot ongenoegen van hun eigenaren. Zijn moeder voerde ter verontschuldiging aan dat hij niet met opzet van zijn koers afweek om op anderen te trappen, maar evenmin nam hij de geringste moeite hun te ontwijken. Het was alsof hij geen onderscheid maakte tussen mensen en dingen, of zich in ieder geval niet druk maakte om het onderscheid. (Baron-Cohen 1995, p. 61.)

3.1.2 Kanttekening

Die beschrijving van een autist komt griezelig dicht bij de wijze waarop de economie voorschrijft hoe mensen zich moeten gedragen: het is het beeld van de *homo economicus* die door ruiten en roeien gaat om zijn nut te maximaliseren. Datzelfde rationalistische en egocentrische beeld beheerst ook de evolutionaire psychologie. Een fraai voorbeeld is de omgang met het onderzoeksgegeven dat wanneer mensen van beiderlei kunne gevraagd werd wat de meest aantrekkelijke eigenschap in een partner was, kenmerken als intelligentie, gevoel voor humor, creativiteit en stimulerende persoonlijkheid boven aan de lijst kwamen te staan, nog boven fysieke schoonheid en rijkdom (Ridley 1993, p. 328; Buss 1999, p. 118). Dat gegeven paste niet erg in de kraam van de evolutionair-psychologen, die dan ook naarstig op zoek gingen naar redenen waarom die eigenschappen zo hoog scoorden. Dat resulteerde in op zichzelf interessante boeken (Miller 2000 bijv.), maar het leek er toch teveel op dat de evolutionaire psychologie zich ontwikkelde tot een Theorie van Alles. En als je iets over Alles wilt zeggen, moet je erbuiten staan; als je er echter buiten *kunt* staan, zeg je niet meer iets over Alles. Met andere woorden: al onze theorieën zijn uiteindelijk ingebed in een groter kader dat we wel kunnen ervaren, maar waar we niets over kunnen zeggen.

Voor u me gaat beschuldigen van een wollig soort mysticisme, is het zinvol kennis te nemen van de volgende passage uit het boek van de econoom Robert Frank. Daaruit mag blijken dat het onderscheid ervaren/zeggen zich vlak voor uw neus kan afspelen:

Het idee dat het brein in modulen verdeeld is, appelleert aan onze intuïtie. Het helpt ons bijvoorbeeld de merkwaardige gewoonte te begrijpen dat sommigen met opzet hun horloges vijf minuten vooruitzetten. Mensen die dit doen zeggen meestal dat het ze helpt op tijd op afspraken te komen. Ze *weten* natuurlijk wel dat hun horloges voorlopen, maar ze kunnen hun ogen niet verhinderen te zien wat het horloge zegt. De taalmodule mag dan dit visuele beeld bagatelliseren – net zoals de rationalisten zeggen dat die dat zou moeten doen –, maar die module kan niet uitmaken hoe andere delen van het brein erop reageren. De taalmodule mag zich er zelfs om vermaken hoe gemakkelijk de rest van het brein ‘gefopt’ wordt te ‘denken’ dat het later is dan het werkelijk is, maar rationeel of niet, de gewoonte lijkt vaak zijn doel te dienen. (Frank 1988, p. 210.)

Het zal duidelijk zijn dat Frank met zijn “zij *weten* natuurlijk wel dat hun horloges voorlopen” het oog heeft op een ‘weten’ dat simpelweg onder woorden gebracht kan worden, iets in de trant van “Het horloge zegt dat het vijf voor

vier is, maar in werkelijkheid is het pas tien voor vier”. Er zijn echter ook andere soorten ‘weten’, die zeker niet op één lijn staan met ‘kunnen zeggen’. Vergelijk de volgende overweging van Wittgenstein uit *Philosophical Investigations*:

78. Vergelijk *weten* en *zeggen*:

hoe hoog de Mont Blanc is –
hoe het woord ‘spel’ wordt gebruikt –
hoe een klarinet klinkt.

Als het je verrast dat iemand iets kan weten en niet in staat is het te zeggen, denk je misschien aan een geval als het eerste. Zeker niet aan een geval als het derde.
(Wittgenstein 1953, p. 31^e.)

Bij de eerste groep vragen (“Hoe hoog is de Mont Blanc?”), mag gesteld worden dat ‘niet kunnen zeggen’ gelijk staat aan ‘niet weten’; bij de derde groep (“Hoe klinkt een klarinet?”) is ‘kunnen zeggen’ sowieso onmogelijk. Op één lijn met de klank van een klarinet staat het aroma van koffie, waarvan Wittgenstein opmerkt:

610. Beschrijf het aroma van koffie. – Waarom kan dat niet gedaan worden? Missen we de woorden ervoor? En *waarvoor* missen we dan woorden? – Hoe komen we eigenlijk op het idee dat zo’n beschrijving mogelijk moet zijn? Heb je ooit het gemis aan zo’n beschrijving gevoeld? Heb je ooit geprobeerd dat aroma te beschrijven en ben je daar niet in geslaagd? (Wittgenstein 1953, p. 134^e.)

Maar het meest interessant van de drie categorieën is de tussencategorie. Daarin vallen bijvoorbeeld vragen als “Ken je die-en-die?” Als je van de persoon in kwestie niets meer weet dan naam, adres en telefoonnummer, zou je die vraag met nee beantwoorden of zeggen “Alleen van naam”. Je zou alleen zeggen “Ja, die ken ik” als je met hem over iets anders hebt gepraat dan over zijn afgelopen vakantie of over de voor- en nadelen van een hittegolf. Je zou bijvoorbeeld een aantal jaren intensief met hem moeten hebben samengewerkt of geregeld bij hem over de vloer zijn gekomen. Pas dan ‘ken’ je hem. Dat kennen bestaat voor groot deel uit kennis die net zo onzegbaar is als de klank van een klarinet of het aroma van koffie, maar sommige dingen zijn toch wel over te dragen. Zo probeer je de vraag “Wat is dat voor iemand?” meestal te beantwoorden door een typerende anekdote te vertellen, die iemands temperament in één keer uit de verf laat komen. Als de vragensteller dan grinnikt of begrijpend knikt, is je kennis overgedragen, al heb je geen idee waar die kennis dan uit bestaat.

In dit tussengebied bevinden zich ook oriëntaalse (non-)filosofieën als taoïsme en zen-boeddhisme, die bekend – en soms berucht – zijn om hun gevoel voor het onzegbare. Daaruit stammen gedichten als:

Through the evening mist a lone goose is flying;
Of one tone are wide waters and sky.

(Watts 1958, p. 68.)

Of, voor de meer pragmatisch ingestelden onder u, een *senryū*:

Handing back the baby,
The wet-nurse finds
Her lap feels empty.

(Bownas & Thwaite 1964, p. 166.)

In de literatuur over het zen-boeddhisme wemelt het van de dialogen tussen meesters en leerlingen waarin het onderscheid tussen ‘weten’ en ‘zeggen’ centraal staat. Een voorbeeld is onderstaande *mondo* tussen zen-meester Fa-yen (885–958) en een monnik:

Fa-yen vroeg een monnik waarom hij hem nooit een vraag over zen had gesteld. De monnik legde uit dat hij zijn begrip al van een andere meester verkregen had. Door Fa-yen gevraagd zich nader te verklaren, zei de monnik dat toen hij zijn meester had gevraagd “Wat is de boeddha?”, hij het antwoord had gekregen “Ping-ting T’ung-tzu komt vuur halen!”
“Een goed antwoord!”, zei Fa-yen. “Maar ik weet zeker dat je het niet begrijpt.”
“Ping-ting T’ung-tzu”, legde de monnik uit, “is de god van het vuur. Als die vuur zou komen halen, is hij net als mijzelf die vraagt naar de boeddha. Ik ben de boeddha al, dus vragen is niet nodig.”
“Net wat ik dacht!”, lachte Fa-yen. “Je hebt het niet begrepen.”
De monnik was zo beledigd dat hij het klooster verliet, maar later kreeg hij spijt en keerde terug, nederig om onderricht vragend.
“Vraag maar”, zei Fa-yen.
“Wat is de boeddha?”
“Ping-ting T’ung-tzu komt vuur halen!”

(Watts 1957, p. 148.)

Opvallend hierin is dat Fa-yen geen genoegen neemt met het (op zichzelf doctrinair-correcte) antwoord van de monnik – “Ik ben de boeddha al, dus vragen is niet nodig” –, omdat dit slechts blijkt geeft van een lege, intellectuele kennis. Fa-yen geeft integendeel aan dat dit soort antwoorden alleen iets bete-

kent als je de inhoud ervan ook daadwerkelijk beseft. Vandaar dat hij met woordelijk hetzelfde antwoord komt als de eerste meester aan de monnik gaf, maar nu om de monnik duidelijk te maken dat hij het antwoord niet op zijn intellectuele merites moet beoordelen, maar de juistheid ervan moet *ervaren*. Het leukste van de dialoog is echter dat het werkelijk begrijpen van iets nog het meest lijkt op de manier waarop we een mop begrijpen. Om dat duidelijk te maken, eerst een mopje (van twee regels). Vraagt de zus aan haar schoonzus: “Rook jij weleens na het vrijen?” Antwoordt de schoonzus: “Ach, daar let ik nooit zo op.” Als u dit mopje begrijpt, glijdt er iets van een glimlach over uw gezicht. Indien *in plaats van* een glimlach een uitleg van de mop volgt, moet die verhullen dat de mop niet begrepen is. Immers, het uitleggen van een mop geeft juist aan dat men die *niet* begrijpt. Vermoedelijk is dat de diepere betekenis van de dialoog tussen Fa-yen en de monnik: in plaats van werkelijk begrip komt er wat intellectueel geblaat.

Filosofieën als taoïsme en zen-boeddhisme zullen in de naschriften worden gebruikt om de nogal ver doorschietende rationaliteit van veel van het westerse denken enigszins te relativiseren. De volgende, aan het taoïsme ontleende en op het onderwerp ook nog zeer toepasselijke, relativisering sluit deze paragraaf af.

3.1.3 *Relativering*

Die relativering is ontleend aan een boek van Raymond Smullyan, die zich vooral met mathematische logica bezighoudt. Het merendeel van zijn werk bestaat dan ook uit boeken over logische puzzels (te noemen is Smullyan 1997), die voor mij slechts ten dele toegankelijk zijn. Omdat hij echter als geen ander ervaren heeft hoe beperkt de logica is, is hij erg gecharmeerd van filosofieën waarin veel minder een appèl aan logica en intellect wordt gedaan. Zo’n manier van denken is het taoïsme (verder: tao), een oude Chinese (non-)filosofie die, in aanraking gekomen met het boeddhisme, tot het Japanse zen-boeddhisme (verder: zen) heeft geleid (zie over de geschiedenis van zen Naschrift Corporaties, p. 285 en p. 292). Van tao doet hij op een enthousiasmerende en aanstekelijke wijze verslag in *The Tao is Silent* uit 1977. Onder de titel ‘De tao is altijd spontaan’ gaat hij in op het verschil tussen het westerse, zogenaamd rationele, denken en het taoïstische:

Heeft de tao een doel? Ik heb ooit een materialistische en atheïstische biologe gevraagd of ze meende dat het universum een doel had. Haar antwoord was: “Nee, ik zou zeggen dat het universum een richting heeft, maar niet een doel.” Dit was een interessant antwoord en een dat nogal taoïstisch aandeed. Om aan de tao een doel toe te schrijven, is een beetje on-taoïstisch. Het innerlijk beginsel van de tao

is namelijk meer spontaniteit dan doel. In tegenstelling tot de Joods-Christelijke God schept of maakt de tao geen dingen, maar kun je beter zeggen dat ze in dingen 'groeit' of erin 'verzelfstandigt'. In de geest van Lao-tzu zouden we kunnen zeggen:

De tao heeft geen doel
en vervult om deze reden
al haar doelen bewonderenswaardig.

Er is een onderscheid te maken tussen het hebben van een doel en het dienen of vervullen van een doel. Het is bijvoorbeeld de vraag of een boom een doel heeft met groeien, of dat een stroom een doel heeft met omlaag stromen. Toch lijken die dingen op een of andere manier een doel te dienen. Men zou kunnen tegenwerpen: "Maar een mens mag je niet vergelijken met een boom of een stroom. Een mens is een rationeel wezen dat een doel moet hebben voor wat hij doet." Zo'n houding geeft fijntjes het verschil aan tussen het taoïstische en veel van het westerse, zogenaamd rationele, denken! Het is jammergenoeg zo kenmerkend voor veel denkers die zich laten voorstaan op hun 'rationaliteit' om te menen dat rationele mensen altijd een rationeel doel moeten hebben. Gelukkig zijn niet alle westerlingen zo. Ik denk aan die auteurs van wie ik zo hou, die in hun latere leven dingen hebben geschreven als: "Voor de meeste dingen die ik in mijn leven heb gedaan, kon ik geen doel zien op het moment dat ik ze deed. Pas nu zie ik het onderliggende doel erachter."

Begrijp me goed, ik ben er niet op tegen dat iemand een doel heeft; ik betreur alleen de houding dat iemand altijd een doel *moet* hebben. Ik geloof ook niet dat de taoïst erop tegen is dat iemand een doel heeft. Ik denk dat hij het ermee eens is dat het hebben van een doel soms een heel nuttig doel dient, net zoals spontaan 'doelloos' handelen soms een groots doel dient. (Smullyan 1977, p. 52-3.)

Het hebben van een doel (versus het dienen daarvan) zou zich eigenlijk moeten beperken tot strikt-utilitaire aangelegenheden. Voorbeelden zijn organisatorische (of, in modern jargon, 'logistieke') problemen als het reserveren van een tafel in een drukbezocht restaurant om daar over drie weken te gaan eten of het bestellen van voldoende lectuur om tijdens de vakantie genoeg te lezen te hebben. Zodra echter andere zaken een rol gaan spelen (het krijgen van een relatie bijv.), moet je oppassen daar een doel van te maken. Dit soort dingen zijn namelijk bijproducten van de normale interactie, dingen die je nu eenmaal niet tot doel *kunt* verheffen. En als je dat toch doet, krijg je direct te maken met de zogeheten paradoxen: je inspanningen om een doel te bereiken, creëren de voorwaarden om dat doel niet te bereiken. Wat korter door de bocht: je pogingen frustreren zichzelf. Maar het onderwerp van de paradoxen komt nog uitgebreid aan de orde in Naschrift Poging.

Toch hoeft het onderscheid hebben/dienen van een doel niet te leiden tot een dualisme tussen utilitair en non-utilitair handelen. Zoals Smullyan zelf al aangeeft, kan het hebben van een doel heel goed een onderliggend doel dienen. Waar voor gewaakt moet worden, is de houding dat men steeds een doel *moet* hebben. Of, anders gezegd, tegen de neiging om wat mensen doen steeds te willen herleiden tot een doel dat ze ‘eigenlijk’ nastreven. Dat zien we met name bij opzet en culpa, en dan vooral bij het opzet bij zekerheidsbewustzijn en het voorwaardelijk opzet.

3.2 Voorwaardelijk opzet

Zoals de proloog al aangeeft, bestaat er bij het opzet als oogmerk niet of nauwelijks een discrepantie tussen het doel dat de dader heeft en het doel dat hij dient. De proloog maakt dat met een aantal voorbeelden duidelijk, waarvan er hier slechts drie worden aangehaald: “De dader wil iemand doden en schiet hem met een Walther P5 door het hoofd, wil een voordelige videorecorder hebben en koopt er een waarvan hij weet dat die gestolen is, of wil een alleenstaanden-uitkering krijgen en verzwijgt tegenover de Sociale Dienst dat zijn vriendin inmiddels bij hem ingetrokken is” (proloog p. 31). De discrepantie tussen het hebben en het dienen van een doel is voor het eerst te zien bij het opzet als zekerheidsbewustzijn. Neem bijvoorbeeld een dader die de minister-president wil ombrengen en daartoe een handgranaat in diens auto gooit waarin zich zowel de minister-president als zijn vaste chauffeur bevindt. Als die handgranaat dan ontploft, heeft hij zijn doel bereikt (het doden van de minister-president), maar dat doel wordt tevens gediend (door de dood van diens chauffeur). Het is heel goed mogelijk – en zelfs waarschijnlijk – dat de dader hoopte dat het doden van de premier niet zou worden gediend door de dood van diens chauffeur, maar die tweede dood is nu eenmaal de rechtstreekse consequentie van zijn handelen dat is gericht op het doden van de premier.

De discrepantie tussen het hebben van een doel en het dienen daarvan komt vooral naar voren bij de derde vorm van opzet, het zogeheten voorwaardelijk opzet. Dat komt erop neer dat een dader ook heeft in te staan voor gevolgen die hij weliswaar niet heeft beoogd, maar waarvoor hij de voorwaarden voor het intreden heeft geschapen terwijl zijn handelen op dat andere doel gericht was. Anders gezegd: hij heeft ook in te staan voor gevolgen die zijn handelen slechts *dient*. Cruciaal in dit analyseschema is dat het voorwaardelijk opzet niet een slappe of ‘verdunde’ vorm van opzet is – een soort tweederangsopzet –, dat kan worden ontkend door erop te wijzen dat de dader dat gevolg nooit bedoeld heeft of zelfs nooit bedoeld *kan* hebben. Het wekte dan ook mijn verbazing

toen de raadsman van betrokkenen bij de Dover-zaak² op de radio beweerde: “Het voorwaardelijk opzet van de chauffeur van de vrachtwagen was niet aanwezig, want die man heeft de dood van de Chinezen nooit gewild. Integendeel, hij moet wel gek zijn geweest dat te willen, omdat hij alleen betaald werd voor levende Chinezen; aan dode had hij niets, want die leverden hem niets op.”

3.2.1 *Russische bedelaars*

De zaak van de gestikte Chinezen doet sterk denken aan het geval van de Russische bedelaars, dat aan het begin van de twintigste eeuw voor opschudding in Duitsland had gezorgd. Daar was in de jaren daarvoor het zogeheten *bedingter Vorsatz* geïntroduceerd. De Duitse hoogleraar Reinhard Frank had voor de aanwezigheid daarvan een formule bedacht die alom gold als een waterdicht middel om een gemoedstoestand te detecteren waarin het opzet *voorwaardelijk* op een gevolg was gericht: “Op het moment van handelen was de dader er niet zeker van of een gevolg zou intreden; had hij echter ook gehandeld indien hij zeker van het gevolg was geweest?” Als de dader bij zekerheid van het gevolg *ook* had gehandeld, was zijn opzet voorwaardelijk daarop gericht; als hij dan *niet* had gehandeld, was zijn opzet ook niet voorwaardelijk op dat gevolg gericht.

Aan de hand van deze formule leek een vrij scherp onderscheid gemaakt te kunnen worden tussen de gevallen met voorwaardelijk opzet en gevallen zonder dit opzet. Tot zich een casus voordeed die ik op het eerste gehoor als een niet serieus bedoelde anekdote beschouwde: het geval van de Russische bedelaars.

Een bende bedelaars placht kinderen te ontvoeren en vervolgens te verminken teneinde hen effectiever te laten bedelen. Soms kwamen er kinderen om tijdens deze grove ‘operaties’. Hadden de bedelaars voorwaardelijk opzet op hun dood?

Dit verhaal kende ik het karakter van een mop toe omdat het onmiddellijk laat zien dat de formule van Frank niet meer is dan een intellectuele constructie. Als men zich namelijk afvraagt of de daders ook gehandeld zouden hebben als zij zeker van het gevolg waren geweest, moet het antwoord zijn dat zij dat dan *niet* hadden gedaan. Immers, ze waren de kinderen niet gaan opereren als ze zeker hadden geweten dat die zouden omkomen: alleen levende kinderen konden bedelen, aan dode hadden ze niets. Volgens de formule hadden de bedelaars dus geen voorwaardelijk opzet!

2 In deze zaak ging het om betrokkenheid bij het transport van 58 Chinezen die illegaal Engeland trachtten binnen te komen; door onvoldoende ventilatie waren ze in de vrachtwagen gestikt.

De reacties op dit verhaal – dat geen verzonnen anekdote bleek maar een casus die zich werkelijk had voorgedaan (zie Löffler 1911, p. 145) – volgden een tweetal patronen. In Duitsland reageerden juristen overwegend als mensen die zich afsluiten voor hun intuïtie en in plaats daarvan te rade gaan bij intellect en geheugen. Vanuit het ongemakkelijke gevoel voor schut te zijn gezet door de werkelijkheid, gingen zij koortsachtig op zoek naar een formulering die in staat was ook het geval van de Russische bedelaars te accommoderen. Frank verruilde daartoe zijn aanvankelijke formule voor een nieuwe: “Of het nu zó is of anders, in ieder geval handel ik.”

Een andere mogelijkheid zou zijn geweest om het patroon te volgen van een jurist die wel voor zijn intuïtie openstaat. Daarbij zal die zich realiseren dat zijn intuïtieve oordeel niet afhankelijk is van intellectuele redenen, zodat er altijd ruimte zit tussen het intuïtieve oordeel zelf en de intellectuele benadering ervan. In wiskundige termen: de intellectuele curve *nadert tot* het intuïtieve nulpunt, maar *is* nooit dat nulpunt. Een dergelijk inzicht zorgt ervoor dat hij zich veel minder voor schut gezet voelt door de werkelijkheid; integendeel, hij zal zich er zelfs niet over verbazen dat de realiteit veel gevarieerder en rijker is dan welk intellectueel schema ook. Zijn intuïtieve oordeel zal immers zijn dat als er al iemand voorwaardelijk opzet heeft, de Russische bedelaars – evenals trouwens de chauffeur van de 58 gestikte Chinezen – daar in ieder geval bij horen. Van daaruit zal hij aangeven dat een bepaalde gemoedstoestand wel degelijk aanwezig kan zijn, maar niet altijd wordt ‘ontdekt’ door de gebruikelijke intellectuele instrumenten. Bezieet u daarom mijn onderstaande intellectuele uiteenzetting als een poging de realiteit te *benaderen*, met op de achtergrond een glimlachende erkenning dat iedere poging daartoe toch maar voorlopig is en dat ‘de kruik (van het intellectuele schema) zolang te water gaat tot-ie barst’, dat wil zeggen gebruikt kan worden tot een ander – en thans nog onvoorzien – geval er korte metten mee maakt.

De tweede formule van Frank (“Of het nu zó is of anders, in ieder geval handel ik”) mag dan ruimer zijn en in staat zijn meer gevallen te omvatten, hij heeft het nadeel dat hij aan scherpheid heeft ingeboet. Ik zou dan ook meer voelen voor de eerste, het ook handelen als je zeker van het gevolg was geweest, maar dan met een vangnet daaronder. De intellectuele constructie wordt dan:

- 1 *Had de dader ook gehandeld als hij zeker van het gevolg was geweest?*

Deze vraag is bedoeld om op zoek te gaan naar het ‘aroma van het voorwaardelijk opzet’, eerder een olfactorische dan een intellectuele operatie. Penetrant in dit aroma is een cynische houding tegenover het gevolg, een “Wat kan mij het nou schelen of dat gevolg intreedt”. De benadering van het voorwaardelijk opzet

in termen van het aroma ervan heeft het voordeel dat er niet zozeer hoeft te worden gekeken naar objectieve omstandigheden, maar dat het meer gaat om het opsnuiven van een sfeer. Dat lijkt in eerste instantie een hoogst subjectieve, arbitraire en willekeurige benadering, maar – zeker voor ons ‘geestlezers’ – is die sfeer vaak onmiskenbaar. Kijkt u bijvoorbeeld naar de gevalsbeschrijving van baron De Grèves en die van de kappersbediende op p. 96 en 97 van Proloog Causaliteit: in het geval van de baron had die het vermeende lijk van zijn vrouw *niet* in de waterweg gedumpt als hij zeker had geweten dat zij nog leefde, zodat hij geen voorwaardelijk opzet had; in het geval van de kappersbediende had die het lichaam van de gewurgde jongen *ook* in de poldersloot gelegd als hij zeker was geweest dat het knaapje nog in leven was, zodat hij wel voorwaardelijk opzet had. Als de aanwezigheid van dat aroma eenmaal is vastgesteld, is in tweede instantie enige objectivering meestal wel mogelijk; bedenk echter wel dat die objectieve omstandigheden niet meer zijn dan een indicatie voor de aanwezigheid van het aroma, maar dat die daarvoor geenszins garant staat. Immers, het aroma van voorwaardelijk opzet is, hoewel onmiskenbaar, net zo moeilijk in woorden te vangen als de klank van een klarinet. Die lastige ‘vangbaarheid’ van het voorwaardelijk opzet leidt tot de noodzaak van een vangnet onder de eerste vraag. Zo’n vangnet is in de meeste gevallen niet nodig, zoals u gebleken mag zijn uit de gevalsbeschrijving van baron De Grèves versus die van de kappersbediende. In die gevallen sluit een ontkennend antwoord het bestaan van een cynische houding immers uit (baron De Grèves) of dekt een bevestigend antwoord op de eerste vraag het bestaan daarvan (kappersbediende). Het is echter mogelijk dat de cynische houding losstaat van een bevestigend antwoord op de eerste vraag, zoals een ander voorbeeld duidelijk mag maken. Denkbaar is dat in de casus van het Cicero-arrest (zie p. 36 van de proloog), waarin het bestuur zich afvroeg of de eis van extra tekstboekjes wel terecht was, het bestuur geen extra tekstboekjes had gekocht *zonder* dat dit had gewezen op het bestaan van een cynische houding. Stel u namelijk voor dat iemand het bestuur ervan overtuigd had dat de kans op betrapping zo goed als nihil was, zodat het ook geen tekstboekjes had gekocht als het er zeker van was geweest dat die eis terecht was. Dan wordt de eerste vraag bevestigend beantwoord, maar die bevestiging duidt niet op de aanwezigheid van een cynische houding. Een andere mogelijkheid is dat een ontkennend antwoord op de eerste vraag juist wijst op het bestaan van zo’n cynische houding; neem bijvoorbeeld het antwoord van de Russische bedelaars dat ze de kinderen niet hadden verminkt als ze er zeker van waren geweest dat die dood zouden gaan: een cynischer attitude dan “Dode kinderen kunnen niet bedelen, levende daarentegen wel” lijkt nauwelijks

denkbaar. Daarom is, als de eerste vraag ontkend wordt, nog een tweede vraag nodig.

2 *Is de reden waarom hij dan niet gehandeld zou hebben, strafrechtelijk relevant?*

Als iemand niet had gehandeld indien hij zeker was geweest van het gevolg, moet die reden strafrechtelijk relevant zijn. En alleen die redenen zijn relevant die duiden op een zekere betrokkenheid met het slachtoffer. Het is duidelijk dat in het geval van de Russische bedelaars de zekerheid van het gevolg het handelen had verhinderd (aan een dood kind hadden ze immers niets), maar die reden had niets te maken met enige betrokkenheid met de kinderen. Integendeel, in termen van hierboven (p. 74) zou die kunnen worden omschreven als “Wat kan ons het nou schelen of dat kind doodgaat?” En dat geldt ook voor andere redenen waarin het eigenbelang centraal staat, zoals “Dan was ik nu niet gearresteerd”, “Dan had ik nu niet zo’n ruzie gehad met mijn omgeving” of “Dan had het me nog wat opgeleverd”.

Mogelijk ten overvloede: kern van het voorwaardelijk opzet is en blijft een cynische houding tegenover het gevolg, en niet een gebrek aan betrokkenheid met het slachtoffer. Dat laatste zou – op voorwaarde dat de dader *ten onrechte* geen betrokkenheid heeft – namelijk neerkomen op een volledige gelijkstelling van (voorwaardelijk) opzet en culpa. Ga maar na: als alleen een gebrek aan betrokkenheid de kern van het voorwaardelijk opzet was, zou de motorrijder uit de proloog (p. 35) – een jongen met alleen oog voor de verpletterende indruk die hij op een meisje zal maken – vervolgd en veroordeeld kunnen worden wegens opzettelijke levensberoving van een driejarig meisje; omdat onze motorrijder niet eens gedácht heeft aan het risico dat zijn gescheur voor andere mensen oplevert, kan hij hooguit worden veroordeeld wegens culpose levensberoving.³ Nee, het gebrek aan betrokkenheid is in bovenstaande constructie slechts een hulplijntje, dat aan de orde komt *nadat* de vraag “Had de dader afgezien van zijn handelen als hij zeker was geweest van het gevolg?” met ja is beantwoord. Pas dan wordt de vraag gesteld of de reden voor zijn niet-handelen strafrechtelijk relevant is.

In het voorgaande is het voorwaardelijk opzet vooral bekeken als sluitstuk van de aflopende reeks ‘oogmerk’–‘opzet bij zekerheidsbewustzijn’–‘voorwaardelijk opzet’. Weliswaar is daar terloops aangestipt wat er moet gebeuren als er geen voorwaardelijk opzet is, maar de grens tussen het voorwaardelijk opzet en de bewuste culpa is nog niet echt aan de orde geweest. Dat komt in de nu volgende subparagraaf.

3 Indien de zaak zich had afgespeeld na 1 februari 2006, had een veroordeling wegens roekeloos rijden (een strafverhogende vorm van culpa) ongetwijfeld in de rede gelegen.

3.2.2 Voorwaardelijk opzet/bewuste culpa

Over het onderscheid tussen bewuste culpa en voorwaardelijk opzet staat in het handboek van de Duitse hoogleraar Paul Bockelmann een lucide passage:

Bewuste culpa en voorwaardelijk opzet onderscheiden zich in zoverre dat de dader met culpa niet alleen hoopt, maar erop vertrouwt dat het gevolg niet in zal treden. Degene met opzet daarentegen laat het in het beste geval bij een hoop op een goede afloop. De vraag blijft welk kenmerk 'hoop' onderscheidt van 'vertrouwen'. De volgende overweging moge dat duidelijk maken.

Slechts hoop en niet vertrouwen op een goede afloop heeft de dader die een gok waagt, maar die het ook duidelijk is dat het – ondanks tegenmaatregelen waardoor hij het intreden van het gevolg tracht te voorkomen – in wezen van het toeval afhangt of alles goed afloopt of niet. Vertrouwen en niet alleen hoop op een goede afloop heeft de dader die denkt dat hij de zaak in de hand heeft en het risico beheersen kan, ook zonder dat het gelukkige toeval hem te hulp komt. (Bockelmann 1979, p. 86–7.)

Bockelmann wijst er terecht op dat de dader die al een plan-B klaar heeft liggen voor het geval het misgaat, laat blijken dat hij niet vertrouwt op een goede afloop, maar er slechts op hoopt. Dat geldt volgens hem – en eveneens terecht – *niet* wanneer een chauffeur een gevaarlijke manoeuvre onderneemt waarbij hij, als het misgaat, zelf schade zal oplopen (vgl. ons Porsche-arrest). Hij vervolgt met de constatering dat de afwezigheid van voorwaardelijk opzet niet per se betekent dat er dan culpa is:

Het vertrouwen van de dader op het uitblijven van het gevolg sluit het *opzet* onder alle omstandigheden uit, maar dat wil nog niet zeggen dat er dan automatisch culpa is. Een dader handelt slechts culpoos als hij er niet op vertrouwen *mag* dat hij het risico beheersen kan. (Bockelmann 1979, p. 87.)

De proloog heeft niet zozeer gewerkt met het onderscheid hoop/vertrouwen (= resp. voorwaardelijk opzet/bewuste culpa), maar met “Een slechte afloop voor lief nemen”/“Rekenen op een goede afloop”. “Een slechte afloop voor lief nemen” zou inderdaad kunnen worden vervangen door “Hoop op een goede afloop”, maar ‘rekenen op’ niet door ‘vertrouwen’. Waarom niet? Omdat ‘rekenen op’ ook nog ruimte laat voor allerlei zogenaamd irrationele neigingen bij de dader, zoals het niet zien van een risico op het moment van handelen. Die ‘irrationele neigingen’ komen bij moderne mensen geregeld voor, aangezien die nauwelijks evolutionair geëquipeerd zijn om aandacht te besteden aan de

risico's die hun leefwereld bevat. Bezieet u daartoe de volgende passage uit Pinker over evolutionair verankerde angsten bij moderne stedelingen:

Angsten in moderne stedelingen beschermen ons tegen gevaren die niet langer bestaan, en doen dat niet tegen gevaren die de wereld om ons heen wel degelijk bevat. We zouden bang moeten zijn voor vuurwapens, te hard rijden, rijden zonder veiligheidsgordel, aanstekervloeistof, en haardrogers vlak bij de badkuip, niet voor slangen en spinnen. (Pinker 1998, p. 387.)

Als voor het intreden van een bepaald gevolg een vrees bestaat die wél evolutionair verankerd is (zoals de angst voor spinnen en slangen, hoogtes of onweer), bestaat ook veel sneller de mogelijkheid voorwaardelijk opzet aan te nemen. Bezieet u daartoe de volgende casus, die ik aanvankelijk bedoeld had als een schoolvoorbeeld van culpa.

De student informatica Wouter Z. is bezig de keuken van zijn studentenflat op te ruimen. Die flat bevindt zich op de zesde etage. Alle rommel doet hij in een vuilniszak, die hij over het balkon naar beneden gooit. Een medestudente die bij hem is blijven slapen, komt de keuken binnen en ziet dat nog net. Vervolgens ontstaat tussen het meisje en Wouter het volgende gesprek:

- Wat zat er in die zak?
- O, van alles: aardappelschillen, oud brood, lege flessen en zo.
- Is het dan niet gevaarlijk die zak zo naar beneden te gooien?
- Nee hoor: iedereen hier doet 't en er is nog nooit wat gebeurd. Trouwens, heb ik je al eens laten zien hoe klein de kans op een ongeluk is? Dan kun je zelf zien dat ik die zak veilig naar beneden kon gooien.

Daarop gaat Wouter naar zijn pc, start een kansberekeningsprogramma en voert alle gevraagde gegevens in (gewicht zak, afstand balkon-begane grond, gemiddeld aantal passanten, enz.). Drie seconden later verschijnt op het scherm de mededeling:

De kans op een ongeval is 1 : 5.328

Nu had men 5.327 keer de zak naar beneden kunnen gooien zonder dat er iets gebeurd was, maar toevallig is het vandaag de 5.328-ste keer: de naar beneden gegooide zak treft de benedenlangs lopende conciërge vol in de nek. Bij onderzoek in het ziekenhuis constateert men een neklaesie, waardoor de man de rest van zijn leven tot aan de nek is verlamd.

In een geval als dit, waarvan onze intuïtieve fysica ons vertelt dat met name de lege flessen zwaar genoeg zijn om een aanzienlijke schade toe te brengen, kan

het bijna niet anders dan dat er iets in de geest van de dader heeft rondgewaard dat hem er attent op heeft gemaakt iets 'links' te gaan ondernemen. Wellicht zullen neurochirurgen dit verschijnsel objectief aanmerken als "het afvuren van een klein aantal neuronen", maar subjectief wordt dit afvuren doorgaans ervaren als een bang voorgevoel, een onbestemd gevoel van dreigend onheil, een 'rilling over de rug', of iets dergelijks. Het punt is dat dergelijke sensaties zo vaag en vluchtig zijn dat ze het stadium van een gedachte nog niet bereiken. Nu ze onder die 'drempelwaarde' blijven, kan ook niet gezegd worden dat de dader aan het risico gedacht heeft, en ofwel gehoopt heeft dat het niet zou intreden (= voorwaardelijk opzet), ofwel erop gerekend heeft dat het dat niet zou doen (= bewuste culpa). Gevallen waarin dit 'minimale bewustzijn' nog niet is uitgegroeid tot een volwaardig voorwaardelijk opzet of een volwaardige bewuste culpa, zijn dus eigenlijk gevallen in een voorfase daarvan. Hoewel het bestaan van zo'n onbestemd gevoel langs empathische weg uit de context kan worden afgeleid ("In die situatie kan het bijna niet anders dan dat de dader zoiets ervaren heeft"), is het nagenoeg onmogelijk dat met wettige bewijsmiddelen aan te tonen. Gevallen in de voorfase van voorwaardelijk opzet en bewuste culpa zouden daarom vervolgd kunnen worden als het begaan van een culpoos delict (i.c. het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel door schuld, art. 308).

De casus-Wouter Z. is dus bepaald geen prototype van culpa, maar eerder een geval dat nog niet is uitgegroeid tot culpa of voorwaardelijk opzet. Prototypen van culpa zijn immers meer te vinden in gevallen waarin de vrees voor een bepaald gevolg *niet* evolutionair verankerd is, zoals bij het omgaan met elektriciteit of het rijden zonder veiligheidsgordel; de prototypen van voorwaardelijk opzet zijn daarentegen te vinden in gevallen waarin zware voorwerpen naar beneden worden gegooid, of op andere wijze onze evolutionair vastgelegde angsten een rol spelen.⁴

3.2.3 *HIV*

Vaak wordt getracht het voorwaardelijk opzet af te grenzen van de culpa door een gedachtenexperiment uit te voeren: als de dader voorwaardelijk opzet op het gevolg had gehad maar dat gevolg was niet ingetreden, kan hij uiteraard niet worden vervolgd wegens het voltooide delict; wel echter wegens *poging* tot het delict. Als zo'n vervolging wegens poging kant noch wal zou raken, komt dat waarschijnlijk doordat hij geen voorwaardelijk opzet heeft maar hooguit culpa. De jurisprudentie laat alle ruimte voor een dergelijke redenering, omdat daarin

4 Het punt van de evolutionair verankerde angsten komt nog uitvoerig terug in Naschrift Deelneming, 9.1.

is bepaald dat het bestaan van voorwaardelijk opzet voldoende is om voornemen in de zin van art. 45 aan te nemen (zie Proloog Posing, p. 151). De gedachten-gang komt dus op het volgende neer: als iemand niet veroordeeld kan worden wegens een poging tot dat delict, heeft hij ook geen voorwaardelijk opzet. Positief geformuleerd: als iemand voorwaardelijk opzet heeft, kan hij ook veroordeeld worden wegens poging tot dat delict. De crux van die redenering is de veronderstelling dat het voorwaardelijk opzet een monolithisch begrip is. Dat is het echter niet. Als we het voorwaardelijk opzet bezien alsof er een ‘alles-of-niets’-karakter aan toekomt, gaat de logische redenering van hierboven perfect op, maar tot veel inzicht zal dit niet leiden. Beter is het de vraag naar het voorwaardelijk opzet te benaderen als een vraag naar het aroma van koffie. Het geurspectrum van het aroma van voorwaardelijk opzet (net als dat van koffie trouwens) bevat namelijk “meer schakeringen dan kleuren in een herfstbos”, zoals de Engelse schrijver Chesterton (aan te halen in Naschrift Posing, p. 179) dat uitdrukte. Aan de ene kant van het spectrum is dat aroma gelaten en passief, en – na een overgangszone met miljoenen half- en tussentonen – is dat aan de andere kant agressief en actief. Zo kan de houding ten aanzien van het gevolg uiteenlopen van een gelaten “Als dat gevolg intreedt, dan zij het zo” (indien de dader vrede heeft met het intreden ervan) tot een agressief “Ik hoop dat het gevolg intreedt” (indien de dader de heimelijke wens koestert het slachtoffer een lesje te leren). Beide schakeringen van het voorwaardelijk opzet volstaan om iemand te veroordelen wegens een opzetdelict als het gevolg inderdaad is ingetreden, maar hieronder zal worden verdedigd dat alleen de tweede schake-ring in aanmerking komt als het gevolg *niet* is ingetreden en verdachte wordt vervolgd wegens *poging* tot dat delict.

Aanleiding voor deze beschouwing zijn twee arresten naar aanleiding van onbeschermde sekscontacten door verdachten die besmet waren met het hiv-virus. Het betreft HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 (HIV-besmetting I) over homoseks en HR 24 juni 2003, NJ 2003, 555 (HIV-besmetting II) over hetero-seks.⁵ In de casussen die tot deze arresten hebben geleid, hadden verdachten niet méér voorwaardelijk opzet dan de wat schouderophalende variant “Wat kan mij het nou schelen of ik mijn besmetting overdraag”; desalniettemin was in beide gevallen de besmetting niet overgedragen, zodat de slachtoffers ook niet besmet waren met een – in beginsel – dodelijk virus. Omdat de dood niet was ingetre-den, hadden verdachten ook niet kúnnen worden vervolgd wegens een voltooide

5 Het arrest van maart 2003 (NJ 2003, 552) werd gevolgd door HR 18 januari 2005, NJ 2005, 154, waarin de Hoge Raad ook geen genoegen nam met de veroordeling door een aangrenzend hof wegens poging tot zware mishandeling. Inmiddels is de zaak afgedaan door een *derde* hof, te weten hof Den Bosch 29 november 2005, LJN AU7021.

doodslag; daarom was hun ten laste gelegd dat ze zich schuldig hadden gemaakt aan een *poging* tot doodslag. Het hof had hen wegens deze poging veroordeeld; tegen deze veroordeling kwamen de verdachten in cassatie. De Hoge Raad nam geen genoegen met deze veroordelingen, al was het alleen omdat de bewijsmiddelen de mogelijkheid openlieten dat verdachten slechts met culpa hadden gehandeld. In zijn overwegingen besteedde de raad veel aandacht aan de statistische aanmerkelijkheid van de kans op overdracht van het hiv-virus en de dodelijkheid van dat virus. Af en toe lijken de arresten te impliceren dat de vraag naar het voorwaardelijk opzet pas gaat spelen als de kans aanmerkelijk genoeg is; voor studenten van het vak Oefenrechtbank was dat aanleiding de strekking van deze arresten als volgt samen te vatten: "Als de kans niet aanmerkelijk is, kan er ook geen voorwaardelijk opzet zijn." Die samenvatting leek mij weinig bevorderlijk voor een beter inzicht, niet alleen omdat de aanwezigheid van een *subjectief* bestanddeel (= het voorwaardelijk opzet) dan gaat afhangen van een *objectieve* omstandigheid (= de aanmerkelijkheid van de kans), maar ook omdat het goed mogelijk is dat een verdachte er bijna op hoopt dat het risico zich zal verwerkelijken (en er dus voorwaardelijk opzet op heeft), *hoewel* de kans daarop verre van aanmerkelijk is. Zo was aan die studenten een casus voorgelegd omtrent een meisje dat zo verbitterd was over haar eigen hiv-besmetting dat ze erop uit was die aan zoveel mogelijk anderen over te dragen. Hoewel ze wist dat de kans op overdracht ook bij onbeschermd sekscontact gering was, had haar voorwaardelijk opzet een agressieve ondertoon: zij hóópte er bijna op haar besmetting over te dragen. Dat laatste maakte dat die casus nogal afweek van de casus in beide hiv-arresten: in de casus voor het vak Oefenrechtbank was de schakering van het voorwaardelijk opzet actief en agressief, terwijl de casus die aanleiding was voor de hiv-arresten een voorwaardelijk opzet kende dat gelaten en passief was.⁶

Nee, als er al een verband bestaat tussen het voorwaardelijk opzet en de aanmerkelijkheid van de kans, is dat verband in hoge mate indirect. Aan de ene kant ligt dat verband in het onmiskenbare feit dat het bestaan van voorwaardelijk opzet niet erg waarschijnlijk is als de kans op het zich verwerkelijken van een risico erg klein is. Neem bijvoorbeeld het geval van een automobilist die 's ochtends in zijn auto stapt: die loopt, als er geen sprake is van gebreken aan de chauffeur of defecten aan zijn auto, slechts een microscopisch kleine kans dat hij die dag een kind doodrijdt. Die kans is zo klein dat hij daar in het geheel niet aan zal denken (als hij dat wel doet, zitten we in de sfeer van een neurose of fobie die hem sowieso ongeschikt maakt voor autorijden), laat staan dat hij

6 Als de casus-Linda Meerval is deze, in de vorm van vier processen-verbaal, opgenomen in de bijlagen bij dit proefschrift, p. 317 e.v.

die kans op de koop toe neemt. Het wordt pas zinvol naar een eventueel voorwaardelijk opzet te gaan informeren als het risico reëel begint te worden, bijvoorbeeld als hij 85 rijdt in een straat waarvan hij weet dat daar een lagere school aan ligt die op dat moment de kinderen een kwartiertje buiten laat spelen. Als het hem dan in wezen niet schelen kan of hij een kind doodrijdt *en* hij rijdt een kind dood, kan hij veroordeeld worden wegens doodslag. Het wordt echter anders als hij met dezelfde instelling *geen* kind doodrijdt: is het voorwaardelijk opzet van “Als ik een kind doodrij, dan zij het zo” voldoende om hem te veroordelen wegens *poging* tot doodslag? Me dunkt van niet. Hoewel de Hoge Raad voorwaardelijk opzet voldoende acht voor voornemen, is het de vraag of dat in het geval van de automobilist en de schoolkinderen zou volstaan: die zou er dan meer op moeten hópen dat hij een kind doodreed of daar anderszins op uit moeten zijn. Dat geeft meteen aan wat aan de *andere* kant het indirecte verband is tussen het voorwaardelijk opzet en de aanmerkelijkheid: naarmate de kans op het intreden van het gevolg aannemelijker wordt (en de dader dus grotere risico’s neemt), wordt duidelijker dat zijn schakering van het voorwaardelijk opzet actief en agressief is. Dat tweede verband kan fraai worden geïllustreerd aan de hand van de hiervoorvermelde casus-Wouter Z., die een vuilniszak met keukenafval en lege flessen van zeshoog over het balkon gooide. Als Wouter niemand had geraakt, was het de vraag geweest of zijn – eventuele – voorwaardelijk opzet voldoende was om hem te veroordelen wegens *poging* tot zware mishandeling. Bij gebrek aan nadere informatie over zijn gemoedstoestand, lijkt voor zo’n veroordeling nodig dat de kans op zwaar lichamelijk letsel meer is dan een theoretische kans van 1 op 5.328, bijvoorbeeld doordat hij van zeshoog halfvolle flessen liet vallen boven een hangplek voor jongeren uit de flat: omdat het risico dan aanmerkelijk begint te worden, wordt duidelijk dat hij er (nagenoeg) op uit was iemand zwaar lichamelijk letsel toe te brengen.

De conclusie mag zijn dat het voorwaardelijk opzet van de dader voldoende kan zijn om hem te veroordelen wegens een voltooid delict indien het gevolg daadwerkelijk intreedt, maar dat hetzelfde voorwaardelijk opzet niet volstaat om hem te veroordelen wegens *poging* tot dat delict indien het gevolg uitblijft. Wie daarentegen uitgaat van het idee dat voorwaardelijk opzet een monolithisch begrip met een ‘alles-of-niets’-karakter is, komt al snel tot de logische gevolgtrekking dat hetzelfde voorwaardelijk opzet zowel voldoende is voor een voltooid delict als voor een poging tot dat delict. En met die gebondenheid aan de logica maakt hij het zichzelf nodeloos moeilijk, zoals de hiv-arresten laten zien: daarin wordt veel gespeeld over de band van de aanmerkelijke kans, zonder dat echt duidelijk wordt waarom die aanmerkelijkheid ertoe doet.

3.3 Restant uit proloog

Met dit wellicht wat merkwaardige kopje begint de op een na laatste paragraaf van *alle* naschriften; in deze voorlaatste paragraaf worden allerlei onderwerpen uit de proloog besproken die nader commentaar behoeven, in het onderwijs een bijzonder accent kregen, gewijzigd zijn ten opzichte van de tweede druk van Prologen of toegevoegd zullen worden aan een eventuele volgende druk daarvan.

Omdat de keuze van de onderwerpen voor deze paragraaf betrekkelijk willekeurig is, hoeft er weinig verband te zijn tussen het naschrift zelf en de paragraaf over het restant uit de proloog; bij sommige naschriften zal dat verband zelfs helemaal ontbreken (Naschriften Posing en Corporaties). Het is dan ook verstandig als de lezer zich opstelt als de Rode Koningin uit *Alice in Wonderland*. Toen Alice zei dat het gedicht dat ze ging voordragen geen zin bevatte, onderbrak de Rode Koningin haar met: “Goed dat je dat zegt, want dat scheelt ons een hoop werk. Als het namelijk geen zin bevat, hoeven we daar ook niet naar te zoeken!” Zo kan ook de lezer beter niet gaan zoeken naar het verband tussen naschrift en voorlaatste paragraaf, want dat is er vaak niet.

Terwijl juristen praten over ‘het opzet’, hebben psychologen het meestal over ‘de wil (*volition*)’ of over ‘intentioneel handelen’. Beiden hebben het echter over hetzelfde fenomeen, zodat ook voor het opzet opgaat wat psychologen te berde brengen over de wil. Opmerkelijk is in dat verband een bijna terloopse opmerking van Ridley in zijn *Nature via Nurture* uit 2003. Zijn observatie sluit namelijk naadloos aan bij de paragraaf over Opzet en geestelijke stoornis (p. 45 e.v.), waarvan de kern bestaat uit het idee dat de bewuste geest slechts beperkt toegang heeft tot het opzet, en dan alleen nog tot dat gedeelte van het opzet dat zich heeft vertaald in de “plannen voor die dag”. Die opmerking luidt:

De wil bestaat wel degelijk. Het vermogen intentioneel te handelen is een realiteit, die in het brein kan worden gelokaliseerd. Dat vermogen zetelt in het limbisch systeem, zoals het volgende simpele experiment laat zien: een dier waarbij een deel van de voorste hersenkwab is weggehaald, verliest een specifieke functie. Het zal blind, doof of verlamd zijn, maar het is nog steeds onmiskenbaar intentioneel. Daarentegen is een dier waarbij het limbisch systeem diep in het brein is weggesneden, nog steeds perfect in staat te horen, te zien en te bewegen. Als het gevoerd wordt, slikt het het voedsel door. Maar het neemt nergens initiatief toe. Het heeft zijn wil verloren.

[De psycholoog] William James schreef eens dat hij ’s morgens in bed lag en zichzelf vertelde dat hij op moest staan. Eerst gebeurde er niets; dan, zonder dat hij merkte hoe of wanneer precies, kreeg hij in de gaten dat hij opstond. Hij

vermoedde dat het bewustzijn op de een of andere manier de effecten van de wil rapporteerde, maar niet zelf de wil *was*. (Ridley 2003, p. 273.)

Dieren beschikken niet over onze talige vermogens om over de wil te rapporteren, zodat zij op een andere manier zullen moeten laten blijken wat ze willen. Hoe verschillend maakt echter een huisdier als de kat ons duidelijk wat ze wil als we dat vergelijken met de manier waarop wij mensen dat plegen te doen:

Je opent de deur van de koelkast en de kat komt eraan, bepaalde geluidjes makend. Ze praat dan niet over lever of melk, hoewel je dat correct mag afleiden en haar dat misschien geeft. Wat ze eigenlijk zegt is iets over de relatie tussen haarzelf en jou. Als je haar boodschap in woorden zou vertalen, zou het iets zijn als "Afhankelijkheid, afhankelijkheid, afhankelijkheid!" In feite praat ze over een nogal abstract patroon binnen een relatie. Vanuit het aanroepen van dat patroon wordt er van jou verwacht dat je van het algemene naar het specifieke gaat – dat je "melk" of "lever" afleidt. (Bateson 1972, p. 470.)

Mensen kun je de situatie voorleggen van henzelf die de koelkastdeur openen, waarop de kat, die dat gehoord heeft, aan komt trippelen en geluidjes begint te maken; op de vraag "Wat wil die kat?", geven vrouwen meestal het antwoord "Aandacht"; mannen zeggen meestal "Melk". Vermoedelijk hebben beiden voor de helft gelijk, de vrouwen voor de eerste en de mannen voor de tweede. Wat de kat namelijk wil is dat je je in haar verplaatst en *van daaruit* begrijpt dat het melk is wat ze wil. Ze wil dus geen 'kale' aandacht (dat is een aardig begin, maar het wordt niet afgemaakt) en ze wil ook geen 'kale' melk (dat maakt het wel af, maar het begin ontbreekt). Wat ze dus eigenlijk wil, is melk-met-een-gouden-randje.

Van daaruit is het maar een klein stapje naar een ingenieuze theorie die oorspronkelijk van de Fransman Lacan afkomstig is en die besproken wordt in Anthony Wilden 1972 (p. 23–5). Lacan onderscheidt drie begrippen: Behoefte, Eis en Verlangen. Onder Behoeftes verstaat hij de dingen die een kind wil; het geeft die wil te kennen door bijvoorbeeld te gaan huilen (het 'onschuldige' huilen, en niet het 'strategische' huilen van het verwende kind dat zijn zin niet krijgt). Die Behoefte lijkt nog het meest op datgene wat Batesons kat bij de koelkast wil: je in haar verplaatsen en van daaruit begrijpen dat het melk is wat ze wil. Mensenkinderen overkomt echter een ramp: die krijgen vaak van hun omgeving te horen "Hou op met dat gejam en zeg gewoon wat je wilt!"; dat kan een flesje prik zijn, een bal, een speelkameraadje of gewoon een knuffel. Door van kinderen te eisen dat ze in woorden duidelijk maken wat ze willen, worden ze gedwongen een Behoefte om te zetten in een Eis. Die omzetting van

huilen naar “Ik wil een bal/knuffel!” betekent echter dat ze een ‘kale’ bal of een ‘kale’ knuffel krijgen en niet meer een bal/knuffel-met-een-gouden-randje. Dat verlies van empathie genereert het Verlangen. Het Verlangen is niet een verlangen naar iets specifiek, maar naar datgene wat bij de omzetting van Behoeftes naar Eis is weggefallen: het zich in je verplaatsen en het van daaruit begrijpen wat je wilt. Het gouden randje om de dingen dus. Als kinderen eenmaal gesocialiseerd zijn in het omzetten van Behoeftes naar Eisen, begint die omzetting niet alleen een tweede natuur te worden, maar bestaat ook de mogelijkheid dat ze het Verlangen – dat meestal wordt ervaren als een innerlijke leegte – proberen op te vullen met nieuwe Eisen. Het aantrekkelijke van de poging het Verlangen te vullen is dat mensen meestal worden geleid door de hoop dat als ze dat-en-dat eenmaal hebben, het leven in alle hevigheid los kan barsten. Dat losbarsten gebeurt natuurlijk nooit, want na een tijdelijke opluchting klopt het Verlangen, dat door die nieuwe Eisen alleen maar groter is geworden, weer aan hun deur. En zo strompelen ze van Eis naar Eis, tot de dood alles uitwist.

Ziedaar de zwartgallige existentiële situatie waarin met name de westerse mens zich volgens Lacan en Wilden bevindt. Of dat lot echter zo onontkoombaar is als ze beweren, is een open vraag. Aan de ene kant is de indoctrinatie om Behoeftes om te zetten in Eisen massief (die manifesteert zich onder meer in het streven naar ‘mondigheid’). Zo massief dat de opvoedkundige spreuk

Kinderen die vragen
worden overgeslagen

beter kan worden vervangen door

Kinderen die *niet* vragen
worden *zéker* overgeslagen

Aan de andere kant blijven de diepere vaardigheden van mensen intact, ook al worden die nauwelijks gebruikt. Het moet dan ook mogelijk zijn deze vaardigheden een nieuwe impuls te geven door bijvoorbeeld een intensieve omgang met romans, poëzie, muziek, en oriëntaalse filosofieën als zen en tao. Misschien dat langs deze weg de alomtegenwoordige *demanding attitude* kan worden doorbroken, wat de weg zou vrijmaken voor een solitair genoeg dat de Japanse dichter Tachibana Akemi had kunnen beschrijven, maar dat in feite een poging tot poëzie mijnerzijds is (zie voor diens andere solitaire genoegens Bownas & Thwaite 1964, p. 135–6):

What a delight it is
When a friend offers you something
You've always wanted
But were afraid to ask
Because you felt you shouldn't

Inderdaad, ieder van ons weet wat een genoegen het is met mensen om te gaan bij wie het niet nodig is om wat je wilt tot in detail onder woorden te brengen, en, omgekeerd, wat een ellende het is om steeds weer te moeten specificeren wat je wilt. De eerste soort situaties leveren immers een sfeer op vol welwillendheid, soepelheid en vriendelijkheid, waarin ruimte is voor empathie en intuïtie; de tweede een sfeer vol vliegenafvangerij, inflexibiliteit en berekening, waarin slechts ruimte is voor verbale ondubbelzinnigheid.

Juist om gebruik te maken van die ruimte voor empathie en intuïtie is in proloog en naschrift de vraag naar het opzet niet behandeld als een van het type 'Hoe hoog is de Mont Blanc?' (4807 m overigens), maar meer van het type 'Hoe klinkt een klarinet?' Vandaar dat in dit naschrift wordt gesproken over "het aroma van het voorwaardelijk opzet", een spraakgebruik dat u, toen u dat voor het eerst tegenkwam, misschien wat vreemd in de oren klonk.

3.4 Meerwaarde van intuïtieve benadering

Met dit kopje begint de slotparagraaf van *ieder* naschrift. In deze paragraaf zal in het kort worden geschetst wat bij het begrijpen van het strafrechtelijk leerstuk dat in proloog en naschrift aan de orde is geweest, de meerwaarde is van een intuïtieve benadering ten opzichte van een benadering die intellectueel, rationeel, digitaal, verbaal en logisch is. Veelal is die meerwaarde al besproken in het naschrift zelf, en wordt die bespreking hier – in soms andere bewoordingen – samengevat.

Vanwege de overzichtelijkheid zal deze paragraaf worden verdeeld in vier subparagrafen.

3.4.1 *Analoge karakter 'voorwaardelijk opzet'*

De eerste meerwaarde van een intuïtieve benadering van opzet en culpa is dat het zicht blijft bestaan op het feit dat veel begrippen die bedoeld zijn om de subjectieve belevingswereld van mensen te duiden, vrijwel allemaal een analogoog karakter hebben. Zij zijn niet als de digitale begrippen die zijn ontleend aan de regelsystemen voor het verklaren van de wetmatigheden in de wereld om ons heen, zoals het aan de wiskunde ontleende begrip 'oneven getal' of het biologi-

sche begrip ‘zwanger’. Deze begrippen hebben een ‘alles-of-niets’-karakter en zijn niet schaalbaar in de zin dat er een prototype van bestaat waarvan in meer- of mindere mate kan worden afgeweken. Zo is een getal even of oneven en is een vrouw zwanger of niet, zonder dat hiervan tussencategorieën bestaan. Een analoog begrip als ‘opzettelijk’ kent wel tussenvormen. Zo bestaat in het strafrecht het begrip ‘voorwaardelijk opzet’, waarvan het spectrum honderden half- en tussentonen kent. Het naschrift onderkent in het voorwaardelijk opzet twee prototypen, die zich ieder aan een tegengestelde pool van dit spectrum bevinden. De eerste hiervan is een actieve en agressieve variant (“Ik hoop dat het gevolg intreedt”), en de tweede is passief en gelaten (“Als het gevolg intreedt, dan zij het zo”), terwijl er meer tussenvormen zijn dan kleuren in een herfstbos. Het doen alsof ‘voorwaardelijk opzet’ een digitaal begrip is dat aanwezig is of niet, zorgt ervoor dat een verdachte met voorwaardelijk opzet op een gevolg *steeds* kan worden veroordeeld wegens poging indien het gevolg niet intreedt; in een intuïtieve benadering zoals voorgestaan in het naschrift, is een veroordeling wegens poging *alleen* mogelijk als zijn variant van het voorwaardelijk opzet actief en agressief is, terwijl die niet mogelijk is als de variant passief en gelaten is. Dat betekent dat ‘voorwaardelijk opzet’ een gradueerbaar begrip is, waarvan in het ene geval kan worden gezegd dat er ‘genoeg van aanwezig is’ om tot een veroordeling wegens poging te komen, maar in het andere dat er ‘niet genoeg van is’ om zo’n veroordeling te rechtvaardigen. Dat alles in schrille tegenstelling tot een digitaal begrip als ‘zwanger’, zoals ouders hanteren die hun dochters op het hart drukken dat één keer met een jongen naar bed gaan al voldoende kan zijn, omdat het nu eenmaal niet mogelijk is een ‘beetje zwanger’ te zijn.

3.4.2 *Geen plaats voor objectieve aanmerkelijkheid*

Een tweede meerwaarde is dat de intuïtieve benadering onmiddellijk laat zien dat de opvatting “Er is pas voorwaardelijk opzet als de kans op het intreden van een gevolg naar objectieve maatstaven aanmerkelijk is” op zijn minst dubieus is. In de eerste plaats omdat de aanwezigheid van een subjectief bestanddeel (het voorwaardelijk opzet) dan af gaat hangen van een objectief gegeven (de aanmerkelijkheid van de kans); in de tweede plaats omdat dat subjectieve bestanddeel aanwezig kan zijn *hoewel* de objectieve kans op het gevolg klein is. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat er geen enkel verband is tussen het subjectieve bestanddeel en de aanmerkelijkheid van de kans: als de kans erg klein is, heeft het weinig zin te gaan informeren naar een eventueel voorwaardelijk opzet, terwijl de omstandigheid dat de dader grote risico’s neemt, erop kan wijzen dat er voorwaardelijk opzet aanwezig is. Daarbij is het verband tussen het voorwaar-

delijk opzet en de aanmerkelijkheid van de kans nimmer *rechtstreeks*, ook al spoort die opvatting met de – ook onder juristen wijdverbreide – opvatting dat het objectieve ‘je-van-het’ is.

Voor een deel komt deze tweede meerwaarde ook tot uiting in (geschriften over) recente jurisprudentie van de Hoge Raad. Allereerst ligt er de conclusie van A-G Jörg voor HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 (HIV-besmetting I), waarin deze zowel aangaf dat de aanmerkelijkheid van de kans in de meeste gevallen vrijwel niet te geven is (vooral niet waar het eenmalige gebeurtenissen betreft), als ook dat – als die kans al te kwantificeren is – daarmee nog niet gegeven is hoe groot die moet zijn, omdat het in hoge mate afhangt van de ernst van het gevolg wanneer de kans aanmerkelijk is. Daarnaast concludeerde A-G Wortel voor HR 6 september 2005, NJ 2006, 50 over een zaak waarin verdachte opzettelijk had geschoten op een raam van een huis waarin zich de zus van verdachtes ex-vrouw bevond (en het hof hem had veroordeeld wegens poging tot doodslag); in die conclusie gaf Wortel aan de nodige reserves te hebben omtrent de manier waarop de Hoge Raad sinds HR NJ 2003, 552 omging met het voorwaardelijk opzet, en met name over de kwantificering van de aanmerkelijke kans. Desalniettemin concludeerde hij tot verwerping van het cassatieberoep, waarin de Raad hem echter niet volgde: de kans dat het schot het slachtoffer dodelijk zou treffen, was niet aanmerkelijk genoeg. In de derde plaats zijn er legio geschriften gepubliceerd over HR NJ 2003, 552 (HIV-besmetting I), HR NJ 2003, 555 (HIV-besmetting II) – beide reeds in de tekst besproken –, HR 18 januari 2005, NJ 2005, 154 (HIV-besmetting III), alsmede over HR 20 februari 2007, LJN AY9659 (HIV-besmetting IV). In het bijzonder wordt hier aandacht besteed aan een artikel van C.J. van der Wilt, dat onder de veelzeggende titel ‘De Hoge Raad vertilt zich wederom aan de HIV-problematiek’ verschenen is in *Delikt en Delinkwent* (Van der Wilt 2007). Het daarin besproken arrest van 20 februari 2007 ging over een geval waarin verdachte reeds zijn besmetting aan het slachtoffer had overgedragen, zodat het niet gebleven was bij een poging tot zware mishandeling maar de zware mishandeling zelf al had plaatsgevonden. Ondanks het feit dat verdachte zijn partner gedurende een relatie van vijf maanden geregeld anaal had gepenetreerd én hem had voorgelogen over zijn eigen hiv-besmetting, achtte de Hoge Raad de kans op besmetting niet aanmerkelijk genoeg, zodat hij werd vrijgesproken van zware mishandeling wegens het ontbreken van voorwaardelijk opzet. Van der Wilt vraagt zich af of het na dit arrest nog wel mogelijk is iemand in een hiv-zaak veroordeeld te krijgen (vermoedelijk alleen nog de door hem zo genoemde *desperado*⁷), zodat het

7 Misschien kan iemand als Linda Meerval, de hoofdfiguur uit mijn casus voor het vak Oefenrecht-bank (Bijlagen p. 317 e.v.) als een *desperado* worden aangemerkt.

strafrecht ten enenmale ongeschikt is geworden voor de aanpak van de hiv-problematiek. Hij vraagt zich af of het er de Hoge Raad al niet van meet af aan om te doen is geweest voor zo'n aanpak de weg van het reguliere strafrecht af te sluiten. Die afsluiting komt neer op een rechtspolitieke keuze, die echter verdoezeld wordt door onmogelijke eisen te stellen aan het voorwaardelijk opzet. Die laatste opvatting is zo gek nog niet, gezien het feit dat de Raad het hoven geregeld toestaat op een ouderwetse manier om te gaan met het voorwaardelijk opzet; ouderwets in die zin dat er weliswaar op een gedegen wijze wordt geopereerd, maar dat er niet gerept wordt over de statistische aanmerkelijkheid van het intreden van een gevolg (vgl. HR 19 juni 2007, LJN BA2104 (Savanna)).

3.4.3 *Pre-intellectueel bewustzijn*

Een derde meerwaarde is de aandacht voor een 'pre-intellectueel bewustzijn', een besef van de mogelijkheid dat een gevolg intreedt zonder dat dat bewustzijn intellectueel is verwerkt en uitgegroeid tot hetzij een volwaardig voorwaardelijk opzet ("Ik ben me bewust van de mogelijkheid dat het gevolg intreedt, maar of het dat doet, kan me eigenlijk niet schelen"), hetzij een volwaardige bewuste culpa ("Ik ben me van dat mogelijke intreden bewust, maar ik vertrouw erop dat het gevolg niet zal intreden" – de verbale weergave van vertrouwen heeft iets kunstmatigs: als je ergens op vertrouwt, ben je niet in staat onder woorden te brengen *waarop* je dan vertrouwt; m.m. geldt hetzelfde voor onverschilligheid). Het is een bewustzijnstoestand die nog het meest lijkt op die waarin je weet dat je iets dreigt te vergeten, zonder te weten wat dat iets is; nog bekender is de toestand dat je niet op een naam kan komen die je weet, weet dat je 'm weet, de naam op de punt van je tong ligt, maar op de een of andere manier niet te binnen wil schieten. (Meestal komt die pas als je ophoudt ernaar te zoeken en je even ontspant.) Dat pre-intellectuele bewustzijn, dat voorafgaat aan een volwaardig opzet of een volwaardige culpa, manifesteert zich in – zoals het naschrift het omschrijft – "een bang voorgevoel, een onbestemd gevoel van dreigend onheil, een 'rilling over de rug', of iets dergelijks" indien men ingaat tegen oude, evolutionair verankerde angsten. Dit pre-intellectuele bewustzijn (het naschrift spreekt van een "minimaal bewustzijn") kan op een aantal wijzen in het strafrecht een rol spelen. De eerste komt in dit naschrift aan de orde: het minimale bewustzijn, dat langs empathische weg uit de situatie kan worden afgeleid ("Bij deze stand van zaken kan het niet anders dan dat de dader zoiets ervaren heeft"), kan worden gebruikt om iemand te vervolgen en veroordelen wegens een met culpa begaan delict, hoewel het minimale bewustzijn nog niet is uitgegroeid tot

een volwaardige culpa. De tweede zal nog aan de orde komen in Naschrift Deelneming bij het onderdeel ‘medeplegen’: het minimale bewustzijn leent zich ervoor aan een mededader te worden overgedragen, hoewel het nog niet onder woorden gebracht kan worden. Maar daarin ligt de kracht van analoge communicatie, die bij uitstek kan worden gedetecteerd door een intuïtieve benadering.

3.4.4 *Ten slotte*

Lezers vragen zich wellicht af of het lastig is tot een intuïtieve benadering te komen. Dat hangt ervan af of zij functioneren vanuit de empirie of vanuit de theorie. In het tweede geval (de theoreticus) is dat inderdaad lastig, in het eerste is het een fluitje van een cent. Eigenlijk is de empiricus al van nature ‘geworteld in de concrete situatie’, wat hem/haar in staat stelt op een intuïtieve wijze met casusmateriaal om te gaan. Dat materiaal kan zowel werkelijk bestaand zijn (gevallen uit de jurisprudentie) of fictief (door anderen of henzelf gemaakt). Bij de omgang met dat materiaal heeft de intuïtie vrij spel en kan alle richtingen uitgaan die maar gewenst zijn. Dan blijkt al snel dat de intuïtie accurater en panoramischer is dan het intellect. Die allesomvattende optiek lijkt te impliceren dat voor een intuïtieve benadering veel meer tijd nodig is dan voor een intellectuele, maar het rare is dat dat niet zo is: er is nauwelijks tijd nodig voor zo’n panoramisch overzicht, want op de een of andere manier heeft het organisme dergelijke gegevens al lang verwerkt alvorens aan het intellect te melden dat “hier eigenlijk iets heel vreemds aan de hand is”. Zo is de intuïtie niet alleen accurater en panoramischer, maar ook veel sneller!

4 Proloog Causaliteit

In het gedeelte van deze proloog vóór het intermezzo (4.3) hoop ik te laten zien dat de vraag naar de causaliteit sec slechts gaat spelen bij de zogenoemde door het gevolg gekwalificeerde delicten. Dat speelt alleen daar omdat bij delicts-omschrijvingen die opzet of culpa op een gevolg eisen, de vraag naar de causaliteit wordt afgeschermd door de vraag naar de aanwezigheid van het vereiste subjectieve bestanddeel: indien uit een handeling een onverwacht gevolg voortvloeit, is het niet de vraag of tussen handeling en gevolg een causaal verband bestaat, maar of de afwijking van het voorgestelde causale verloop nog te rijmen is met verdachtes opzet/culpa. Aangezien bij de door het gevolg gekwalificeerde delicten de causaliteit nog wel als zodanig aan de orde is, wordt het strafrecht daar opgezaagd met een probleem dat in de cognitieve wetenschap bekendstaat als het *frame problem*. Wat dat is en hoe het strafrecht dat oplost, vindt u in het gedeelte van de proloog vanaf het intermezzo.

Laten we echter beginnen met de klassieke optiek op de causaliteit.

4.1 Klassieke optiek

Het mens- en wereldbeeld dat aan onze cultuur ten grondslag ligt, is geordend langs de lijnen van een dualisme tussen enerzijds de onbewuste materie en anderzijds de bewuste geest. In dit beeld is de materie op zichzelf passief en in rust verkerend; bewegingen daarin ontstaan alleen door een gewild en bewust ingrijpen van de geest. De Engelse natuurkundige Newton, die in de zeventiende

eeuw voor het eerst de principes van de zwaartekracht beschreef, illustreerde dit beeld met de metafoor van het biljarten: de biljartballen (= de passieve materie) gaan pas rollen na een stoot met de biljartkeu (= het ingrijpen van de geest). Dat betekent dat iedere beweging in de materie uiteindelijk terug te voeren is tot een intentionele ingreep van de geest, een ingreep die van die beweging de *oorzaak* is (in het Latijn *causa*). Daarom zoekt men voortdurend het antwoord op vragen als “Wat is hiervan de oorzaak?”, “Hoe komt dit?” en “Waarmee is dit begonnen?” De motor achter deze onophoudelijke en rusteloze speurtocht – die een hoogtepunt bereikt in de bloei van de (toegepaste) natuurwetenschappen – is het idee dat als je de oorzaak van bepaalde processen kent, je die processen kunt beheersen of zelfs kunt nabootsen. Op materieel terrein is deze benadering buitengewoon succesvol: het levert ons onmiskenbare zegeningen op als – ik spreek nu even voor mezelf – geluidsapparatuur, tekstverwerkers, multifocus-brillen en verdoving bij tandheelkundige behandelingen.

Het succes van de natuurwetenschappelijke benadering is voor velen een wenkend perspectief geworden, iets van: “Dat moeten we op ons vakgebied ook hebben.” Het heeft ertoe geleid dat het zeventiende-eeuwse biljartbaldenken klakkeloos is overgenomen op (inter)menselijk terrein, waar dit denken verworpen is tot een seculiere ideologie die niet alleen hele vakgebieden als sociologie en psychologie doordeesemt, maar ook doordringt tot de politiek (‘de maakbare samenleving’) en zelfs tot de opvoeding (‘het maakbare individu’).¹ Die benadering blijkt daar echter in het geheel niet te werken, zoals iedere krantenlezer weet. Het gevolg van het dualisme is dan ook dat we ons bestaan moeten slijten in een wereld die van alle gemakken is voorzien, maar waar het vaak niet te harden is van de vervreemding, kunstmatigheid of onbenulligheid. In die *air-conditioned nightmare* worden we vaak bevangen door het beangstigende gevoel dat we intelligente buitenstaanders zijn in een wereld die verder van stompzinnigheid aan elkaar hangt. Zoals de Engelse dichter Housman het uitdrukte:

I, a stranger and afraid
in a world I never made²

Hoe dan ook, het wenkend perspectief van de natuurwetenschappelijke benadering heeft er mede toe geleid dat ook het strafrecht vergeven is van het

1 Die ideologie wordt door Steven Pinker het ‘Standard Social Science Model’ genoemd (Pinker 1995, p. 405–8); zie voor een monografie over deze ideologie Pinker 2002.

2 Uit ‘The laws of God, the laws of man’, Last Poems XII.

biljartbaldenken. Om dat te laten zien ga ik allereerst in op de klassieke benadering van de causaliteit zoals die in het strafrecht gestalte krijgt.

4.2 Klassieke causaliteit in strafrecht

De vraag naar de causaliteit doet zich voor bij de zogenoemde materiële delicten, de delicten waar het intreden van een bepaald gevolg een bestanddeel is. Materiële delicten kunnen worden onderverdeeld in drie groepen, die in de volgende subparagrafen afzonderlijk zullen worden belicht: opzettelijke gevolgsdelicten (4.2.1), culpose gevolgsdelicten (4.2.2) en door het gevolg gekwalificeerde delicten (4.2.3).

Een voorbeeld van zo'n materieel delict – in de vorm van een delict dat door het gevolg wordt gekwalificeerd – is mishandeling de dood ten gevolge hebbend (art. 300 lid 3). Daar moet een causaal verband bestaan tussen de activiteit(en) van de dader en de dood van zijn slachtoffer. Aangezien de tenlastelegging er moeilijk omheen kan het causale verband tussen gedraging en gevolg te omschrijven in termen als “waardoor”, “als gevolg van”, “werd veroorzaakt” et cetera, is het ten laste gelegde niet bewezen indien de causaliteit ontbreekt. Daarmee komt de vraag naar de causaliteit aan de orde bij de vraag of de ten laste gelegde gedraging *tot het gevolg heeft geleid*.

Voor alle duidelijkheid: de causaliteit kan natuurlijk ook ontbreken doordat er geen *gedraging* was die tot het gevolg heeft geleid. Indien bijvoorbeeld een man ten laste wordt gelegd dat hij zijn vrouw zodanig heeft mishandeld dat ze daar een blauw oog aan overhield, is er ook geen causaal verband als blijkt dat ze niet door hem geslagen is maar tegen een keukenkastje is aangelopen. In dat geval wordt de uitdrukking “Er is geen causaal verband” niet gebruikt om aan te geven dat het verband tussen handelen en gevolg ontbreekt, maar om tot uiting te brengen dat verdachte überhaupt niet gehandeld heeft. Die wijze van formuleren is buitengewoon ongelukkig, omdat de mededeling “De causaliteit ontbreekt” dan twee dingen kan betekenen: (a) verdachte heeft niet gehandeld, en (b) verdachte heeft wel gehandeld, maar er is geen verband tussen zijn handelen en het gevolg. En u hoeft echt geen graad in de logica te hebben om te zien dat (a) en (b) elkaar uitsluiten. Om het verwarren van die twee mogelijkheden te vermijden, komt in deze proloog alleen (b) aan de orde en is (a) uitdrukkelijk uitgesloten. Als we even terugkeren naar het voorbeeld van daarnet: de proloog veronderstelt dus dat verdachte wel degelijk zijn vrouw heeft mishandeld en sluit uit dat ze tegen het keukenkastje is aangelopen, bij het sporten een bal op haar oog heeft gekregen of op een andere wijze zichzelf heeft geblesseerd.

Er moet dus tenminste een gedraging van verdachte zijn, die doorgaans zijn sporen heeft nagelaten. Zo'n nagelaten spoor blijkt bijvoorbeeld uit een deskundigenrapport ("Onderzoek heeft aangetoond dat het bloed op de voorbumper van de auto afkomstig is van het aangereden kind") of – even vooruitlopend op een nog te bespreken geval – uit een verslag van de lijkschouwer ("Mevrouw had water in haar longen, zodat ze nog moet hebben geleefd toen haar lichaam in het water werd gegooid"). Dergelijke rapporten van bètawetenschappers als patholoog-anatomen en DNA-onderzoekers leggen een empirisch, natuurwetenschappelijk of fysisch verband tussen de gedraging van verdachte en het gevolg. Zo'n fysisch verband móet er zijn, want zonder een dergelijk verband kunnen we een verder gesprek net zo goed staken. Dan is het immers mogelijk dat verdachte helemaal geen kind heeft aangereden maar in het vliegtuig naar Madagaskar zat, of dat mevrouw al overleden was toen haar lijk in de waterweg werd gegooid. Indien dergelijke mogelijkheden zouden openblijven, zou in feite de bodem komen te ontvallen aan een zinnige behandeling van dit onderwerp.

4.2.1 *Opzettelijke gevolgsdelicten*

De eerste groep materiële delicten zijn de opzettelijke gevolgsdelicten (bijv. doodslag, art. 287). Daarbij moet verdachtes opzet op het gevolg zijn gericht, zodat de vraag naar de causaliteit wordt afgeschermd door de vraag naar het opzet. Indien namelijk dat opzet ontbreekt, volgt reeds om die reden vrijspraak. Dat betekent dat er geen ruimte meer is voor de vraag naar de causaliteit. Die lijkt zich voor te doen als het (opzettelijke) handelen van verdachte onverwachte gevolgen heeft, maar dat is slechts schijn: het is dan niet de vraag of er tussen het handelen en het gevolg een causaal verband is, maar of de afwijking van het voorgestelde causale verloop nog past binnen het opzet van verdachte (voorbeelden komen vanaf p. 96). Met andere woorden: opzettelijke gevolgsdelicten zetten de causaliteitsvraag om in een opzetvraag.³

Laat ik vooropstellen dat er bij dit type delicten in negenennegentig van de honderd gevallen helemaal geen verschil bestaat tussen wat er werkelijk is

- 3 Het omzetten van de causaliteitsvraag in een opzetvraag betekent alleen dat het opzet de causaliteit afschermt, en natuurlijk niet dat het opzet *de plaats inneemt* van de causaliteit. Dat zou ons namelijk veroordelen tot een soort voodoo. Ga maar na. Als u vurig wenst dat uw vijand bij een vliegtuigongeluk om het leven komt en dat gebeurt ook, is dat alleen een wens die in vervulling gaat. En omdat wensen, hoe vurig ook, nu eenmaal geen vibraties uitzenden die langs telekinetische weg een vliegtuig doen neerstorten, bent u niet strafrechtelijk aansprakelijk. Doodslag komt immers pas in beeld als u ook iets gedaan hebt om die wens in vervulling te doen gaan, bijvoorbeeld door een bom te verstoppen in uw vijands bagage. Ziet u dat ook hier een *gedraging* van verdachte (plus een bijbehorend fysisch verband) minimumvoorwaarde is voor een zinvolle bespreking?

gebeurd en wat de dader zich voorstelde dat er ging gebeuren. Het zijn de gevallen waarin verdachte zijn slachtoffer een kogel door het hoofd jaagt, met een slagersmes herhaaldelijk in de buik steekt, een bom laat ontploffen aan boord van het vliegtuig, enzovoorts. In al deze gevallen voert de dader zijn oogmerk op een effectieve wijze uit.

Eén kanttekening spreekt bijna vanzelf: verdachte hoeft niet te weten hoe het causale verband *exact* is verlopen. Als verdachte een ander van het leven heeft beroofd door hem herhaaldelijk met een slagersmes in de buik te steken, hoeft onze verdachte niet te weten of zijn slachtoffer is overleden door perforatie van lever, milt, alveesklier en/of maag, als gevolg van in- of uitwendig bloedverlies, dan wel aan een hartstilstand of aan zuurstofgebrek in de hersenen. Het is voldoende dat hij weet dat herhaaldelijk steken met een mes in de buikstreek een adequaat middel is een ander van het leven te beroven. Dicht tegen een dergelijk geval aan ligt HR 8 juni 1971, NJ 1972, 90 (Bijlmer doodslag):

Op een nacht in november laten twee mannen een derde man geheel naakt achter op een verlaten terrein, nadat ze hem de kleren van zijn lijf hadden gerukt en hem hadden geschopt en geslagen. Het is bitter koud ($\pm 5^\circ$) en het slachtoffer had veel gedronken voor hij door zijn twee aanvallers werd belaagd. De volgende morgen wordt de man dood op het terrein aangetroffen.

De getuige-deskundige verklaart in zijn sectierapport: “De dood van het slachtoffer is het gevolg geweest van een combinatie van a) door mij bij de sectie gevonden hartafwijkingen, b) alcoholgebruik hetwelk heeft geleid tot de aanwezigheid van 2,15 promille alcohol in het bloed en c) koudeprikkels (en eventueel verdere afkoeling) waaraan hij was en bleef blootgesteld.”

Stel dat in de strafzaak tegen een van hen – ten laste gelegd is doodslag (art. 287) – de raadsman het volgende verweer zou voeren:

De dood van het slachtoffer is het gevolg geweest van de drie door de patholoog-anatoom genoemde factoren waarmee – althans voorzover het de hartafwijkingen betreft – mijn cliënt onbekend was.

Een dergelijk verweer is even ingenieus als kansloos: een verdachte hoeft niet te weten wat er *precies* is gebeurd, zolang zijn gedrag op zichzelf geëigend is om tot de dood van zijn slachtoffer te leiden. En dat is het: kijk maar naar de omstandigheden waaronder de man op het terrein werd achtergelaten.

Brengt dat met zich dat verdachte ook aansprakelijk is als er *iets anders* gebeurt dan hij zich had voorgesteld? Bezie daartoe eens de volgende casus:

Pierre, die al jaren met Thérèse samenwoont, heeft op een receptie Brigitte leren kennen, de enige dochter van een schatrijke bankier. Brigitte valt voor Pierre en wil zo snel mogelijk met hem trouwen. Pierre voelt daar ook wel voor, want zijn toekomst is dan financieel verzekerd. Het enige obstakel voor de toekomstplannen van Pierre is Thérèse. De perfide Pierre ziet geen betere oplossing dan een ‘perfecte moord’ en nodigt Thérèse uit voor een boottochtje op het meer (hij weet dat zij niet kan zwemmen). Op een gegeven moment duwt hij het meisje overboord, laat de boot kapseizen en bereikt zwemmend de oever. Zijn verhaal – de boot kapseisde per ongeluk en hij kon zijn vriendin niet redden – wordt met enige scepsis aangehoord. Die scepsis slaat om in regelrechte verdenking als het lijk van Thérèse aanspoelt: volgens de patholoog-anatoom is zij niet verdronken, maar overleden aan een schedelbasisfractuur. Nader onderzoek toont aan dat Thérèse met haar hoofd tegen de kielbalk van de boot is geslagen toen Pierre haar overboord duwde.

Kan Pierre desondanks worden veroordeeld wegens moord (art. 289)?

Volgens mij wel: het werkelijke causale verloop wijkt hier slechts zo weinig af van wat Pierre zich had voorgesteld dat die afwijking er niet toe doet. Pierre kan dus gewoon worden veroordeeld wegens moord.⁴

In de volgende casus wordt echter een grens bereikt:

Als de 58-jarige baron de Grèves onverwachts thuiskomt, hoort hij dat zijn 18-jarige vrouw instructies geeft aan een bediende een brief te bezorgen bij graaf d’Alembert. Omdat zijn vrouw de bediende op het hart drukt het schrijven alleen aan de graaf in persoon af te geven, voelt de baron nattigheid. Hij sommeert de bediende het schrijven dan ook aan hém te overhandigen. Het blijkt een liefdesbrief te zijn, waarin de barones haar leeftijdgenoot d’Alembert een rendez-vous voorstelt “als mijn echtgenoot – met wie het in bed zelden echt genieten is – weer eens op reis is naar het buitenland”. In alle staten pakt de baron zijn pistool, stormt het boudoir van barones de Grèves binnen en schiet op zijn vrouw. Het schot raakt niet haar lichaam maar slechts haar pruik; niettemin valt barones de Grèves in katzwijn. Als baron de Grèves zijn vrouw op de vloer ineens ziet liggen, krijgt hij spijt van zijn onbesuisde driftbui: hij realiseert zich dat het leven van zijn vrouw veel meer voor hem betekende dan zijn reputatie als competent minnaar. Om tegenover de buitenwereld echter een onbevlekt blazoen te kunnen ophouden, besluit baron de Grèves de doodslag geheim te houden en het lijk van

4 Omdat het gedeelte van het opzet waar de bewuste geest toegang toe heeft (datgene wat de dader zich voorstelde dat er ging gebeuren) altijd omgeven is door een *cloud of unknowing* omtrent wat er werkelijk gebeurt – uitgebreid daarover 2.1.4 van Proloog Opzet en Culpa (p. 45) –, mag niet worden geëist dat de dader *precies* weet wat er gaat gebeuren. Dat betekent ook dat het opzet van de dader niet wordt aangetast als er *iets anders* gebeurt dan hij zich had voorgesteld.

zijn vrouw te laten verdwijnen. Het vermeende dode lichaam gooit hij in een waterweg.

Door loslippigheid van de bediende komt een en ander aan het licht en vindt men het lijk van barones de Grèves. Lijkschouwing toont aan dat zij door verdrinking om het leven is gekomen, zodat de barones nog moet hebben geleefd toen de baron haar lichaam in het water gooide.

Het zal de baron ongetwijfeld hebben gespeten dat hij niet beter heeft nagegaan of zijn vrouw nog leefde, want dan had hij haar lichaam beslist niet in de waterweg gegooid. Met andere woorden: als hij zich ontdoet van haar vermeende lijk, is zijn opzet zelfs niet *voorwaardelijk* op haar dood gericht. En dat betekent dat de afwijking van het voorgestelde causale verloop niet meer wordt gedekt door baron de Grèves' opzet, zoals het dat nog wel deed in de casus van Pierre en Thérèse.⁵

Leer nu niet uit uw hoofd dat als de dader zich ontdoet van het vermeende lijk van zijn slachtoffer en het slachtoffer door déze handeling om het leven komt, de dader niet meer kan worden veroordeeld wegens opzettelijke levensberoving. Onder omstandigheden is dat namelijk wel degelijk mogelijk, zoals blijkt uit HR 26 juni 1962, NJ 1963, 11 (Moord op Marcel N.):

In de kelder van een flat trachtte een kappersbediende ontucht te plegen met een achtjarig jongetje, waartegen laatstgenoemde zich hevig verzette. Toen de kappersbediende zich realiseerde dat het jongetje thuis zou gaan praten over wat er gebeurd was, besloot hij dat tot elke prijs te voorkomen: hij nam zich voor het ventje om het leven te brengen. Daartoe ging hij een eind met hem rijden, waarbij hij zich gedurende de hele rit afvroeg wat de beste manier zou zijn om het joch te doden. Uiteindelijk stopte hij op een stille weg, wurgde het slachtoffer met een sjaal en dumpte het lijkje in een poldersloot.

Bij sectie bleek er water in de longen te zitten: het jongetje was dus niet gewurgd, maar verdrongen in de poldersloot.

Hier zult u zeggen: "Dat doet er niet toe. De kappersbediende wilde het jongetje dood hebben en dat ging hij ook." Dat ben ik hartgrondig met u eens. Ik zal u zelfs de reden aan de hand doen: verdachte had het lichaam van zijn slachtoffer-tje ook in de sloot gegooid als hij er zeker van was geweest dat de jongen nog leefde. Hij had dus op zijn minst *voorwaardelijk* opzet op diens dood. Ook het

5 Baron de Grèves kan dus niet worden veroordeeld wegens voltooide doodslag. Dat betekent evenwel niet dat hij vrijuit gaat: veroordelingen wegens poging tot doodslag (het schot op de barones) én wegens dood door schuld (haar verdrinkingsdood) liggen zeker in de rede.

hof was die mening toegedaan en veroordeelde de kappersbediende wegens moord (art. 289). Een deel van de bewezenverklaring luidde:

... dat de jongen is overleden, hetzij tengevolge van het aantrekken van de sjaal om de hals, hetzij tengevolge van het met het hoofd onder water in een sloot leggen.

De Hoge Raad ging akkoord met deze veroordeling; de raad nam er zelfs genoegen mee dat het hof in zijn bewezenverklaring de *precieze* doodsoorzaak in het midden liet.

De conclusie moet dus zijn dat afwijkingen van het voorgestelde causale verloop er niet toe doen als ze binnen het kader blijven van datgene waar verdachtes opzet toch al op gericht was; pas als ze buiten dat kader komen, wordt een en ander problematisch. Of die afwijkingen echter binnen of buiten het opzetkader vallen, hangt er niet van af hoe u de situatie *in abstracto* typeert (bijv. “De dood is veroorzaakt doordat de dader zich heeft ontdaan van het vermeende lijk van zijn slachtoffer”). Onder die abstracte typering valt immers zowel baron de Grèves als de kappersbediende. U moet dan ook verder kijken dan uw neus lang is en de concrete omstandigheden van het geval in ogenschouw nemen.

4.2.2 *Culpose gevolgsdelicten*

De casus van het echtpaar-de Grèves ligt dicht tegen situaties aan waarin de dader weliswaar niet het opzet heeft een ander te doden of ernstig te verwonden, maar waarin hem wel verweten kan worden dat hij bij zijn handelen geen rekening heeft gehouden met het intreden van een dergelijk gevolg. We hebben het hier over de culpose gevolgsdelicten, een tweede groep materiële delicten. Voorbeelden van culpose gevolgsdelicten zijn de art. 307 (dood door schuld) en 308 (zwaar lichamelijk letsel door schuld), alsmede art. 6 van de Wegenverkeerswet (dood en zwaar lichamelijk letsel door schuld in het verkeer). Exemplarisch voor dit soort gevallen is de volgende casus, ontleend aan HR 27 november 1962, NJ 1963, 513 (Binckhorstlaan):

Een bromfietser wil op een kruising links afslaan. Hij rijdt een andere bromfiets aan, die hem tegemoetkomt en die hij voor had moeten laten gaan. De aangereden bromfietser wordt in zijn vaart van 30 km per uur gestuit, slaat over het stuur van zijn brommer, klapt met zijn hoofd tegen het wegdek en komt te overlijden. Bij de lijkschouwing blijkt dat het slachtoffer een abnormaal dunne schedel had (een

zogenoemde eierschaalschedel). De verdachte wordt op correcte wijze dood door schuld in het verkeer ten laste gelegd (destijds art. 36 WVW, thans art. 6 WVW).

Tot welke uitspraak moet de rechter komen?

Zeg nu niet “Vrijspraak, want de causaliteit ontbreekt”, want daarmee geeft u de verkeerde reden, al noemt u – mogelijk per ongeluk – de juiste uitspraak. De reden is verkeerd omdat de causaliteit helemaal niet ontbreekt, althans niet in de zin dat het fysisch verband ontbreekt: de patholoog-anatoom stelde de keten vast ‘verkeersfout → aanrijding → over het stuur slaan → hoofd tegen wegdek → dood’. Waarschijnlijk bedoelt u “Ontslag van rechtsvervolging, want verdachte kon toch niet weten dat het slachtoffer een eierschaalschedel had?” Dat is beter: u praat nu niet meer over de causaliteit, maar over het *toerekenen* van de causaliteit, dat wil zeggen over de vraag of de dader het verwijt gemaakt mag worden dat hij niet wist van de abnormaal dunne schedel. U praat dus over de verwijtbaarheid. En zoals u weet, is de verwijtbaarheid een essentieel onderdeel van de culpa. Als de verwijtbaarheid ontbreekt, ontbreekt de culpa en volgt vrijspraak.⁶ Om dus niet meteen al in de fout te gaan, had u moeten zeggen “Vrijspraak, want verdachte kon toch niet weten dat het slachtoffer een eierschaalschedel had?”

In de vorige alinea heb ik het voornamelijk gehad over de formeelrechtelijke vraag welke uitspraak moet volgen *indien* verdachte had moeten weten dat het slachtoffer een eierschaalschedel had. Daarmee is echter nog niet de materieelrechtelijke vraag beantwoord *of* hij dat had moeten weten. Wat scherper geformuleerd: is het essentieel voor het aan verdachte te maken verwijt dat hij op de hoogte was van de eierschaalschedel? Essentieel zou dat zijn indien het een ongeval had betroffen dat slechts voor iemand met een flinterdunne schedel dodelijk was geweest, terwijl iemand met een normale schedel daar hooguit een buil of wat hoofdpijn aan had overgehouden. Als dat het geval was geweest, had de veroorzaker van het letale ongeval uiteraard moeten weten dat zijn mede-weggebruiker een dunne schedel had. Echter, het onderhavige geval ligt anders: hier wordt de aangereden bromfietser plotseling in zijn vaart gestuit – hij reed met zo’n dertig kilometer, dat wil zeggen met twee keer de snelheid van een gewone fietser –, slaat over het stuur van zijn brommer, komt met zijn hoofd op het wegdek terecht en overlijdt. Bij dit soort aanrijdingen speelt de extra-dunne schedel niet, want de dood was ook ingetreden als hij een normale schedel had gehad. Daarmee is het irrelevant geworden of verdachte wist dat het

6 Vrijspraak volgt dus niet omdat er iets mankeert aan de causaliteit, maar omdat culpose delictsomschrijvingen niet-ideaaltypisch zijn. Daarom zei ik in het begin dat u wellicht *per ongeluk* de juiste uitspraak hebt genoemd.

slachtoffer een fragiele schedel had: ook als hij daarvan niet op de hoogte was, mag de dood van de medeweggebruiker worden toegerekend aan de veroorzaker van het ongeval. De rechter mag verdachte dus gewoon veroordelen wegens dood door schuld in het verkeer.

Bij de derde groep materiële delicten, de zogeheten door het gevolg gekwalificeerde delicten, komt de causaliteit aan de orde zonder dat het probleem van opzet of culpa speelt. Voldoende is hier dat men (opzettelijk of culpoos) een gedraging heeft gesteld *waaruit een bepaald gevolg is voortgevloeid*. Hier is het voldoende dat er een fysisch verband bestaat tussen gedraging en gevolg, ook al was opzet noch schuld op dat gevolg gericht.⁷

4.2.3 Door gevolg gekwalificeerde delicten

Deze delicten zijn een restant van de *Erfolgshaftung*, een idee waarop – in een grijs verleden – het strafrecht van de Germanen was gebaseerd. In een stelsel dat volledig uitgaat van de *Erfolgshaftung* is een dader strafrechtelijk aansprakelijk voor alle gevolgen van zijn daad, ook al had hij die gevolgen niet gewild, ze niet voorzien en ook niet had hoeven voorzien, had hij voldoende voorzorgsmaatregelen getroffen, et cetera. Als een gevolg intreedt, is de dader daarvoor aansprakelijk. Punt uit. Omgekeerd is een dader alleen aansprakelijk als er ook daadwerkelijk gevolgen intreden. Al is de dader nog zo kwaadwillend, roekeloos of naïef-optimistisch, hij is niet aansprakelijk als zijn kwalijke optreden geen gevolgen heeft. Wederom punt uit.

De *Erfolgshaftung* heeft de charme van de eenvoud. Het is dan ook niet verwonderlijk dat ideeën eruit aanslaan bij jonge kinderen, getuige het navolgende citaat:

Piaget en Kohlberg laten zien dat er een periode is in de geestelijke ontwikkeling waarbij het kind een *objectieve* gedachte heeft over verantwoordelijkheid: het laat de morele (on)waarde van een gedraging afhangen van de tastbare gevolgen ervan, zonder dat het acht slaat op de instelling van de dader. De straf die moet volgen, wordt in zijn ogen slechts bepaald door de omvang van de aangerichte schade. Jean Piaget bestudeerde de morele houding van kinderen van verschillende leeftijden, waarbij hij keek naar hun reacties op twee korte verhalen:

In het eerste richt de jonge held – Giovanni – een grote schade aan: hij heeft vijftien glazen gebroken. Volgens het verhaal was dat puur toeval: Giovanni

7 Let wel: in deze hele paragraaf (4.2) bespreek ik de *klassieke* optiek, waarin een louter fysisch verband tussen handeling en gevolg voldoende is voor het aannemen van causaliteit. Dat thans ook nog wordt geëist dat het redelijk is dat verband toe te rekenen, is het onderwerp van 4.4.

kon niet weten dat het presenteerblaadje met de glazen achter de deur lag toen hij aan tafel werd geroepen.

In het tweede verhaal wilde de ongehoorzame jonge dader – Enrico – de verboden pot jam pakken. Bij die poging is alleen een glas stukgevalLEN.

Bij de vraag wie meer schuld heeft, Giovanni of Enrico, neigen de jongere kinderen ertoe alleen rekening te houden met de omvang van de schade en niet te kijken naar opzet of voorzienbaarheid: het slechtst is dus Giovanni. Vanaf een jaar of tien vindt de meerderheid van de kinderen Giovanni minder schuldig of helemaal niet schuldig, omdat hij niet kon weten dat het blaadje achter de deur lag.

Piaget verwerkt deze resultaten in zijn theorie van het ‘moreel realisme’: tot ongeveer het zevende jaar heeft het kind geen notie van subjectief toerekenen. Tot dan toe kan het slechts zien of iets wederrechtelijk is, dat wil zeggen of een handeling een regel schendt. Pas daarna begint het kind dit ‘moreel realisme’ te verfijnen en een idee van subjectieve verantwoordelijkheid te ontwikkelen. (Politoff & Koopmans 1991, p. 12.)

Hoe dan ook, delictsomschrijvingen die door het gevolg worden gekwalificeerd – dat wil zeggen die met een *hogere* straf worden bedreigd als er een bepaald gevolg uit voortvloeit –, vinden we nog steeds in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht. Het bekendst zijn de bepalingen omtrent de mishandeling, waar de straf hoger wordt naarmate het gevolg ernstiger is; zie art. 300, tweede en derde lid, en art. 301, tweede en derde lid, alsmede art. 302, tweede lid, en art. 303, tweede lid. Er zijn echter meer delicten die door het gevolg worden gekwalificeerd: de vrijheidsberoving (art. 282 lid 2 en 3, 282a lid 2 en 3, 283 lid 2 en 3), verscheidene delictsomschrijvingen uit titel 7 van boek 2 (misdrijven tegen de algemene veiligheid van personen of goederen), de openlijke geweldpleging (art. 141 lid 2), diefstal met geweldpleging (art. 312 lid 3), et cetera. In al deze gevallen hoeft niet te blijken dat verdachtes opzet of culpa op dat gevolg was gericht; in de klassieke opvatting is een fysisch verband tussen zijn gedraging en het gevolg voldoende.

Als echter een fysisch verband volstaat, kan dat tot ongerijmde resultaten leiden. Dan is namelijk in het volgende geval een causaal verband aanwezig:

Tijdens een caf  ruzie slaat Remco H. een fles kapot op het hoofd van Kevin. De hierdoor opgelopen snee in Kevins hoofd wordt in het ziekenhuis gehecht. Tevens constateert men dat er een stuk glas in het oog van Kevin is terechtgekomen, welk glas operatief verwijderd moet worden. Door gebrek aan operatieruimte en -personeel kan die ingreep pas de dag daarop plaatsvinden; Kevin wordt zolang naar huis gestuurd. Vóór hij de volgende ochtend onder narcose gaat, vraagt men Kevin of hij nuchter is. Kevin – die denkt dat men vraagt of hij alcohol heeft

gedronken – antwoordt: “Als een pasgeboren kalf.” Door het misverstand verzuimt hij te vertellen dat hij die ochtend een fors ontbijt genuttigd heeft. Als gevolg hiervan overlijdt Kevin tijdens de narcose, een niet ongewoon voorval als patiënten niet nuchter (d.i. zonder te hebben gegeten) onder narcose gaan.

Remco H. wordt mishandeling de dood ten gevolge hebbend (art. 300 lid 3) ten laste gelegd.

In de klassieke optiek is er een causaal verband tussen Remco’s mishandeling en Kevins dood, want voor een veroordeling is het genoeg dat de keten ‘kapotslaan fles → glas in het oog → operatie → dood’ kan worden vastgesteld. Die uitkomst zal u duidelijk maken dat door het gevolg gekwalificeerde delicten bij uitstek geschikt zijn gevolgen op het conto van de dader te schrijven die hem op andere wijze niet toe te rekenen zijn: als Remco vanwege hetzelfde gebeuren zou zijn vervolgd wegens doodslag (art. 287) of dood door schuld (art. 307), was hij ongetwijfeld vrijgesproken wegens het ontbreken van opzet respectievelijk culpa. Nu volstaat een eenvoudig fysisch verband om hem de dood van Kevin aan te rekenen.

Als een fysisch verband volstaat, kunnen we echter nog veel verder gaan dan in de zojuist geschetste casus. Wat dacht u van de gijzelnemer die wordt vervolgd ex art. 282a, derde lid, omdat de politie per ongeluk de gegijzelde neerschoot toen ze die trachtte te bevrijden? Of van de messteker die wordt vervolgd ex art. 302, tweede lid, omdat de moeder van het slachtoffer van schrik overleed toen men haar vertelde dat haar zoontje bij de steekpartij gewond was geraakt? Het is vooral om dit soort absurditeiten te ontlopen dat men in het strafrecht de zogenoemde causaliteitsleren heeft ontwikkeld, het onderwerp van de volgende subparagraaf.

4.2.4 *Klassieke causaliteitsleren*

In het negentiende-eeuwse Duitsland ontwikkelde een zekere Von Buri een strafrechtelijke variant van de biljartbalcausaliteit, de leer van de *conditio sine qua non*. In deze leer werd iedere omstandigheid als oorzaak aangemerkt die niet weg te denken viel zonder dat ook het gevolg wegviel. Als we deze leer toepassen op een concreet (on)geval, zien we onmiddellijk dat die onwerkbaar is:

De 46-jarige Koos K. draagt al jaren een afstandsbril; met die bril op kan hij echter steeds minder lezen. In plaats van honderden keren per dag zijn afstandsbril te moeten af- en weer opzetten, schaft hij zich op advies van de oogarts een zogeheten multifocusbril aan. Dat is een bril waarvan het bovenste gedeelte van het glas fungeert als afstandsbril, het onderste gedeelte als leesbril, terwijl het

tussenliggende gedeelte een geleidelijke overgang tussen afstands- en leesbril vormt. De opticien bij wie hij de bril koopt, waarschuwt Koos nog dat de ogen ongeveer een maand nodig hebben om aan de bril te wennen. Daar denkt Koos echter niet aan als hij thuis met zijn nieuwe bril de trap af loopt: hij kijkt door het leesgedeelte naar de trap treden. Omdat het beeld zo wazig is, dént hij dat hij er al is. In werkelijkheid volgt er echter nog een tree, zodat Koos voorovervalt en ongelukkig op zijn arm terechtkomt. De arm breekt.

Wat is nu de oorzaak van de armbreuk? Als we de leer van de *conditio sine qua non* toepassen, moeten we iedere omstandigheid als oorzaak aanmerken die niet weggedacht kan worden zonder dat ook het gevolg wegvalt. We krijgen dan iets als een zich razendsnel verspreidende olievlek: de val van de trap, de kwaliteit van Koos' ogen, het feit dat hij al tegen de vijftig loopt, het advies van de oogarts, de aan- en verkoop van de bril, het feit dat de multifocusbril is uitgevonden, voorvallen uit het leven van de uitvinder ervan – Theodore Wilmot –, het bestaan van Theodore Wilmot, het bestaan van mensen (inclusief Von Buri, wiens getheoretiseer ons dwingt tot dit soort exercities), enzovoorts *ad infinitum*. Niet alleen kunnen we in deze leer naar believen overstappen van de ene naar de andere causale keten, maar ook is ieder causaal schakeltje evenveel waard als ieder ander (vandaar ook wel de naam 'leer van de *equivalente* oorzaken'). Dat betekent dat Koos' val van de trap evengoed oorzaak is van zijn gebroken arm als Theodore Wilmots verleiding van de enige dochter van de opticien.⁸

Nadat deze leer met veel enthousiasme Nederland was binnengehaald, deed zich het volgende geval voor:

Bij thuiskomst merkt een luitenant, die werkzaam is als instructeur in het omgaan met handgranaten, dat hij nog twee pijpjes met slagkwik in zijn zak heeft zitten. (Slagkwikpijpjes zijn onderdelen van een handgranaat die bij ondeskundig handelen gevaarlijk zijn omdat ze een lichte ontploffing kunnen veroorzaken.) De eerstkomende dagen heeft hij geen dienst; daarom zet hij de pijpjes zolang in een vaasje op de schoorsteenmantel, maar denkt er niet meer aan. Dat doet hij ook niet als hij drie maanden later verhuist: de luitenant vergeet zowel het vaasje als de pijpjes mee te nemen. De dochter van de verhuurster, die het achtergebleven vaasje erg mooi vindt, legt de pijpjes op de schoorsteenmantel en neemt het vaasje mee. De pijpjes blijven op de schoorsteenmantel liggen totdat een nieuwe huurster

8 U begrijpt dat ik er in dit voorbeeld lustig op los fantaseer. Theodore Wilmot heeft met multifocusbrillen niets te maken, maar is een van de hoofdfiguren uit John Updikes *In the beauty of the lilies*. Dat was de eerste roman die ik heb gelezen toen ik me – om dezelfde reden als de hoofdpersoon in de casus – een multifocusbril aanschafte.

– een masseuse – er emplooi voor vindt: omdat de raampin in haar raam ontbreekt, gebruikt ze een van de pijpjes daarvoor. Het pijpje blijft daar totdat na de verhuizing van de masseuse deuren en ramen van de kamer worden geïnspecteerd. Tijdens die inspectie wordt het door een van de werklieden opgemerkt. Deze haalt het vreemd ogende staafje eruit en laat het aan zijn collega zien. Samen testen ze of het pijpje wel stevig genoeg is om als raampin te dienen. Daartoe peuteren ze erin met een hoedenspeld. Het pijpje ontploft, waardoor de een gewond raakt aan zijn ogen en de ander een paar vingers moet missen.

Wie fris van de lever op deze casus reageert, zal tien tegen een van oordeel zijn dat de causale keten tussen de vergeetachtigheid van de luitenant en de verwonding van de werklieden te lang is: daarvoor is er in de tussentijd domweg te veel gebeurd. Dat vond ook het Hoog Militair Gerechtshof, dat zich in HMG 18 februari 1921 (NJ 1921, 327 (Slagkwikpijpjes)) over deze zaak boog. In deze sententie introduceerde het Militair Gerechtshof – zij het niet expliciet – de leer van de *causa proxima*, dat wil zeggen dat alleen de *dichtstbijzijnde* causale schakel als oorzaak mag worden aangemerkt. Daarmee legde het hof de grondlijnen neer van een patroon dat ook de Hoge Raad tot eind jaren zeventig volgde: uitgaan van de *conditio sine qua non* als de objectieve en werkelijke causaliteit, maar de oeverloosheid ervan inperken door bijkomende criteria. Als criteria fungeerden bijvoorbeeld:⁹

- De *causa proxima*: oorzaak is alleen de dichtstbijzijnde oorzaak. Voldoet prima bij de slagkwikpijpjes; wat echter als de werkelijke oorzaak verder van het gevolg af ligt? (De casus van de multifocusbril wordt zodanig gewijzigd dat Koos pas na drie maanden wennen van de trap af valt omdat de opticien een ernstige fout heeft gemaakt bij het vervaardigen van de bril – mag die fout nu niet meer meedoen?)
- De relevantie: alleen die gevolgen tellen mee waarop de wetgever enigszins het oog had bij het opstellen van de betreffende delictsomschrijving. Voldoet prima om de dood van de moeder van het slachtoffer als relevant gevolg uit te sluiten indien zij van schrik overlijdt als haar verteld wordt dat haar zoontje in het ziekenhuis is opgenomen; ik zou echter niet de dood van ieder ander dan het slachtoffer op voorhand willen uitsluiten als relevant gevolg.
- De adequatie: is de gedraging geëigend om het gevolg te doen intreden, dat wil zeggen was het gevolg te voorzien? Voldoet prima als het slachtoffer overlijdt

9 Zoals aangegeven zal worden, komt elk daarvan uitstekend van pas in de omstandigheden van het te berechten geval. Het is evenwel zo goed als waardeloos is als je het verheft tot *het* criterium waarmee de causaliteitsvraag voor eens en altijd kan worden beantwoord.

doordat hij over het stuur van de brommer slaat; de adequatie miskent echter het hoge slapstickgehalte van zaken met vragen omtrent de causaliteit.

Over dat slapstickgehalte: gevallen waarin de causaliteit speelt, doen vaak denken aan stomme films als *Laurel & Hardy*, films met een reeks gebeurtenissen die zo onwaarschijnlijk is dat kinderen erom schateren moeten. U kent ze wel: Stan Laurel laat geheel per ongeluk een zakdoek vallen; daardoor schrikt een paard, dat met koets en al op hol slaat; de wild achter het paard slingerende koets raakt de onderste peilers van een bouwstelling die rond een wolkenkrabber is gebouwd; de bouwstelling wankelt en stort in; Oliver Hardy, die op veertig meter hoogte als bouwvakker aan het werk is, stort daardoor omlaag; hij weet zijn val echter te stuiten door zich twintig meter boven de grond vast te klampen aan de wijzers van de klok aan de gevel van de wolkenkrabber. Dat karakter hebben voor mij casussen als de vrouw die met fataal gevolg een vilten pantoffel gooit naar haar man met een eierschaalschedel, de slagkwikpijpjes die na jaren ontploffen als de werklieden erin peuteren, of de man die met zijn multifocusbril de trap af valt. Dicht tegen de slapstick aan ligt de casus die leidde tot HR 13 januari 1970, NJ 1970, 144 (Etalageruit):

Tijdens regenachtig weer reed een auto te snel, slipte op de tramrails, botste tegen een verkeerszuil, kantelde en schoof liggend op zijn dak het trottoir op. Vervolgens duwde de auto een voetganger door een etalageruit. Een vrouw die zich bij die ruit bevond – een ander dan degene die door de ruit werd geduwd –, werd door het vallende glas getroffen en overleed.

In dit arrest stelde de Hoge Raad met droge ogen dat het gevolg (= de dood van de vrouw door het vallend glas) “redelijkerwijs was te voorzien”. Ja ja, denk ik dan, *achteraf*, als het gevolg eenmaal is ingetreden. Maar hoe zit het *vooraf*? Als iemand tijdens regenachtig weer te hard rijdt, moet hij voorzien dat hij slipt, vooral als er tramrails in het traject liggen (akkoord). Als hij dan slipt, kan hij tegen een verkeerszuil botsen, kantelen, het trottoir op schuiven en een voetganger door een etalageruit duwen (het wordt al wat onwaarschijnlijker, maar vooruit, voorzienbaar). Laurel & Hardy-achtig (en dus *niet* voorzienbaar) wordt het echter als een ander dan die voetganger wordt getroffen door het vallende glas en overlijdt. Ik kan me moeilijk aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad hier het criterium van de voorzienbaarheid zodanig oprekt dat het betekenisloos wordt; de voorzienbaarheid gaat dan fungeren als een rituele kwalificatie

die slechts tot doel heeft ook onverwachte en onvoorspelbare gevolgen toe te rekenen.¹⁰

In 1978 verlegde de Hoge Raad zijn koers. In het Letale longembolie-arrest uit dat jaar sloeg de raad namelijk de tussenstap van de redenen van toerekenen over en stelde plompverloren dat het redelijk was een gevolg aan de dader toe te rekenen. Deze leer is bekend komen te staan als de leer van de ‘redelijke toerekening’. Ze blijkt wonderwel te accorderen met een moderne optiek op de causaliteit, het onderwerp van de volgende paragraaf. Na dit intermezzo neem ik in 4.4 de draad weer op en bespreek deze leer.

4.3 Intermezzo: moderne optiek op causaliteit

Nadat in de negentiende en het begin van de twintigste eeuw al behoorlijk wat barsten waren gekomen in het newtoniaanse wereldbeeld met zijn biljartbal-causaliteit, is dat met name sinds de Tweede Wereldoorlog in duigen gevallen. Nieuwe ideeën kwamen uit allerlei gebieden: de cybernetica met negatieve en positieve feedback, de thermodynamica met entropie en negentropie, de informatietheorie met de redundantie, de wiskunde met het *incompleteness-theorem*, de natuurkunde met de contingentie en de kritische massa, de chaostheorie met de extreme gevoeligheid voor startcondities, het hersenonderzoek met de linker- en rechterhemisfeer van het brein, het onderzoek naar kunstmatige intelligentie, enzovoorts.¹¹ De conclusie die uit al deze inzichten getrokken kan worden, is eenduidig: het dualistische beeld met enerzijds een stompzinnige en passieve materie en anderzijds een intelligent ingrijpen van de geest, is volstrekt vals.

Om een idee te krijgen van wat deze andere benadering op intermenselijk terrein in petto heeft, zal ik het denken omtrent het ontstaan van regels samenvatten. Dat onderwerp zal juristen nader aan het hart liggen dan het verschil tussen entropie en negentropie:

Een jongen en een meisje hebben voor het eerst een afspraak. Het meisje komt een halfuur te laat. Als de jongen daar iets van zegt, ontstaat de regel: “Je hoort niet een halfuur te laat te komen op afspraken.” Als hij daar echter niets van zegt, ontstaat ook een regel: “Je mag rustig een halfuur te laat komen op afspraken.”

10 Begrijp me goed: ik heb niets tegen een causaliteitsleer die ook onverwachte en onvoorspelbare gevolgen toerekent (zie daarover 4.4), maar slechts tegen het *doen alsof* dergelijke gevolgen zijn te voorzien.

11 Zie voor de eerste vier gebieden Waddington 1977, voor de natuurkunde Bak 1996, voor de chaostheorie Gleick 1987, voor het hersenonderzoek Gazzaniga 1998 en voor het onderzoek naar kunstmatige intelligentie Hofstadter 1985.

Regels zijn vaak een bijproduct van de interactie, en kunnen ook ontstaan zonder van bovenaf te zijn opgelegd en zonder uitdrukkelijk te zijn afgesproken. In ieder geval is het uit de lucht gegrepen dat zonder sturing van buitenaf interacties worden gekenmerkt door een anarchisch, chaotisch, willekeurig en ongestructureerd verloop. Integendeel, orde en regelmaat ontstaat van binnenuit. (Watzlawick 1976, *passim*. Het voorbeeld van de afspraak staat op p. 93–4.)

De overgeleverde juridische wijsheid omtrent hoe de wereld in elkaar zit en hoe je mensen iets anders kunt laten doen dan ze doen, is vaak niet meer dan verbale spierballenrollerij die het goed doet op verjaarspartijen en in de ingezondenbrievenrubriek van de krant. Dat werd me indringend duidelijk door kennisname van materiaal dat ik u presenteer in de twee volgende subparagrafen. Om te beginnen ga ik lang terug: het negentiende-eeuwse Engeland.

4.3.1 *Logica werkt achteraf*

Uit onze kindertijd kennen we allemaal opvoedkundige spreuken als:

Eerst gedaan en dan gedacht
heeft menigeen in leed gebracht

Dit soort wijsheden heeft de strekking dat als we maar goed over een situatie nadenken, de logica ons vanzelf op het juiste pad brengt. Helaas is dat niet zo, want logische verbanden worden meestal pas duidelijk *als het gevolg eenmaal is ingetreden*. Dat de logica voornamelijk achteraf verbanden aantoonst – bijvoorbeeld wanneer de oplossing van een probleem al is gevonden –, werd me glashelder door het voorbeeld van het meisje en de steentjes uit het bekende boek van Edward de Bono over lateraal denken:

Vele jaren geleden, toen iemand die geld verschuldigd was in de gevangenis kon worden gegooit, had een Londense koopman het ongeluk een enorm bedrag verschuldigd te zijn aan een geldlener. De geldlener, die oud en lelijk was, had een oogje op de mooie jonge dochter van de koopman. Hij stelde daarom een ruil voor: hij zou de schuld van de koopman kwijtschelden als hij met het meisje mocht trouwen.

De koopman en zijn dochter waren ontzet over dit voorstel; de sluwe geldlener kwam daarop met de suggestie de zaak te laten beslissen door de Voorzienigheid. Hij zou een wit en een zwart kiezelsteentje in een leeg geldzakje doen en vervolgens het meisje er een uit laten halen. Als dat het zwarte steentje was, moest zij zijn vrouw worden en werd haar vaders schuld kwijtgescholden. Als dat daarentegen het witte steentje was, mocht zij bij haar vader blijven terwijl ook

dan de schuld werd kwijtgescholden. En als ze weigerde een steentje uit het zakje te halen, ging haar vader naar de gevangenis en zou zij van honger omkomen.

Met tegenzin stemde de koopman in. Aangezien het gesprek plaatsvond op koopmans oprit die met een dikke laag grind bedekt was, draaide de geldlener zich om en bukte zich om twee steentjes te pakken. Doordat haar zintuigen door de angst op scherp stonden, zag het meisje echter dat hij niet een zwart en een wit, maar *twee zwarte* steentjes in de geldzak deed. Daarop draaide de geldlener zich weer om en vroeg het meisje het steentje te pakken dat zou beslissen over haar lot en dat van haar vader.

Stel u voor dat u op dat pad staat. Als u het meisje had moeten adviseren, wat was dan uw advies geweest? (De Bono 1967, p. 9).

De meeste mensen aan wie deze situatie wordt voorgelegd, gaan logisch nadenken over het te geven advies. Doorgaans komen ze dan slechts tot twee mogelijkheden:

- 1 Het meisje moet laten zien dat er twee zwarte steentjes in het zakje zitten en de geldlener als een bedrieger aan de kaak stellen.
- 2 Het meisje moet een zwart steentje kiezen en zich opofferen om haar vader de gevangenis te besparen.

Aan geen van beide suggesties heeft het meisje veel: als ze geen steentje kiest, moet haar vader naar de gevangenis en als ze er wel een kiest, moet ze met de geldlener trouwen.

Wat het meisje deed? Zij stak haar hand in het geldzakje en pakte een steentje. Zonder ernaar te kijken liet ze het steentje op de oprit vallen, waar het niet meer opviel tussen alle andere. "O, wat onhandig van me," zei ze, "maar dat geeft niet, want je kunt zien welk steentje ik gekozen heb door te kijken naar het steentje dat nog in het zakje zit." En aangezien het overgebleven steentje zwart is, moet worden aangenomen dat zij het witte heeft gekozen: de geldlener zal niet durven toegeven dat hij de boel belazerd heeft.

Zo verandert het meisje een schijnbaar onmogelijke situatie in een uiterst voordelige. In feite is ze beter af dan wanneer de geldlener eerlijk was geweest en zowel een wit als een zwart steentje in het zakje had gedaan: dan had ze maar vijftig procent kans gehad de dans te ontspringen. Zoals de zaken er nu voor staan, is die kans honderd procent: ze is er zeker van bij haar vader te mogen blijven, die ook nu van zijn schuld af is. (De Bono 1967, p. 10–1.)

Als u dit verhaal voor het eerst leest, kunt u oprecht verwonderd zijn over de slimheid en koelbloedigheid waarmee het meisje de geldlener pakt op zijn eigen bedrog. Die reactie is echter niet typisch: de meeste mensen voelen zich min of

meer betraapt dat ze er niet eerder op gekomen zijn dat je je niet moet concentreren op de keuze die het meisje te maken heeft, maar op het steentje dat overblijft *nadat zij haar keuze heeft gemaakt*. Om het primaat van de logica veilig te stellen, gaan ze vervolgens op zoek naar een reden waarom ze daar niet op gekomen zijn, alsof ze dan wel de oplossing hadden gevonden. Alsof, want het zal duidelijk zijn dat het meisje alleen tot haar geniale zet *kán* komen doordat ze voor de volle honderd procent aanwezig is (en bijv. niet mentaal haar handboeken Besliskunde gaat staan raadplegen): doorgaans komen dit soort inzichten in een flits waarbij het je in een nanoseconde duidelijk wordt wat je moet doen. Tijd voor het onder woorden brengen van een dergelijk inzicht (of het toetsen ervan op logische consistentie) is er domweg niet – dat komt later wel, in de kalmte en rust van je studeerkamer. In dit verband schieten me onwillekeurig de woorden van de statisticus Gauss door het hoofd: “Ik weet de oplossing al, ik moet alleen nog even bedenken hoe ik erop kom.” Een dergelijke uitspraak verwoordt naar mijn idee uitstekend hoe de verhouding tussen de creatieve impuls en de logica moet zijn: de creatieve impuls, een allerindividueelst iets, wordt voor anderen toegankelijk gemaakt door die in delen op te splitsen, die delen te verbaliseren, de verbanden ertussen te expliciteren en het geheel in een logisch jasje te gieten. Met andere woorden: de logische structuur zit in de *presentatie* van het inzicht, niet in het inzicht zelf.

Misschien dat u nu beter kunt plaatsen waarom ik in deze prologen zo fulmineer tegen het ‘terugredeneren vanuit het gevolg’, zoals ik reeds deed in Proloog Opzet en Culpa. U verwijt dan immers een verdachte dat hij *vooraf* niet voorzag wat bij een analyse-*achteraf* net zo voor de hand blijkt te hebben gelegen als de meesterzet van koopmans dochter. En tussen ‘vooraf’ en ‘achteraf’ ligt een wereld van verschil, zoals we zagen.

Vervolgens betreden we de wereld van de cognitieve wetenschap.

4.3.2 ‘Frame problem’

In de cognitieve wetenschap wordt onder meer onderzoek gedaan naar de mogelijkheden én onmogelijkheden van kunstmatige intelligentie. Een van meest interessante aspecten van dat onderzoek is dat het zo’n helder – zo u wilt onbarmhartig – licht werpt op het verschil tussen de intelligentie van de mens en die van de computer. Om met dat laatste te beginnen: computers zijn zeer nuttige apparaten, maar ze zijn – zoals ieder van u weet – zo dom als het achtereind van een varken (en dat is een belediging voor varkens). Als ze al intelligent lijken, is dat op basis van statistische waarschijnlijkheden (de spellingcontrole van WordPerfect 5.1, die de naam ‘Theodore’ niet kent, suggereert als

alternatieven ‘theater’ en ‘theewater’); de illusie van intelligentie kan ook worden gewekt doordat de programmeur/gebruiker weet te voorkomen dat de stompzinnigheid van het apparaat manifest wordt (‘negentropie’ breekt de computer af als ‘neg-entropie’ omdat ik hem verteld heb dat dat zo moet – anders komt hij op de proppen met ne-gentropie, evenals met tweede-ling, zono-vergoten, en gee-strijk). Nee, als computers al intelligent lijken, is dat hooguit de intelligentie van de Omgevallen Boekenkast en niet de levende intelligentie waar mensen het patent op hebben.

Die levende intelligentie komt naar voren in een opmerking van Douglas Hofstadter:

Een beroemd probleem uit de cognitieve wetenschap staat bekend als het *frame problem*. Dit lastige probleem kan als volgt worden geïllustreerd: als ik je toezeg dat ik je om zeven uur op het station zal ontmoeten, hoe weet ik dan dat het geen zin heeft daaraan het voorbehoud te verbinden “tenzij er een vulkaan uitbarst”, maar dat het voorbehoud “tenzij de file me ophoudt” wel degelijk zin heeft? En er zijn natuurlijk nog een heleboel gevallen tussen deze twee uitersten in. Het *frame problem* gaat over de vraag van welke variabelen het nog normaal is om die waar te nemen. Het is duidelijk dat niemand kan anticiperen op alle factoren die op de een of andere manier in een bepaalde situatie relevant zouden kunnen zijn; je moet domweg maar hopen dat de evolutie van de mens als soort plus de levenservaring van het individu een combinatie oplevert die rijk genoeg is voor gedrag dat in de meeste gevallen bevredigend is. ... Eén reden waarom het zo moeilijk is machines te maken die tot leren in staat zijn, is dat we het erg moeilijk vinden regels te formuleren die aangeven wanneer het zin heeft een variabele waar te nemen en wanneer niet. (Hofstadter 1985, p. 269–71.)

Als iemand u toezegt u om zeven uur op het station te ontmoeten, is het dus onzinnig dat hij er het voorbehoud aan toevoegt: “... als er geen vulkaan uitbarst.” Het probleem is niet dat dat voorbehoud onjuist is – als een vulkaan uitbarst, zal er inderdaad niemand zijn om u te ontmoeten –, maar dat dat zo vanzelf spreekt dat geen mens erop komt het zelfs maar te noemen. Immers, vulkaanuitbarstingen zijn in dit kader domweg niet aan de orde. Wat voor een mens echter vanzelf spreekt, is voor een computer een onneembare hobbel: hoe kan het ding uit zichzelf weten dat als hij de hem onbekende naam ‘Therèse’ tegenkomt, de suggestie ‘theeworst’ kant noch wal raakt? En dat terwijl voor mensen het frame problem geen enkel probleem is: ze lossen het vanzelf op, zelfs zonder enig besef dát ze een probleem hebben opgelost.

Laat ik nog iets verder op deze materie ingaan, al was het alleen om het muntje te laten vallen. Stel dat u iemand vraagt of hij u van Schiphol wil afhalen. Hij kan zijn “Oké” dan clausuleren met misschien wel een triljoen

voorbehouden. Die kunnen gaan over natuurrampen (cyclonen, aardbevingen, vulkaanuitbarstingen, meteorietinslagen, overstromingen), ziektes (pest, tyfus, cholera, gele koorts, malaria, beriberi), sterfgevallen in de familie (man of vrouw, kinderen, ouders, broers, zussen, grootouders, ooms, tantes), calamiteiten (uitbreken oorlog, armbreuk, val kabinet, dwarslaesie, supportersrellen, slangenbeet, dijkdoorbraak, instorten huis, total loss auto) en zo kan ik tot sint-juttemis doorgaan. Deze omstandigheden hebben met elkaar gemeen dat het óf onwaarschijnlijk is dat ze zich zullen voordoen, óf, als ze dat wel doen, het volkomen vanzelf spreekt dat u dan niet wordt afgehaald. Welnu, wij mensen beschikken over het opmerkelijke vermogen al die onzinnige voorbehouden in een fractie van een seconde over te slaan en direct in te zoomen op het handvol dat wél zinnig is. Dat is bijvoorbeeld: “Als mijn auto dan terug is uit de garage.” Niet alleen kunnen wij mensen ons razendsnel beperken tot *relevante* voorbehouden, maar ook reageren we op een specifieke manier als een ander met iets irrelevant komt: eerst het gevoel dat we in het ootje worden genomen, en als dat niet zo blijkt te zijn, de twijfel of de ander ze nog wel alle vijf op een rijtje heeft. Ga maar na. Indien u op een receptie het afhaalverzoek aan uw gesprekspartner doet en hij antwoordt met “Oké, als de dijken niet doorbreken”, zult u raar staan te kijken. U zult u eerst afvragen of hij in een jolige bui verkeert en misschien nog reageren met “Joh, doe even normaal”. Als echter mocht blijken dat hij werkelijk meent wat hij zegt, maakt u zich vermoedelijk halsoverkop van deze idioot af onder het motto: “Sorry, even een drankje halen.”

Zo ook met de causaliteit. Stel dat u op die receptie ook een oudere man tegenkomt die met zijn arm in het gips loopt. U vraagt hem hoe dat komt. Als hij dan antwoordt “Ik ben van de trap af gevallen”, kan het gesprek zich verder ontwikkelen. Als hij echter met een verhaal komt van “In 1830 verleidde Theodore Wilmot de enige dochter van de opticien, kwam zodoende in het opticiensvak terecht en vond de multifocusbril uit”, via “Zo’n bril raadde de oogarts mij aan, waarna ik er bij de opticien een gekocht heb”, tot “Toen ik de trap af liep, keek ik door het leesgedeelte naar de treden, dacht er al te zijn, viel voorover en kwam ongelukkig op mijn arm terecht”, eindigend met “En daarom is mijn arm gebroken”, is de kans groot dat u inmiddels al weg bent: “Sorry, even een drankje halen.”

Wie na deze uiteenzetting nogmaals de subparagraaf over de klassieke causaliteitsleren (p. 102 e.v.) leest, zal zien dat hun hoog ‘even een drankje halen’-gehalte ontstaat doordat ze de causaliteitsvraag in het geheel niet van een kader voorzien (de leer van de *conditio sine qua non*). En dat de leren die bedoeld waren om de oeverloosheid van die leer in te dammen (*causa proxima*, adequa-

tie, etc.) het kader veel te strak legden: ze sloten allerlei gevolgen uit die in de omstandigheden van het geval wel degelijk hadden moeten meedoen. Geen wonder dat die leren zijn vervangen door een die ruimte laat voor het uniek-menselijke vermogen een antwoord te geven op de vraag “Is het gevolg van deze daad *relevant*?” Die leer is het onderwerp van de slotparagraaf.

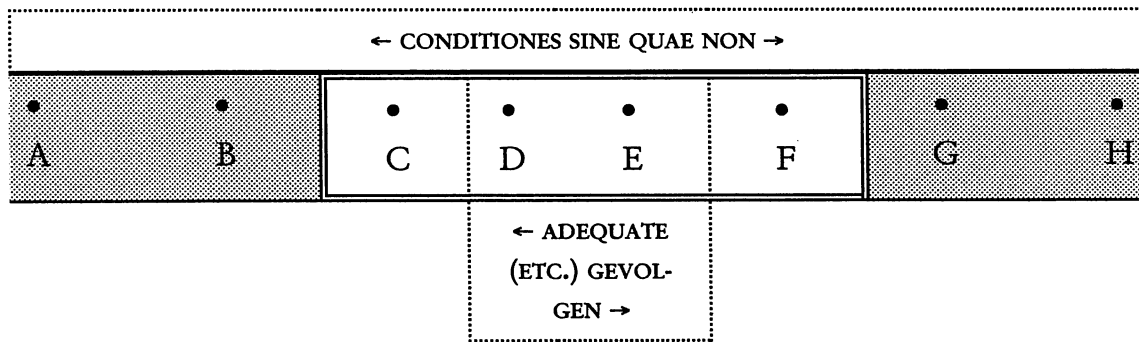
4.4 Moderne causaliteit in strafrecht

In 1978 kwam het volgende geval aan de orde:

De bestuurder van een bestelauto had op een kruising met een voorrangsweg geen voorrang verleend aan een personenauto. Bij de botsing had een vrouwelijke passagier van de personenauto zwaar lichamelijk letsel opgelopen dat op zichzelf niet tot haar dood had hoeven leiden. In het ziekenhuis overleed de vrouw echter aan een complicatie die uit het opgelopen letsel was voortgevloeid. Dat was een longembolie, een complicatie die ondanks alle voorzorgsmaatregelen nooit geheel is uit te sluiten. In cassatie werd betoogd dat er geen causaal verband bestond tussen het zwaar lichamelijk letsel en de dood van de vrouw. De Hoge Raad verwierp dit betoog: de longembolie was niet van dien aard dat het overlijden van de vrouw *niet meer redelijkerwijs aan de dader kon worden toegerekend* (HR 12 september 1978, NJ 1979, 60 (Letale longembolie)).

In dit arrest behandelt de Hoge Raad de causaliteitsvraag niet alsof dat een logisch probleem is. Daarvoor zou immers nodig zijn dat bepaald wordt (1) welke gevolgen voor rekening van de dader komen (bijv. alleen de voorzienbare), (2) of een longembolie een voorzienbare complicatie is, en als dat zo is, te concluderen dat (3) de embolie voor rekening komt van degeen die het aanvankelijke letsel heeft toegebracht. In plaats daarvan slaat de raad alle tussenschakels over en zoomt direct in op de vraag of onder deze omstandigheden de toerekening nog redelijk is. Het antwoord daarop is een kort en bondig “Ja”. De weg die de Hoge Raad in dit arrest kiest, doet sterk denken aan de wijze waarop mensen een frame problem oplossen: het oordeel lijkt zo uit de lucht te komen vallen (net als trouwens uw oordeel dat de terugkeer van de auto uit de garage een zinnig voorbehoud is – p. 111) en wordt niet gehinderd door a priori neergelegde criteria als voorzienbaarheid, adequatie, nabijheid, et cetera.

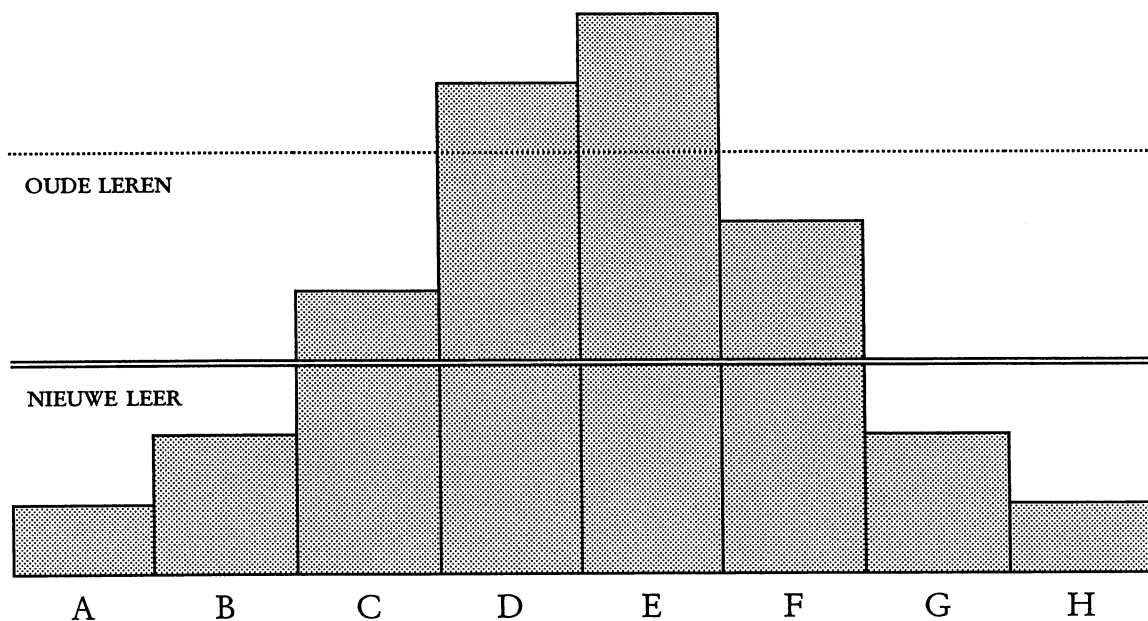
In het navolgende heb ik in schema gezet hoe de klassieke causaliteitsleren zich verhouden tot de nieuwe leer der redelijke toerekening. Enige reeds besproken gevallen heb ik alvast een plaats gegeven:



- A Het bestaan van opticiens als oorzaak voor de val van de trap (p. 102)
- B De vergeetachtigheid van de militair als oorzaak van de ontploffing (p. 103)
- C De slippartij en de etalageruit (p. 105)
- D De val over het stuur van de brommer (p. 98)
- E Iemands dood als gevolg van een steekpartij (p. 95)
- F De longembolie als gevolg van de aanrijding (p. 112)
- G De aankoop van de multifocusbril als oorzaak voor de val van de trap (p. 102)
- H Het bestaan van een strafrecht dat ons dwingt zo met causaliteit om te gaan (p. 103)

In de tekening schuift u van links naar rechts: A en B zijn beide zowel *conditio sine qua non* als irrelevant, al is A nog wat onzinniger dan B. Met C betreden we het relevante gebied, hoewel dat gevolg niet voorzienbaar is. Met D en E passeren we de stippellijn die aangeeft dat ook onder de oude leren hier causaliteit werd aangenomen: beide zijn zowel relevant als voorzienbaar. Met F passeren we opnieuw de stippellijn en komen – net als bij C – op een onvoorzienbaar maar nog wel relevant gevolg. Met G en H ten slotte verlaten we weer het relevante gebied en komen – net als bij A en B – in de absurditeit terecht: G is beslist een *conditio sine qua non* voor de val van de trap maar is irrelevant, H is nonsens die bovendien op zichzelf terugslaat.

In dwarsdoorsnee:



In dit staafdiagram geeft het grijze gedeelte van de staven aan hoe relevant die gevolgen zijn. Met de stippellijn is aangegeven welke gevolgen volgens de klassieke causaliteitsleren in aanmerking komen; de dubbele lijn laat zien dat de leer der redelijke toerekening heel wat meer gevolgen laat meedoen. Zo kunnen we in één oogopslag zien dat de nieuwe leer het net een stuk dieper laat zakken dan de oude leren, die gevolgen alleen meetelden indien die aan te merken waren als *causae proximae*, voorzienbaar waren of enigszins in de lijn lagen van wat de delictsomschrijving verwachtte.

Uit de beide tekeningen moge duidelijk worden dat de leer van de redelijke toerekening de vraag naar oorzaak-en-gevolg op een elegante wijze van een kader voorziet. Buiten dat kader vallen zaken zonder welke het gevolg ook niet was ingetreden, maar die even irrelevant zijn als een dijkdoorbraak (p. 111); het kader is echter ruim genoeg om plaats te bieden aan onvoorspelbare, onverwachte of anderszins merkwaardige gevolgen. Zo kan de causaliteit worden benaderd zonder onze toevlucht te hoeven nemen tot allerlei intellectualistische constructies, die bovendien nogal gezocht aandoen.

4.4.1 *Juridisch-technische aspecten*

Laten we nagaan wat voor formeel- en materieelrechtelijke implicaties de leer van de redelijke toerekening heeft. Dat kunnen we het beste doen aan de hand van een casusje waarin het evident onredelijk zou zijn het gevolg aan de dader toe te rekenen:

Om zijn vriend Hugo te laten schrikken, gooit Jules D. een reeds aangestoken vuurwerkbom in diens richting. Als de bom ontploft, loopt Hugo een ernstige brandwond aan zijn arm op. Omdat hij weinig vertrouwen heeft in de officiële medische wetenschap, omwikkelt Hugo zijn arm met modderpleisters. Enige dagen later sterft hij aan tetanus, een verstijving van de spieren veroorzaakt door infectie van de wond. De lijkschouwer stelt vast dat Hugo's oorspronkelijke brandwond geen levensgevaar had hoeven opleveren.

Jules wordt vervolgd ex art. 157, onder 3°.

U kunt nu zeggen: "Het is niet redelijk Hugo's dood aan Jules toe te rekenen" (= het causale verband is niet toe te rekenen). Voor hetzelfde geldt zegt u echter: "Er is geen relevant verband tussen Hugo's dood en de gedraging van Jules" (= er is geen relevant causaal verband). Nu beide formuleringen betrekking hebben op keerzijden van een en dezelfde medaille (= alleen relevante causale verbanden zijn toe te rekenen), wordt duidelijk dat in de leer van de redelijke toerekening de vraag naar het toerekenen van de causaliteit deel is geworden van die naar de causaliteit zelf. Daar komt nog bij dat de vraag of het causale verband relevant is, in deze nieuwe leer al aan de orde komt bij de vraag naar de ten laste gelegde *gedraging*. En niet meer bij die naar het toerekenen en dus van de *schuld*, zoals we bij de bespreking van het Binckhorstlaan-arrest zagen (p. 99 e.v.). Het oordeel dat het niet redelijk is een bepaald gevolg aan de dader toe te rekenen, leidt daarmee voortaan rechttoe rechtaan tot vrijspraak, zodat nog duidelijker uitkomt dat er een verschuiving van de schuldvraag naar de causaliteitsvraag heeft plaatsgevonden.

Betekent deze verschuiving van schuld naar causaliteit nu ook een naar elkaar toe groeien van de culpose gevolgsdelicten (waar de vraag naar de causaliteit werd afgeschermd door die naar de schuld) en de door het gevolg gekwalificeerde delicten (waar een fysisch verband volstond voor aansprakelijkheid)? Ik denk het wel. Enerzijds wordt bij de culpose gevolgsdelicten de eis van culpa op het gevolg omgezet in "Is het redelijk dit gevolg toe te rekenen?" Omdat die vraag exact dezelfde is als de vraag die in de leer van de redelijke toerekening centraal staat, maakt die leer het mogelijk ook onverwachte en onvoorspelbare gevolgen aan de culpa van de dader toe te schrijven (vgl. Letale longembolie – in dat arrest werd overtreding van een culpoos gevolgsdelict ten laste gelegd). En anderzijds zijn we bij de delicten die door het gevolg worden gekwalificeerd af van de *Erfolgshaftung*: er moet niet alleen een fysisch verband tussen gedraging en gevolg bestaan, maar dat verband moet ook redelijkerwijs zijn toe te rekenen. Daarmee zijn we verlost van aansprakelijkheid voor allerlei toevalligheden (zoals Hugo's dood, die immers rechtstreeks uit diens eigengereidheid voortvloeit).

4.4.2 Verdere ontwikkelingen

Nadat in 1978 de leer der redelijke toerekening in het strafrecht geïntroduceerd was, wees de Hoge Raad in 1980 HR 23 december 1980, NJ 1981, 534 (Aortaperforatie):

Verdachte had een andere man met een valmes in zijn buik gestoken. Hierdoor werden de maag en aorta doorboord, een zonder medisch ingrijpen dodelijke verwonding. De advocaat van verdachte voerde aan dat het slachtoffer niet was overleden ten gevolge van de messteek, maar doordat in het ziekenhuis werd verzuimd nog een tweede aortaperforatie op te merken. Volgens de Hoge Raad deden allerlei hypothesen omtrent de exacte doodsoorzaak er niet toe, want voor de causaliteit was beslissend dat de dood een redelijkerwijs toe te rekenen gevolg was van de messteek die op zichzelf al tot de dood zou hebben geleid.

Dit arrest werd in 1985 gevolgd door HR 7 mei 1985, NJ 1985, 821 (Haarlemse doodslag). Jegens verdachte, aan wie doodslag ten laste was gelegd, werd bewezen verklaard:

dat hij te Haarlem op ... opzettelijk P. de Vos van het leven heeft beroofd, immers heeft hij, verdachte, toen daar opzettelijk gewelddadig die De Vos met een mes een aantal steekwonden in diens hoofd en lichaam toegebracht, waarbij onder meer de linker binnenste halsslagader en de linker grote halsader waren gekliefd en daardoor met elkaar in samenhang waren gekomen (een zgn. traumatische arterioveneuze fistel) hetgeen door aldus ontstane onvoldoende bloedverzorging van de hersenen hersenoedeem tot gevolg heeft gehad, waardoor de dood is ingetreden.

Ter verdediging voerde de advocaat aan dat bij anders en eerder medisch ingrijpen de dood van het slachtoffer wellicht voorkomen had kunnen worden. Hof en Hoge Raad vonden dat dat er niet toe deed; ze stelden dat de dood zonder meer aan de dader was toe te rekenen, ook al had medisch ingrijpen de dood kunnen voorkomen.

Dat uit Letale longembolie, Aortaperforatie en Haarlemse doodslag een patroon kan worden afgeleid, maakt annotator 't Hart duidelijk in zijn noot bij de Haarlemse doodslag. Daarin maakt hij bij medisch ingrijpen een onderscheid in drie groepen:

- 1 *Niet-letaal letsel. De dood vloeit voort uit een (medische) misslag.*

Bij deze groep valt te denken aan fouten bij de narcose, een transfusie met bloed van de verkeerde groep, een verzuim om – indien nodig – insuline toe te dienen,

et cetera. Het hoeft echter niet per se een fout van het ziekenhuis te zijn: ook misverstanden tussen arts en patiënt (de casus van Remco en Kevin op p. 101) en de eigengereidheid van het slachtoffer (Jules en Hugo op p. 115) vallen onder het hoofdje ‘misslag’.

Hier mag het overlijden *niet* worden toegerekend aan de veroorzaker van het aanvankelijke letsel, ook al is dat *conditio sine qua non* voor de dood.

2 *Niet-letaal letsel. De dood vloeit voort uit een complicatie bij de medische ingreep.*

Bij deze groep moeten we denken aan complicaties waarvan het intreden ondanks alle voorzorgsmaatregelen nooit helemaal kan worden voorkomen, zoals een embolie, een klaplong of trombose. Het moet dus gaan om betreurenswaardige, maar nog wel normale complicaties.

Hier mag het overlijden wél worden toegerekend aan de veroorzaker van het aanvankelijke letsel, iets dat gebeurde in het Letale longembolie-arrest (p. 112).

3 *Letaal letsel. Het intreden van de dood had voorkomen kunnen worden door eerder, anders of beter medisch ingrijpen.*

Hier mag het overlijden zonder meer worden toegerekend aan de veroorzaker van het letale letsel. Dat letsel blijft als causaal gelden voor de dood, ook al is het onjuiste medische optreden er strikt genomen de oorzaak van dat het intreden van het gevolg niet voorkomen wordt. Toerekening vond plaats in Aortaperforatie (p. 116) en in Haarlemse doodslag (p. 116).¹²

Op deze wijze bezien heeft het loslaten van apriori's in de leer van de redelijke toerekening dus niet geleid tot chaos en willekeur, zoals critici aanvankelijk vreesden (“De leer van de redelijke toerekening reduceert de causaliteitsvraag tot ‘een machtswoord van de rechter’”, was destijds een veelgehoord argument). Integendeel, het afzien van externe sturing heeft geleid tot het opbloeien van een subtiel en rijkgeschakeerd patroon met – misschien is dat nog wel het voor- naamste – duidelijke indicaties wanneer de toerekening *onredelijk* is.

Naast de gevallen van een aanvankelijk niet-letaal letsel waarbij de dood intreedt door een (medische) misslag (de eerste groep van 't Hart), heeft de

12 De benaderingswijze van deze proloog leidt tot een iets ander analyseschema omtrent de Haarlemse doodslag, waar – in tegenstelling tot in Aortaperforatie – een opzettelijk begaan materieel delict (art. 287) ten laste werd gelegd. Bij dit type delicten moet het niet de vraag zijn of eerder, anders of beter medisch ingrijpen de dood had kunnen voorkomen, maar of de afwijking van het voorgestelde causale verloop er iets toe doet. In dit geval heeft verdachte zijn slachtoffer zodanig met een mes toegetakeld (zie de bewezenverklaring op p. 116) dat mijns inziens het overlijden van De Vos nog volledig wordt gedekt door verdachtes opzet. De klacht dat niet is nagegaan of de dokter diens dood misschien had kunnen voorkomen, is dan niet langer een serieus verweer maar eerder een gotspe als in het geval van de jongen die terechtstond omdat hij zijn beide ouders had omgebracht: bij zijn laatste woord verzocht deze de rechtbank om clementie “met een arme wees”.

jurisprudentie nog een situatie laten zien waarin het niet redelijk is een gevolg toe te rekenen. Dat is HR 22 september 1998, NJ 1999, 104, een arrest waarin een gruwelijke zaak aan de orde kwam. Laten we deze proloog afsluiten met een bespreking daarvan:

Tufan E. werd op 18 maart 1995 van zijn vrijheid beroofd: met vastgebonden handen en met een zak over zijn hoofd voerde men hem weg uit de woning waarin hij verbleef. Per gestolen bestelbusje werd hij vervolgens naar elders overgebracht. E. heeft de nacht na de ontvoering nog met zijn vrouw getelefoneerd om haar te zeggen dat zijn ontvoerders tien miljoen DM wilden. Daaruit volgt dat hij toen nog leefde.

Zes weken later, op 2 mei 1995, werd in een water te Heemskerk het stoffelijk overschot van een man aangetroffen dat in een gevorderde staat van ontbinding verkeerde en dat het lijk van E. bleek te zijn. Uit het verslag van de patholoog-anatoom kwam naar voren dat de dood van E. het gevolg was geweest van “uitwendig, mechanisch, samendrukkend geweld op de hals door strangulatie”. E. was dus niet lang na genoemd telefoongesprek gewurgd.

De verdachte in deze zaak werd vervolgd wegens het delict genoemd in art. 282a, tweede lid (gijzelneming de dood ten gevolge hebbend). Advocaat-generaal Van Dorst meende dat in dit geval eerder moest worden gedacht aan een vervolging wegens gijzelneming sec (art. 282a lid 1) plus een wegens opzettelijke levensberoving (art. 287/289) dan aan gijzelneming met een kwalificerend gevolg (art. 282a lid 2): weliswaar was E. gewurgd *tijdens* zijn gijzeling, maar hij was niet om het leven gekomen *omdat* hij was gegijzeld. Een omdat-verband tussen de vrijheidsberoving en de dood van het slachtoffer zou er volgens hem zijn geweest bij “een hartstilstand als gevolg van de emotie die door de ontvoering is veroorzaakt, een fatale misrekening van het slachtoffer bij een ontsnapingspoging of zelfs de zelfmoord van een daartoe gepredisponeerde gijzelaar”. Nu de bewijsmiddelen daaromtrent niets bevatten, had verdachte niet veroordeeld mogen worden voor gijzelneming de dood ten gevolge hebbend. De Hoge Raad volgde zijn advocaat-generaal en overwoog kortweg:

De gebezigde bewijsmiddelen behelzen niets waaruit kan worden afgeleid dat de dood van E. *het gevolg is geweest* van de wederrechtelijke vrijheidsberoving zoals is bewezen verklaard. [Mijn cursivering.]

Deze beslissing komt erop neer dat wanneer een gijzelnemer zijn gijzelaar executeert omdat hij toch al met hem wil afrekenen, de dood van de gijzelaar niet op een indirecte wijze – via een door het gevolg gekwalificeerd delict – op het conto van de gijzelnemer mag worden geschreven. In dat geval is er immers

wel een temporeel verband (een terwijl-verband), maar dat is nog geen causaal verband (een omdat-verband).¹³ Om desondanks de gijzelnemer die dood aan te rekenen, staat de rechtstreekse weg open van een veroordeling wegens moord of doodslag.

13 Het grote verschil tussen *omdat* en *terwijl* is al besproken in Proloog Opzet en Culpā, p. 54.

5 Naschrift Causaliteit

De kern van dit naschrift zal bestaan uit een nadere toelichting op het zogeheten *frame problem*, het probleem waar onderzoekers naar kunstmatige intelligentie voor gesteld werden toen ze zich afvroegen welke factoren robots of computers bij het uitvoeren van een bepaalde taak in hun berekeningen moesten betrekken en welke niet. Dat veronderstelde dat er een kader om die factoren werd gelegd aan de hand waarvan kon worden bepaald welke daarvan relevant waren. Eenzelfde operatie moeten juristen verrichten als ze zich de vraag stellen welke gevolgen nog op het conto van de dader geschreven mogen worden en welke niet meer. Vóór dat probleem van het inkaderen echter besproken kan worden, moet een hindernis uit de weg worden geruimd. Die bestaat eruit dat de vraag naar de causaliteit geen vraag van fysische aard is, maar een van aansprakelijkheid.¹

5.1 Causaliteit als aansprakelijkheid

Met deze anekdote maakt Pinker duidelijk dat er twee manieren zijn om te begrijpen wat mensen overkomt:

1 Helaas heeft dit proefschrift niet Pinker 2007 kunnen meenemen, een boek dat een magistrale uiteenzetting bevat omtrent causaliteit in de menselijke taal en de toepassing daarvan op het (straf) recht; zie Pinker 2007 p. 208–32.

Je bent naar een herhaling van *L.A. Law* gezapt en je wilt weten waarom de krenigige juriste Rosalind Shays huilt terwijl ze een getuigeverklaring aflegt. Als iemand zou gaan uitleggen dat het vocht in haar traanbuizen in omvang was toegenomen tot de spanning de oppervlaktetenspanning in die en die mate overschreden had, zou je die schoolmeester de mond willen snoeren. Wat je wilt horen is dat zij het proces tegen haar voormalige werkgevers hoopt te winnen en daarom krokodillentranen plengt om de jury ervan te overtuigen dat ze helemaal kapot was toen het bedrijf haar ontsloeg. Maar als je naar de volgende aflevering zou kijken en wilde weten waarom zij naar de bodem van de liftschacht stortte nadat ze per ongeluk door de openstaande deur was gestapt, zouden haar motieven irrelevant zijn voor ieder ander dan een op hol geslagen freudiaan. De verklaring is dat materie in vrije val, inclusief Rosalind Shays, versnelt in een ratio van 9,8 meter per seconde per seconde. (Pinker 1998, p. 314.)

In navolging van de filosoof Daniel Dennett noemt Pinker die twee houdingen de Intentionele Houding (*Intentional Stance*) en de Fysische Houding (*Physical Stance*). De Fysische Houding nemen we aan als we de wereld om ons heen door een natuurkundige bril bekijken, waarbij we gebruikmaken van onze intuïtieve fysica. Wat mensen overkomt, is soms alleen op deze manier te begrijpen: we zien dan het menselijk lichaam als een fysisch object en kunnen bijvoorbeeld aangeven dat een val van zeshoog dodelijk is. Maar het zou absurd zijn om de vraag “Waarom huilen mensen?” te beantwoorden door te zeggen dat de spanning in hun traanbuizen de oppervlaktetenspanning heeft overschreden. In dat geval is de Intentionele Houding, een toepassing van de intuïtieve psychologie, veel geschikter.

Interessanter nog dan het bestaan van deze houdingen, is het feit dat vrijwel iedereen intuïtief aanvoelt welk van de twee in een bepaalde situatie moet worden gebruikt. Als iemand in een situatie namelijk een niet-passende houding aanneemt, wekt dat onmiddellijk onze lachlust. Kijk maar naar het charmante dialoogje tussen Roe en Tijgertje uit *The Tao of Pooh* van Benjamin Hoff:

Roe en Tijgertje liepen op een morgen door het Woud, en Tijgertje schepte op over alle dingen die Tijgertjes kunnen. ...

“Kunnen ze vliegen?”, vroeg Roe.

“Ja,” zei Tijgertje, “het zijn erg goeie vliegers, die Tijgertjes, verrekt goeie vliegers.”

“O,” zei Roe, “kunnen ze net zo goed vliegen als Uil?”

“Ja,” zei Tijgertje, “alleen willen ze dat niet.” (Hoff 1982, p. 44.)

Het zal eenieder duidelijk zijn dat het wel of niet kunnen vliegen net zo weinig afhankelijk is van niet-willen (of willen) als Rosalind Shays’ motivatie te maken

heeft met haar val in de liftschacht. Immers, voor vliegen is de anatomie van tijgers ten enenmale ongeschikt.

Een navenante verwarring is aan te treffen in geschriften over het onderwerp van de causaliteit, die afkomstig zijn van juristen die zich niet openstelden voor hun intuïtie maar hun toevlucht namen tot intellect en geheugen; deze geschriften stamden vooral uit de negentiende eeuw, hoewel hun invloed doorwerkte tot de jaren zeventig van de twintigste eeuw. In die geschriften leek het of zij bezig waren een juridisch paralleluniversum te creëren waarin de gebruikelijke natuurwetten tijdelijk of permanent waren opgeschort. Soms stelden ze bijvoorbeeld dat er pas causaliteit was als iemand zich ervan bewust was dat een gevolg in *kon* treden; na enig doordenken riepen dergelijke passages herinneringen op aan de tekenfilms waar ik als kind al zo om schateren moest: in dergelijke films rent de protagonist van een vlak terrein af plotseling een afgrond in, maar blijft nog enige meters in het luchtledige doorrennen tot hij zich realiseert geen vaste grond meer onder de voeten te hebben; pas als hij dat beseft, valt hij als een baksteen omlaag. De vervreemdende atmosfeer die uit deze boeken opsteeg, bereikte echter een hoogtepunt toen de auteurs ook de *negatieve* causaliteit – de *afwezigheid* van omstandigheden die het intreden van het gevolg hadden kunnen voorkomen – in hun beschouwingen betrokken. Die benadering bleek in staat de oeverloosheid van de ‘conditio sine qua non’-theorie nog te doen verbleken. In de theorie van de negatieve causaliteit is namelijk het feit dat de planeet Neptunus in zijn baan was gebleven, er mede de oorzaak van dat het huis afbrandde. Want als Neptunus van zijn baan was afgeweken, waren er misschien allerlei kosmische rampen gebeurd die de aarde zodanig hadden beïnvloed dat in Nederland de dijken waren doorgebroken; het huis was dan wellicht door het water meegesleurd, zodat het *niet* was afgebrand.

Beide typen vervreemding heeft de proloog getracht te voorkomen door steeds de aanwezigheid van een fysisch verband te eisen. Met ‘fysisch verband’ wordt niet méér bedoeld dan dat er bewijsmiddelen zijn die een fysieke link leggen tussen gedraging en gevolg; een voorbeeld daarvan is een rapport van een forensisch deskundige dat het haar op de voorbumper van de auto afkomstig is van het kind dat die ochtend door de automobilist is aangereden, en niet van een hond die hij de avond daarvoor had geraakt. Pas als dat fysische verband aanwezig is, kunnen we een zinnig gesprek voeren over de vraag of de dood van dat kind aan de automobilist mag worden toegerekend; als dat verband er niet is (de haren zijn van de hond), dan heeft het geen zin nog te praten over de dood van het kind: *deze* automobilist heeft daar dan niets mee te maken.

Een fysisch verband is in alle gevallen noodzakelijk, maar of de aanwezigheid daarvan voldoende is, hangt af van de vraag of de delictsomschrijving ook nog

opzet of culpa op deze gevolgen vereist. Discrepanties tussen het fysische verband en het benodigde subjectieve bestanddeel zijn er in alle soorten en maten. Laten we twee daarvan bezien, die allebei te maken hebben met opzettelijke gevolgsdelicten (voor de culpose gevolgsdelicten verwijs ik naar de proloog zelf, p. 98). Daar is het soms de vraag of het fysische verband zoals zich dat in werkelijkheid heeft voorgedaan, nog wel te rijmen is met het fysisch verband zoals de dader zich dat had voorgesteld. Neem het geval uit de proloog (p. 96) waarin een man een moordplan op zijn vriendin bedenkt. In de wetenschap dat zij niet kan zwemmen, nodigt hij haar uit voor een boottochtje op het meer. Daarbij duwt hij haar op een gegeven moment overboord en komt zij door verdrinking om het leven. Dat dacht hij tenminste, want als haar lijk is aangespoeld, blijkt dat zij met haar hoofd tegen de kielbalk van de boot is geslagen en zodoende is overleden als gevolg van een schedelbasisfractuur. De vraag is nu of het werkelijke fysische verband (de dood door hersenletsel) nog wel te rijmen is met het fysische verband zoals hij zich dat had voorgesteld (de dood door verdrinking). De proloog concludeert dat in dit geval het voorgestelde causale verloop zo weinig afwijkt van wat er in werkelijkheid is gebeurd dat een veroordeling wegens moord alleszins gerechtvaardigd is. Een andere discrepantie tussen het fysisch verband en het opzet van de dader betreft gevallen waarin de dader in een bepaalde veronderstelling verkeerde toen hij zijn handeling verrichtte. Neem het geval van de baron die het vermeende lijk van zijn vrouw in een waterweg dumpte (proloog, p. 96). Als hij had geweten dat zij slechts was flauwge gevallen, had hij dat zeker niet gedaan, zodat zijn opzet zelfs niet voorwaardelijk op haar dood was gericht.

In de eerste discrepantie, het geval van de man die zijn vriendin overboord duwde, heeft de – kleine – afwijking van het voorgestelde fysische verband geen invloed op het subjectief bestanddeel, maar dat ligt anders bij de andere. Immers, in het geval van de baron tast het feit dat zijn vrouw water in haar longen bleek te hebben (= het fysische verband) zijn opzet op die dood aan: nu zelfs zijn voorwaardelijk opzet daarop ontbreekt, zal hij niet veroordeeld kunnen worden voor doodslag. Evenwel niet doordat er iets aan de causaliteit mankeert, maar doordat zijn opzet ontbreekt. De proloog concludeert uit deze discrepanties (en uit die bij de culpose gevolgsdelicten) dat als er een vervolging wordt ingesteld vanwege een opzettelijk of culpoos begaan vervolgsdelict, het probleem van de causaliteit wordt ‘afgeschermd’ door de vraag naar opzet of culpa van de dader: na de vaststelling van het fysisch verband wordt eerst nagegaan of dat invloed heeft op verdachtes opzet of culpa.

Dat de vraag naar opzet of culpa de vraag naar het fysische verband kan afschermen, betekent natuurlijk niet dat opzet of culpa *in de plaats komt* van de causaliteit. Een voorbeeld kan dit verduidelijken:

Lucas heeft een hekel aan zijn rivaal Simon. Die hekel is zo groot dat hij – als Simon per vliegtuig op vakantie gaat – in diens bagage een bom verstoppt met een tijdsmechanisme. Dat mechanisme is zodanig ingesteld dat een uur na het opstijgen van het vliegtuig (een Boeing) de bom zal ontploffen. Daardoor zal een gat worden geslagen in het bagagedepartement; door deze plotselinge luchtdrukverandering zal het vliegtuig in de lucht uiteenspatten, zodat Simon (tezamen met de overige inzittenden) om het leven zal komen. Helaas bevindt zich aan boord van de Boeing ook een groep terroristen die van plan is een zelfmoordaanslag te plegen. De terroristen zijn Lucas' bom echter vóór, want een kwartier na het opstijgen van Schiphol brengt een van hen een handgranaat tot ontploffing; die explosie is zo zwaar dat daardoor de romp van de Boeing van voor tot achter openscheurt. Dat heeft tot gevolg dat het vliegtuig naar beneden stort en alle inzittenden (incl. Simon) om het leven komen. Bij het onderzoek in de resten van de Boeing vindt men de bom die Lucas heeft verborgen: het tijdsmechanisme is ontregeld, maar de bom zelf is niet ontploft.

In dit geval is Lucas' oogmerk geheel en al verwerkelijk: hij wilde Simon dood hebben en dat ging Simon ook. Lucas kan echter niet veroordeeld worden wegens moord, want aan het fysisch verband mankeert het nodige. Het vliegtuig is immers wel ontploft; echter niet als gevolg van de explosie van Lucas' bom, maar van de handgranaat van de terroristen. Je kunt zeggen dat het werkelijke causale verloop te ver verwijderd is van datgene wat de dader zich had voorgesteld, maar evengoed dat er geen fysisch verband is tussen de bom van Lucas en de dood van Simon. En als het werkelijke causale verloop te veel afwijkt van het zich voorgestelde of zelfs helemaal ontbreekt, hoeft er niet verder gepraat te worden: zelfs de hoogste mate van opzet kan niet *in plaats komen* van de causaliteit. In termen van het voorgaande kunnen we stellen dat de Intentionele Houding de Fysische Houding wel af kan schermen, maar daarvoor niet in de plaats kan komen.² Daarmee kunnen de opzettelijke en culpose gevolgsdelicten worden geëcarteerd als delictsomschrijvingen met een probleem van causaliteit: die kunnen op het eerste gezicht wel zo'n probleem bevatten, maar dat probleem wordt op het tweede gezicht afgeschermd door het opzet of de culpa. Daarmee kan de proloog zich beperken tot die delictsomschrijvingen waar alleen de aanwezigheid van een fysisch verband nodig is, zonder dat er ook nog allerlei

2 Zoals ook Tijgertje deed in zijn dialoog met Roe: die verwarde de Intentionele Houding met de Fysische Houding, ofwel opzet (of culpa) met causaliteit.

lastige vragen omtrent opzet of culpa gaan spelen. Gevolgen die – in jargon – “onttrokken zijn aan opzet- of schuldverband” komen aan de orde bij delicts-omschrijvingen met door het gevolg gekwalificeerde delicten. Die delicts-omschrijvingen zijn een restant van de aloude *Erfolgshaftung*, een stelsel van strafrecht waarin de dader aansprakelijk was voor alle gevolgen die uit zijn delict voortvloeiden, ongeacht of zijn opzet of culpa op die gevolgen was gericht. Dit overblijfsel van de *Erfolgshaftung* is in een moderne interpretatie van de causaliteit niettemin in overeenstemming te brengen met een schuldstrafrecht: gevolgen kunnen alleen op het conto van de dader worden geschreven indien het redelijk is ze aan hem toe te schrijven.

Tot slot van deze paragraaf een opmerking over het taalgebruik van veel juristen (incl. dat van mezelf). Veelal vertoont dat nog de sporen van het negentiende-eeuwse denken over causaliteit. Zo zeggen velen “De causaliteit ontbreekt” als ze bedoelen dat een bepaald gevolg niet op het conto van de dader mag worden geschreven omdat die toerekening niet redelijk zou zijn. Tegen een dergelijk taalgebruik, dat herinneringen oproept aan het juridische paralleluniversum dat de negentiende-eeuwse juristen plachten te ontwerpen, bestaat op zichzelf weinig bezwaar, zolang de spreker het maar goed bedoelt. In het aangehaalde geval is dat zo, want die bedoelt dat toerekening onredelijk is maar zegt dat de causaliteit ontbreekt. Het wordt echter anders als achter een wat onzuiver taalgebruik ook een onjuiste bedoeling zit. Als iemand bijvoorbeeld zegt dat het causaal verband ontbreekt terwijl hij bedoelt dat het fysische verband er niet is (verdachtte vrouw is niet door hem geslagen, maar is met haar oog tegen een keukenkastje aan gelopen), dan kan zo’n geval beter niet in termen van causaliteit worden benaderd. Zeg dan gewoon dat er niets is gebeurd, of – wat juridischer – dat er geen gedraging heeft plaatsgevonden.

5.2 ‘Frame problem’

Hoe leggen we een kader om een probleem waarbinnen een oplossing gevonden moet worden? Doorgaans doen we dat met behulp van *common sense*. Common sense is een benaming voor basale dingen die iedereen weet, waar niemand ooit over nadenkt en die ons ook nooit zijn aangeleerd. Pinker geeft hiervan een paar amusante voorbeelden:

Je weet dat wanneer Irving de hond in de auto zet, het beest niet langer op het erf rondloopt. Wanneer Edna naar de kerk gaat, gaat haar hoofd mee. Als Doug in het huis is, moet hij door een opening naar binnen zijn gegaan, tenzij hij daar geboren is en het huis nooit verlaten heeft. Als Sheila om negen uur ’s ochtends

in leven is en in leven is om vijf uur 's middags, was ze ook tussen de middag in leven. (Pinker 1998, p. 11.)

Ook de redeneringen die met behulp van common sense worden opgezet, zijn voor iedereen volstrekt begrijpelijk, al is het vaak moeilijk tot onmogelijk om aan te geven waarom dat zo is.

Mavis woont in Chicago en heeft een zoon die Fred heet. Maar hoewel het Chicago waarin Mavis woont hetzelfde Chicago is als waarin Millie woont, is de Fred die de zoon is van Mavis niet dezelfde als de Fred die de zoon is van Millie. Als er een pak melk in je auto ligt en er zit een liter melk in dat pak, heb je een liter melk in je auto. Maar als er een persoon in je auto zit en vier liter bloed in een persoon, zou het vreemd zijn te concluderen dat je vier liter bloed in je auto hebt. (Pinker 1998, p. 12.)

5.2.1 *Begrip*

In het verleden werd het frame problem niet als probleem onderkend of ervaren, omdat filosofen, die tenslotte ook mensen van vlees en bloed waren, bewust of onbewust uitgingen van hun eigen common sense. Met de opkomst van de computer, de automatisering en de robotica werd de vanzelfsprekendheid van common sense niet zo vanzelfsprekend meer: toen kwam aan het licht *dat* er een probleem was. Dat probleem kwam erop neer hoe we common sense kunnen programmeren in een computer of robot, het ultieme 'onbeschreven blad' van John Locke.

In een monografie die aan het frame problem gewijd werd, geeft de eerdergenoemde filosoof Dennett een onmiddellijk invoelbaar voorbeeld van het probleem waar onderzoekers naar kunstmatige intelligentie voor gesteld werden. Het betreft een geval van een raadsel en een oplossing daarvan (het "uilskuiken") die het kader grovelijk te buiten gaat.

Drie missionarissen en drie kannibalen komen bij een rivier. Een roeiboot die plaats biedt aan twee, staat tot hun beschikking. Als de kannibalen op een van beide rivieroeveren de missionarissen in getal overtreffen, zullen de missionarissen worden opgegeten. Hoe moeten ze de rivier oversteken?

Het is duidelijk dat van de puzzelaar verwacht wordt dat hij een strategie ontwerpt om de boot zodanig heen en weer te roeien dat iedereen naar de overkant komt en een ramp voorkomen wordt.

Stel je voor dat je iemand het probleem voorlegt, en nadat hij een tijdje heeft zitten puzzelen, suggereert hij dat ze een kilometer stroomopwaarts gaan en een brug oversteken. "Welke brug?" zeg je. "Er wordt geen brug genoemd in de

probleemstelling.” En het uilskuiken antwoordt, “Nou, die zegt niet dat er *geen* brug is.” Je kijkt naar de probleemstelling, en je moet toegeven dat “die niet zegt dat er geen brug is”. Dus pas je de probleemstelling zodanig aan dat bruggen zijn uitgesloten en legt het probleem opnieuw voor, en het uilskuiken stelt een helikopter voor, en nadat je die hebt uitgesloten, stelt hij een gevleugeld paard voor of dat de anderen buiten boord hangen terwijl er twee roeien.

Je begrijpt nu dat, hoewel hij een uilskuiken is, hij wel een vindingrijk uilskuiken is. In je wanhoop hem het probleem te laten opvatten in de geest van de ware puzzelaar, vertel je hem de oplossing. Tot je verdere ergernis valt hij je oplossing aan omdat de boot lek zou kunnen zijn of riemen zou kunnen missen. Nadat je die omissie uit de probleemstelling hebt hersteld, suggereert hij dat een zeemonster de rivier komt opzwellen en de boot opslokt. Je voelt je opnieuw gefrustreerd, en gaat op zoek naar een manier van redeneren die deze rotzooi eens en voor altijd uit de wereld helpt. (Dennett 1987, p. 55–6.)³

Inderdaad, dit is het frame problem in een notendop: hoe kunnen we mensen ertoe brengen dat ze een kader om een probleem leggen waarbinnen ze de oplossing zoeken? Kunnen we ervoor zorgen dat iemand het raadsel van de missionarissen en de kannibalen oplost in – zoals Dennett het uitdrukt – “de geest van de ware puzzelaar”? Kunnen we voorkomen dat het “uilskuiken” met allerlei oplossingen komt die volstrekt niet binnen het kader passen? Als normale mensen (d.w.z. niet-‘uilskuike’) weten we natuurlijk dat er een kader om het raadsel ligt. Maar hoe weten we dat eigenlijk?

Daarvoor kunnen we te rade gaan bij Batesons ‘metacommunicatieve signalen’, de signalen die een boodschap vergezellen en die aangeven hoe de boodschap moet worden opgevat. (Het gaat hier dus om communicatie *over* communicatie, vandaar ‘metacommunicatie’.) Als voorbeeld geeft hij de vraag “Wat wil je vandaag gaan doen?” Normaliter kan de aangesproken persoon uit context, toonhoogte, gelaatsuitdrukking, et cetera wel afleiden wat daarmee bedoeld wordt, maar zonder die metacommunicatieve signalen kan de vraag van alles betekenen, variërend van een verwijt over wat je gisteren gedaan hebt, via een verzoek zo snel mogelijk op te hoepelen, tot een uitnodiging met je naar de dierentuin te gaan. De term ‘metacommunicatieve signalen’ lijkt te impliceren dat Bateson zich beperkt tot die signalen die bedoeld of bewust afgegeven worden. Die beperking heeft dat begrip echter niet: het gaat om alle signalen die

3 Het geval van het ‘uilskuiken’ doet denken aan het geval van de student die bij de nabespreking van een tentamen aanvoerde dat zijn antwoord goed was om de uitsluitende reden dat de gegevens die dat antwoord zouden rechtvaardigen, niet expliciet in de casus waren uitgesloten.

een metacommunicatieve *functie* hebben, dus ook de signalen die nooit bedoeld zijn als zodanig te fungeren.⁴

Als we nu het citaat van Dennett bekijken, hoe weten we dan dat het hier een raadsel betreft (even afgezien van mijn aankondiging dat er zoiets volgt)? Dat kunnen we uit de eerste alinea afleiden door de toon daarvan, de betrekkelijk contextvrije presentatie van het probleem, de onwaarschijnlijkheid van een dergelijke stand van zaken en de bijna lapidaire vraag waarmee de probleemstelling eindigt. In de tweede alinea vermeldt Dennett nog eens expliciet wat de bedoeling is, vooral om duidelijk te maken dat hij niet een beschrijving geeft van wat zich op dat moment onder zijn raam afspeelt. In de derde alinea valt het ongeloof op waarmee hij reageert op de suggestie van de brug en het gebruik van het woord ‘uilskuiken’, en in de vierde ten slotte de mededeling dat het raadsel moet worden opgelost in “de geest van de ware puzzelaar”.

Na deze schets van hoe in de communicatie tussen mensen het frame problem wordt opgelost, komen we op de vraag hoe dit probleem kan worden opgelost door apparaten die niet kunnen beschikken over de vijf menselijke zintuigen (zien, horen, ruiken, proeven en tasten), maar het alleen moeten doen met – desnoods onbeperkte – rekenkracht. Dennett laat zien hoe een ontwerper met het frame problem geconfronteerd wordt als hij een robot instrueert alleen *relevante* effecten te berekenen. Het enige wat die robot *kán* doen is het opstellen van lijsten met effecten die relevant of irrelevant zijn, maar verder dan het opstellen van lijstjes komt hij niet. De opvolger van deze ‘besluiteloze’ robot zou dan ook toegerust moeten worden met het uniek-menselijke vermogen irrelevante effecten domweg over te slaan en direct in te zoomen op de effecten die wel van belang zijn. Maar dat laat zien hoe diep het probleem zit. Als we namelijk tot de robot (of *mutatis mutandis* tot de ontwerper daarvan) zouden zeggen “Hou op met uitzoeken welke effecten je mag negeren, maar negeer ze gewoon”, zal hij ongetwijfeld reageren met “Hoe kan ik dat nou doen zonder te weten welke effecten ik negeren mag?” Er moet dus een reden worden gevonden voor “En nou is het genoeg!” die buiten de inmiddels vergaarde kennis ligt. Bij mensen is dat vrij simpel: bij bijvoorbeeld de aankoop van wat-dan-ook worden zij de oriënterende fase vroeg of laat ‘zat’ en nemen dan een beslissing. Het lijkt echter een vrij zinloze – en ook weinig intelligente – weg in deze apparaten een soort ‘vervelingsdrempel’ of ‘monotonie-intolerantie’ in te bouwen, al was het

4 In zijn algemeenheid geldt dat metacommunicatieve signalen die niet als zodanig bedoeld zijn, veel krachtiger zijn dan signalen die wel die bedoeling hebben. Denk bijvoorbeeld aan verveeld uit het raam kijken als iemand tegen je praat, knikkebollen tijdens een promotie of in je neus peuteren terwijl de Koningin de Troonrede voorleest.

alleen omdat de bestaansreden van zowel robots als computers gelegen is in het feit dat ze de meest monotone taken dag in dag uit kunnen verrichten zonder verveeld te raken. Wat we eigenlijk van hen willen, is dat ze de switch maken van ‘het overwegen iets te *gaan* doen’ naar ‘het *doen* ervan’. Dat iets *uit zichzelf* doen kan echter alleen als we die opvolger een zekere autonomie geven. Als die hem echter wordt toegestaan, is er niets dat hem zou beletten tegen ons te zeggen “Doe jij dat vervelende klusje zelf maar: ik heb daar nu geen zin in, want ik wil de krant lezen, naar de voetbaluitslagen luisteren of op zoek gaan naar een lief robottinnetje.” Stel u voor wat een hel dat zou zijn: ons hele huis volgestouwd met intelligente apparaten die drie maanden na aanschaf allemaal gaan puberen!

Met apparaten moeten we dus kiezen: ofwel domme die mechanisch doen wat hun wordt opgedragen, ofwel intelligente die ook weleens iets anders kunnen doen dan wat we van hen willen. Bij mensen ligt dat anders, want die beschikken al over een eigen intelligentie. Sommige uiterlijkheden kunnen we van hen eisen, maar we moeten ons verre houden van alles wat alleen van binnenuit kan komen (= het spontane). Als we dat niet doen, komen we terecht in de ‘Wees spontaan’-paradox. Daarin verstrikt zich bijvoorbeeld de moeder van Andy, die het haar zoontje kwalijk neemt dat hij niet *uit zichzelf* zijn huiswerk wil maken (Naschrift Posing, p. 180).

De volgende subparagraaf laat zien dat zowel een alledaags als een strafrechtelijk onderwerp (de causaliteit) zich er uitstekend voor leent te worden begrepen als iets dat een frame problem bevat.

5.2.2 Toepassingen

Om te beginnen een eenvoudige en alledaagse situatie: hoe kunnen we een simpel verzoek in een kader plaatsen? Neem het verzoek aan een kennis om in het weekend een partij te gaan golfen. “Dat is goed,” zegt hij, “tenzij” In plaats van de puntjes volgen nu zes mogelijke voorbehouden:

- 1 het regent.
- 2 ik niet over de auto kan beschikken.
- 3 ik griep krijg.
- 4 mijn vrouw moet bevallen.
- 5 ik mijn been breek.
- 6 mijn huis instort.

Het zal duidelijk zijn dat 6 en 5 beide onzinnig zijn. Als iemand met dergelijke voorbehouden komt, is dat vermoedelijk een poging tot humor zijnerzijds. Als

blijkt dat hij serieus meent wat hij zegt, is er alle reden ons af te vragen of de potentiële golfpartner niet zwaar overspannen is of anderszins aan verstandsverbijstering lijdt. Let wel dat 6 en 5, hoewel onzinnig, correcte voorbehouden zijn: in geval van een instorting van het huis of een beenbreuk wordt er inderdaad niet gegolfd. Hoewel ze op een lijst met *logische* voorbehouden dus hoog zouden scoren, doen ze er in dit verband niet toe: huisinstortingen en beenbreuken vallen buiten het kader van de *relevante* voorbehouden. Datzelfde geldt op het eerste gezicht voor 4 en 3. Als zijn vrouw niet eens zwanger is of de griep niet heerst, vallen dergelijke voorbehouden in de categorie smoezen die bedoeld zijn niet te hoeven zeggen dat zijn hoofd niet naar een partij golf staat. Als ten tijde van het gesprek echter zijn hoogzwangere vrouw op het punt staat een kind ter wereld te brengen of de griep een epidemische vorm is gaan aannemen, worden die voorbehouden ineens zinvol. De vraag of ze relevant zijn of niet, hangt hier dus af van de context. Die contextuele slag om de arm kan bij 2 en 1 vervallen: een voorbehoud omtrent het hebben van vervoer of het weer zal eenieder zonder commentaar laten passeren.

De drie groepen voorbehouden kunnen als volgt in schema worden gezet:

Zinnige voorbehouden (regen, auto)	Onzinnig, maar in context zinnig (griep, bevalling)	Onzinnige voorbehouden (beenbreuk, instorting huis)
---------------------------------------	---	---

We zien nu twee witte gebieden, die niet door een waterdichte grens van elkaar zijn afgegrensd maar worden gescheiden door een brede band waarin de context allesbepalend is.

Een frame problem ontstaat dus steeds als we de vraag stellen: “Wat wel en wat niet?” Om aan te sluiten bij het voorgaande voorbeeld met zijn relevante en irrelevante voorbehouden, zien we op privaatrechtelijk terrein zoiets bij de vraag welke ontbindende voorwaarden een overeenkomst moet hebben. Op strafrechtelijk terrein kunnen we het vermogen van *Homo sapiens* inkaderingsproblemen intuïtief, bliksemsnel en nagenoeg onopgemerkt op te lossen, gebruiken bij de vraag welke gevolgen wel of niet op het conto van de dader geschreven mogen worden. Die vraag is in de proloog al uitvoerig aan de orde geweest; de volgende casus presenteert het probleem op een iets andere wijze:

Op de snelweg ergert automobilist D (van Dader) zich bijzonder aan het rijgedrag van automobilist S (van Slachtoffer), die aan D’s bumper kleefde, met de lichten

knipperde en hem ten slotte over de vluchtstrook inhaalde. Teneinde S daarover aan te spreken, achtervolgt D hem als S de snelweg af slaat. Op de provinciale tweebaansweg langs een kanaal racen beiden met een snelheid van 140 kilometer per uur, waarbij D nog geen tien meter achter S rijdt. In een verkeerd getaxeerde – en dus te snel genomen – bocht verliest S de macht over het stuur, raakt van de weg af, schiet het kanaal in, kan niet op tijd uit zijn auto komen en komt door verdrinking om het leven.

Als we in deze casus het probleem van de causaliteit sec aan de orde willen laten komen, zou een door het gevolg gekwalificeerde delictsomschrijving op het gebeuren van toepassing moeten zijn. Dat is echter niet zo. Laten we daarom *for argument's sake* veronderstellen dat de Wegenverkeerswet een strafbepaling bevat die het opzettelijk begaan van zware verkeersovertredingen met een hogere straf bedreigt indien dat feit zwaar lichamelijk letsel of de dood ten gevolge heeft. De vraag wordt dan of er een causaal verband is tussen de snelheidsovertreding van S – hij reed 140 waar hij maar 80 mocht – en diens verdrinkingsdood. Indien we op de traditionele wijze te werk gaan, moeten we eerst een lijst maken van alle factoren die *conditio sine qua non* zijn voor diens dood.⁵ Dat zijn positieve factoren als D's buitensporige ergernis aan S' gestreste rijgedrag, beide het gevolg van een slecht huwelijk respectievelijk een hoge werkdruk. Maar ook negatieve, zoals het feit dat de provincie geen vangrail langs het kanaal had aangebracht. Om niet door te gaan tot in het oneindige, moet de lijst factoren op een of andere manier tot hanteerbare proporties worden teruggebracht. In het verleden gebeurde dat door een correctie aan te brengen op de 'conditio sine qua non'-leer. Als zodanig fungeerde de leer van de *causa proxima*, waarin alleen de dichtstbijzijnde causale schakel als oorzaak aangemerkt mocht worden. In de casus helpt die leer ons van de wal in de sloot, want dan is er geen causaal verband tussen D's achtervolging en S' dood. Immers, de *causa proxima* van S' dood door verdrinking is het feit dat hij niet op tijd uit zijn auto kon komen. En dat komt bijvoorbeeld doordat hij zijn veiligheidsriem niet snel genoeg loskreeg, in ieder geval door iets waar D's achtervolging buiten staat.

Als we het causaliteitsprobleem in de casus bezien als een frame problem, kunnen we simpelweg de vraag stellen wat de oorzaak is van S' verdrinkingsdood. Het antwoord daarop springt onmiddellijk naar voren: de achtervolging door D. Ook kunnen we de inkadering gebruiken door de traditionele antwoorden op de causaliteitsvraag te bezien in termen van kaders. We zien dan dat de *conditio sine qua non*-leer het kader veel te ruim legt: er gaan nu ook allerlei

5 Ziet u de overeenkomst met de besluiteloze robot van Dennett, die ook niet verder kwam dan het genereren van lijsten?

oorzaken van oorzaken meedoen, zoals de kwaliteit van D's huwelijk of S' werkdruk. Anderzijds legt de causa proxima-leer het kader veel te nauw: we moeten ons nu beperken tot de rechtstreekse oorzaken van S' dood door verdrinking, zoals het feit dat hij niet op tijd uit zijn auto kon komen. Een benadering van de causaliteit in termen van kaders biedt evenwel de mogelijkheid een elegante doorgang te vinden tussen de Scylla van de oeverloosheid en de Charybdis van de directe oorzaken.

Evenals bij de groepen voorbehouden uit het voorgaande kunnen we een schema maken van de gevolgen die uit een handeling voortvloeien:

AAN D TOE TE REKENEN GEVOLGEN		
Normale gevolgen (hogere snelheid S)	Abnormaal, maar in context normaal (verdrinkingsdood S)	Abnormale gevolgen (zelfmoord mevr. S)
NIET AAN D TOE TE REKENEN GEVOLGEN		

In dit schema gaan we van links naar rechts. In het linkervak vinden we de gevolgen die normaliter uit de gedraging voortvloeien: zo is het alleszins voorzienbaar dat als een automobilist door een andere auto achtervolgd wordt, hij sneller gaat rijden. Dat gevolg zou zonder meer aan de achtervolger mogen worden toegerekend. In het grijze tussengebied komen we op gevolgen die normaliter toevallig en onverwacht zijn, maar waarmee in de context wel degelijk rekening gehouden moet worden. Zo lijkt bij een achtervolging de verdrinkingsdood van de achtervolgde een onvoorzienbaar gevolg, *tenzij de achtervolging plaatsvindt op een weg die langs een niet-afgeschermd kanaal loopt*. Dan wordt het in het kanaal terechtkomen en verdrinken van de achtervolgde een normaal gevolg, dat voor rekening van de achtervolger komt. In het rechtervak ten slotte doet de context er niet meer toe: hier gaat het om gevolgen die zo bizar en ver verwijderd zijn dat ze niet meer op het conto van de achtervolger geschreven mogen worden. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat de vrouw van S door haar mans dood in een diepe depressie raakt en zich van het leven berooft.

Een moeilijkheid van het werken met kaders is dat inkaderen zo intuïtief is. Zoals Hofstadter (aangehaald in de proloog op p. 110) al aangaf “vinden we het erg moeilijk regels te formuleren die aangeven wanneer het zin heeft een variabele waar te nemen en wanneer niet”. In de beide witte gebieden is dat niet zo moeilijk – voorzienbaar/onvoorzienbaar bijvoorbeeld –, maar daar hebben we ook niet zoveel aan zulke regels: het is evident dat S' snelheidsovertreding

wel en de zelfmoord van mevrouw S *niet* voor rekening van D komt. Lastiger wordt het echter iets zinnigs te zeggen over het grijze gebied: bijna de enige mogelijkheid die we hier hebben zijn apodictische uitspraken als “Het is redelijk dit gevolg toe te rekenen”. Punt uit. De moeilijkheid met dit soort lapidaire overwegingen is dat ze meer kunnen verhullen dan onthullen: het *kán* een oprechte weergave zijn van het oordeel dat dit gevolg buiten het kader valt, maar het kan ook een moralisme verhullen als “Wie zich niet als een fatsoenlijke weggebruiker gedraagt, heeft maar op te draaien voor alle gevolgen die daaruit voortvloeien”. Beter ware het op het intuïtieve niveau te blijven en te zeggen “Het is (on)redelijk dit gevolg toe te rekenen,” gevolgd door “maar dat zou anders zijn als ...”. Daaruit kan – eveneens intuïtief – worden afgeleid welk kader wordt aangelegd.

Met het laten zien dat het probleem van de causaliteit zich er goed voor leent te worden benaderd alsof dat een frame problem bevat, wordt deze paragraaf afgesloten; daarmee resteert alleen nog een restant uit de proloog.

5.3 Restant uit proloog

Op p. 118 van de proloog wordt HR 22 september 1998, NJ 1999, 104 besproken. Het arrest betreft het geval van een crimineel die door de concurrentie was ontvoerd en tijdens zijn ontvoering werd gewurgd. De dader was in deze zaak vervolgd wegens overtreding van art. 282a, gijzelneming de dood tengevolge hebbend. In zijn conclusie roerde de AG een interessant punt aan, een punt dat zo basaal is dat het zelden expliciet naar voren komt. Het gaat over het onderscheid tussen een temporeel en een causaal verband, dat in het alledaags taalgebruik met een eigen voegwoord wordt uitgedrukt: voor temporele verbanden het voegwoord ‘terwijl’, en voor causale het voegwoord ‘omdat’.

Het aangehaalde arrest draait om het verschil tussen iemands dood *terwijl* hij ontvoerd is en *omdat* hij ontvoerd is. Volgens de AG zijn de door het gevolg gekwalificeerde delicten niet de manier om allerlei gevolgen aan de dader toe te schrijven die geen ander verband met het gronddelict hebben dan dat ze tijdens dat gronddelict zijn gepleegd. Als er dus alleen een terwijl-verband is tussen ontvoering en dood, is een – veel zwaardere – vervolging wegens opzettelijke levensberoving plus een wegens ontvoering sec de aangewezen weg. Een vervolging wegens ontvoering de dood tengevolge hebbend komt zijns inziens alleen in aanmerking als er meer is dan een temporeel verband tussen ontvoering en dood. Wat er dan meer zou moeten zijn, gaf hij ook aan (bijv. de dood vinden bij een poging tot zelfbevrijding, of een zelfmoord vanwege de omstandigheden

waarin het slachtoffer door zijn ontvoering is komen te verkeren). Kortom, een veroordeling wegens een door het gevolg gekwalificeerd delict is alleen geïndiceerd als er een omdat-verband is tussen gronddelict en gevolg.

Eén implicatie van het contrast tussen omdat en terwijl is al aan de orde geweest in Proloog Opzet en Culpa (p. 54): daar is het verschil belicht tussen iets doen *omdat* het verboden is ('boos opzet') en iets doen *terwijl* het verboden is ('opzettelijk wederrechtelijk'). Een tweede daarvan, het verschil tussen causaliteit en correlatie, is tevens het einde van deze paragraaf en daarmee van dit naschrift.

In de statistiek komt terwijl/omdat tot uiting in het verschil tussen correlatie en causaliteit. Bij correlatie geeft men de samenhang tussen twee verschijnselen weer op een schaal die loopt van -1 via 0 naar +1. Een correlatie van 0 betekent dat er *geen* samenhang is tussen verschijnsel A en verschijnsel B (zo is er bij mensen geen correlatie tussen de kleur van de ogen en het geslacht). Een negatieve correlatie – van -1 naar 0 – betekent niet meer dan dat als verschijnsel A optreedt, zich *niet* tevens verschijnsel B voordoet (bij temperaturen boven de nul graden blijft sneeuw niet liggen); een positieve correlatie – van 0 naar +1 – betekent daarentegen slechts dat als verschijnsel A optreedt, verschijnsel B zich *ook* voordoet (als het regent wordt het gras nat). In onze studententijd werden we er uitdrukkelijk voor gewaarschuwd om uit het feit dat twee verschijnselen positief correleerden niet te snel af te leiden dat de een de oorzaak was van de ander. Een simpel voorbeeld was het smelten van het asfalt en het smelten van het ijs dat je bij de ijscoman gekocht had. De correlatie tussen beide was zo goed als +1, in de zin dat als het asfalt smolt, dat ook gold voor je ijsje. Het zou echter onzin zijn daaruit af te leiden dat het smelten van het asfalt de oorzaak was van het smelten van het ijsje (bijv. door te concluderen dat er bij het smelten van het asfalt een chemische stof vrijkwam waardoor ook het ijsje vloeibaar werd), omdat *beide* de gevolgen waren van een achterliggende oorzaak: de zomerse hitte.

Het voorbeeld maakt duidelijk dat voor het vaststellen van de correlatie eigenlijk niet meer nodig is dan goed kunnen tellen; voor het leggen van een causaal verband is echter meer inzicht nodig. Het feit dat proefdieren in een psychologisch laboratorium doorgaans weinig inzicht hebben in de proeven waaraan zij onderworpen worden, maakt die dieren er rijp voor causale verbanden te leggen waar die helemaal niet zijn. Watzlawick 1976 geeft daarvan op p. 47–8 een fraai voorbeeld. Onder de titel 'De bijgelovige rat' vermeldt hij een onderzoek waarin een rat vanuit zijn kooi werd losgelaten in een ruimte van ongeveer een meter diep, waarin aan het uiteinde een voerbak stond. Nu was het onderzoek zo opgezet dat er pas na tien seconden voer in de voerbak kwam.

Als de rat dus onmiddellijk naar de voerbak rende, trof hij een lege bak aan. Als hij echter pas na tien seconden bij de voerbak kwam, begon die geluiden te maken en produceerde voer. Nadat de rat in de ruimte was gelaten, was het dus zaak om op de een of andere manier tien seconden te laten verstrijken. In die tien seconden deden de ratten van alles en nog wat: sommige sprongen naar links of naar rechts, andere maakten een pirouette of een koprol en weer andere voerden een heel ritueel uit. Het punt was dat dat alles volstrekt irrelevant was, zolang het maar tien seconden duurde: als ze na die tijd naar de voerbak renden, kwam er voer in. De ratten die de eerste maal succes in dit experiment hadden geboekt (d.w.z. voer hadden gekregen), bleven bij latere experimenten echter hun eerste gedrag vertonen; het was alsof ze het krijgen van voer zagen als een beloning voor het vertoonde gedrag, een soort “Als ik maar een mooie pirouette maak, krijg ik wel voer”. Dat geen van de ratten op het idee kwam dat het niet de pirouette was maar het loutere tijdsverloop dat het maken van de pirouette kostte, hoeft nauwelijks verbazing te wekken: het is erg onwaarschijnlijk dat ratten in hun normale leefwereld te maken krijgen met vertragsfactoren van tien seconden. Geen wonder dat ze niet evolutionair geëquipeerd zijn voor het omgaan met zulke situaties.

Bateson 1972 geeft aan dat het geloofssysteem dat door de bijgelovige ratten is ontwikkeld, vrijwel niet weerlegd kan worden door slechts op de feiten te wijzen. Als je namelijk een rat, die voer had weten te krijgen door het maken van een pirouette, het bovenstaande over het loutere tijdsverloop had verteld, was de kans groot geweest dat hij – als hij al had kunnen praten – had gezegd: “Dat is allemaal leuk en aardig, maar laat mij nou maar mijn pirouette maken; je weet tenslotte nooit wat er was gebeurd als ik die *niet* had gemaakt!” Dat mensen ook vaak langs die lijnen reageren (dat maakt de antropomorfisering van de rat zo aantrekkelijk), laat Bateson zien in de bespreking van het fenomeen Leren-II in 7.1 van Naschrift Posing.

5.4 Meerwaarde van intuïtieve benadering

Bij de leerstukken opzet en culpa kan de intellectuele benadering rechtstreeks geconfronteerd worden met een intuïtieve; bij het leerstuk van de causaliteit is zo’n tegenoverstelling eveneens mogelijk, maar niet meer nodig.

5.4.1 Toerekening naar redelijkheid

De Hoge Raad heeft sinds 1978 al gekozen voor een intuïtieve optiek, de ‘redelijke toerekening’. De toerekening naar redelijkheid wordt weliswaar

intellectueel gepresenteerd als een causaliteitsleer, maar eigenlijk is het iets intuïtiefs. Zo wordt op apodictische wijze gesteld dat het redelijk is een bepaald gevolg nog toe te rekenen (of niet meer) zonder dat redenen worden aangevoerd waarom het toerekenen (on)redelijk is. In feite komt dat overeen met de wijze waarop mensen plegen om te gaan met het frame problem: mensen blijken voortreffelijk in staat (a) een probleem in een kader te plaatsen, (b) onmiddellijk in te zoomen op het handvol factoren dat ertoe doet en (c) het frame problem op te lossen zonder enig besef *dat* zij een probleem hebben opgelost. Met andere woorden: voor mensen is het probleem van het inkaderen een non-probleem,

Voor juristen die openstaan voor hun intuïtie, is het probleem van de causaliteit net zo'n non-probleem: de hoofdmoot van de gevallen waarop de zogenaamde causaliteitsleren werden losgelaten – alsof het ging om consequenties van de natuurwetten –, is het gevolg van een toevallige samenloop van omstandigheden. Aangezien het in feite gaat om de vraag welk van deze contingente gevolgen nog op het conto van een dader geschreven mogen worden en welke niet, ligt hier wederom een inkaderprobleem. Omdat mensen voor het oplossen daarvan voldoende geëquipeerd zijn, is er *geen* pragmatische aanleiding de causaliteit als problematisch te beschouwen.

Voor juristen die zich trachten af te sluiten voor hun intuïtie, is het gevolg van een toevallige samenloop van omstandigheden daarentegen *wel* een probleem. Zo'n samenloop onttrekt zich immers aan controle van het intellect, dat een hekel heeft aan steeds wisselende situaties omdat het zich daardoor voortdurend voor schut gezet voelt. Vandaar dat juristen die alleen een beroep doen op intellect en geheugen, met contingentie niet uit de voeten kunnen: de gevolgen daarvan zijn, hoewel gedetermineerd, toch onvoorspelbaar. En het is juist die onvoorspelbaarheid die de bijl aan de wortel legt van het mens- en wereldbeeld van de jurist die zich alleen beroept op zijn intellect: dat is gecentreerd rond noties als voorzienbaarheid, beheersbaarheid en (rechts)zekerheid.

5.4.2 *Reden bespreking frame problem*

Naschrift Causaliteit is vooral ingegaan op het frame problem omdat het naschrift een hart onder de riem wilde steken van die juristen die met het aanhangen van de leer der redelijke toerekening het onbehagelijke gevoel hadden gekregen het smalle pad van de objectieve wetenschap te hebben verlaten en hun toevlucht te nemen tot iets subjectiefs (en dus willekeurigs). Het heeft willen laten zien dat onderzoekers uit een vakgebied als de cognitieve wetenschap, dat zo door en door wetenschappelijk is dat men zijn hand niet omdraait voor toepassing van geavanceerde wiskundige technieken als de puntenwolk, uiteinde-

lijk toch de voorkeur geven aan het menselijke vermogen om – schijnbaar vanzelf – een probleem op te lossen dat anders onoplosbaar is. Deze literatuur geeft de lezer het bevredigende gevoel wat een complexe en superieure wezens mensen eigenlijk zijn om uit zichzelf de evidentie te zien van “Als Edna naar de kerk gaat, gaat haar hoofd met haar mee”. Het is bij uitstek deze tak van wetenschap die duidelijk maakt dat banale en vanzelfsprekende vaardigheden van mensen geenszins banaal zijn en vanzelf spreken!

5.4.3 *Link met huidige jurisprudentie/literatuur*

Ten behoeve van het leggen van een connectie tussen dit proefschrift en recente jurisprudentie van de Hoge Raad, zijn de volgende arresten gezien:

- HR 13 juni 2006, NJ 2007, 48, waarin verdachte doodslag ten laste was gelegd;
- HR 28 november 2006, NJ 2007, 49, waarin verdachte primair medeplegen van zware mishandeling ten laste was gelegd, alsmede subsidiair openlijke geweldpleging de dood tengevolge hebbend;
- HR 20 februari 2007, NJ 2007, 283, waarin verdachte het medeplegen van een poging tot afpersing de dood tengevolge hebbend ten laste was gelegd.

Bezien vanuit Proloog en Naschrift Causaliteit is de behandeling van het onderwerp verwarrend, en soms rondt vervreemdend: er wordt gedaan alsof de causaliteit een kwestie is van een fysische band tussen handelen en gevolg, en niet van aansprakelijkheid voor dat gevolg. Dit wrekt zich doordat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen het fysische en het causale verband, waarbij de term ‘causaal verband’ een wat elliptische omschrijving is voor een fysisch verband *dat op het conto van de dader geschreven mag worden*. Daarbij geldt dat het fysische verband onder het regiem van de bewijsmiddelen valt, terwijl het toerekenen van dit fysische verband wordt beheerst door de leer van de redelijke toerekening.

Het verzuim het onderscheid fysisch/causaal te maken, kan er allereerst toe leiden (zoals in beide eerste arresten ook gebeurd is) dat de leer van de redelijke toerekening wordt gebruikt om manco's in de bewijsmiddelen op te vullen; de Hoge Raad bracht dat als volgt onder woorden in NJ 2007, 48: “een hoogst-onwaarschijnlijke mogelijkheid van een alternatieve gang van zaken staat een bewezenverklaring van het causaal verband niet in de weg”. Als de Raad had overwogen dat die hoogst-onwaarschijnlijke mogelijkheid een bewezenverklaring van het *fysische* verband niet in de weg had gestaan, was dat niet minder dan een open deur geweest: van de bewijsmiddelen wordt nimmer geëist dat die alle onwaarschijnlijke mogelijkheden op voorhand uitsluiten. Mocht het zo zijn dat

zich een alternatieve gang van zaken heeft voorgedaan die een bewezenverklaring finaal uitsluit maar waar de bewijsmiddelen niet van reppen, dan is de feitenrechter op grond van de Meer en Vaart-jurisprudentie verplicht die situatie te verhelpen. Bovendien geeft de nieuwe tweede volzin van art. 359, tweede lid Sv zowel aan verdachte als aan het OM de mogelijkheid omtrent zo'n alternatieve gang van zaken een "uitdrukkelijk onderbouwd standpunt" te formuleren, waarop de rechter verplicht is te responderen. Kortom, op het terrein van de causaliteit is het goed mogelijk een en ander aan te snijden op het niveau van de bewijsmiddelen, zonder dat daarvoor de toevlucht moet worden genomen tot de – daarvoor geenszins bedoelde – leer der redelijke toerekening.

Een tweede gevolg van het niet-maken van het onderscheid fysisch/causaal is dat het leerstuk van de causaliteit een veel te ruime toepassing krijgt: er wordt gedaan of dit leerstuk bij *alle* delictsomschrijvingen op dezelfde wijze aan de orde komt, in plaats van zich te beperken tot door het gevolg gekwalificeerde feiten. Zo wordt het fysisch verband in HR NJ 2007, 48 en in het primair ten laste gelegde van HR NJ 2007, 49 afgeschermd door verdachtes opzet daarop (op een wijze zoals beschreven in Proloog en Naschrift Causaliteit), en komt het fysisch verband, gemitigeerd door de leer der redelijke toerekening, alleen nog sec im Frage bij het subsidiair ten laste gelegde van HR NJ 2007, 49 en bij HR NJ 2007, 283. Het is vermoedelijk dit tweede gevolg dat de omgang met de causaliteit net zo vervreemdend maakt als in de negentiende-eeuwse geschriften over dit onderwerp.

Laat ik ten slotte mijn benadering nog eens illustreren door deze af te zetten tegen meer gangbare juridische. Ik ga – uiteraard – niet in op *alle* publicaties inzake causaliteit, maar beperk me tot één tekst, te weten Kwakman 2007.

Mijn benadering en die van Kwakman lopen ver uiteen doordat wij beiden uitgaan van een verschillende plaats waar kennis omtrent de causaliteit moet worden gelokaliseerd: Kwakman situeert die kennis in het intellect en de natuurwetenschap, terwijl ik die positioneer in de intuïtie en de common sense. Zoals is aangegeven in de Algemene inleiding bestaat voor mij de kennis van de causaliteit voornamelijk uit een intuïtieve en aangeboren kennis van "de bewegingen, krachten en vervormingen waaraan objecten blootstaan" (1.2.1). Hoewel dat soort kennis vrij precies is, is die dat niet in mathematische zin. Om een voorbeeld uit die paragraaf te nemen: iedereen weet dat wanneer een huisvrouw op de vierde etage van buitenom de ramen lapt en daarbij haar evenwicht verliest, de val harder aankomt dan wanneer ze vanaf de eerste etage valt. Alleen iemand die fysica heeft gestudeerd, kan vertellen dat een object in

vrije val (waaronder in dit geval het menselijk lichaam) per gevallen seconde met 9,8 meter per seconde versnelt, zodat een val van vierhoog gevaarlijker is dan een van éénhoog. Wetenschap is een uitbouw van die al aanwezige intuïtieve kennis (een aanvulling of verfijning die bijv. gebruikt kan worden in de astronomie), en is niet iets dat in het strafrecht daarvoor in de plaats zou moeten komen. Dus primair de intuïtieve kennis, en pas secundair de wetenschappelijke. Dat primaat van de intuïtieve kennis in het strafrecht is ook al gebruikt in Proloog Causaliteit, waar de bespreking van het arrest inzake de Bijlmer doodslag is voorafgegaan door de stelling dat niemand *exact* hoeft te weten welke verwondingen herhaald steken in de buik heeft (p. 95): het is voldoende om te weten dat zulk steken fataal kan zijn. (Als die eis van exacte kennis wel gesteld zou worden, zou alleen een medisch geschoold iemand een ander met een mes om het leven kunnen brengen, aldus Karl Binding.)

Het feit dat een intuïtieve en niet-exacte kennis omtrent de causaliteit in het strafrecht volstaat, betekent op het niveau van de bewijsmiddelen dat niet iedere onwaarschijnlijke mogelijkheid hoeft te worden uitgesloten. Een uitzondering zijn die gevallen (denk bijv. aan het arrest-‘Alcohol of hersenschudding’) waarin de raadsman als een ware detective voor zijn cliënt is opgetreden en van het begin af aan de mogelijkheid van een alternatieve verklaring naar voren heeft gebracht. Als de feitenrechter dan aan die (bij wijze van uitzondering wél reële) mogelijkheid niet de nodige aandacht heeft besteed, ontstaat een Meer en Vaart-situatie (of een waar art. 359 lid 2 Sv voor bedoeld is). Kortom, als men – zoals ik doe – redelijke toerekening opvat als een leer die het primaat geeft aan de intuïtie, hoeft het geen verwondering te wekken dat de Hoge Raad korte metten maakt met verweren dat het hof een of andere onwaarschijnlijke mogelijkheid niet heeft onderzocht, en het college in plaats daarvan benadrukt dat het vooral gaat om een ‘redelijke’ (d.w.z. op de intuïtie gebaseerde) toerekening.

6 Proloog Posing

Laat ik deze proloog beginnen met een onderwerp dat in de voorgaande prologen slechts zijdelings is benaderd: de grijze gebieden. Deze kentheoretische benadering – met een duur woord *epistemologie* – doordesemt de hele proloog.

6.1 Grijze gebieden

Wat ik bedoel met grijze gebieden, wordt het duidelijkst door wat te variëren op het voorbeeld dat Hofstadter gebruikte om te illustreren wat het *frame problem* inhoudt (zie Proloog Causaliteit, p. 110):

Als ik je toezeg dat ik je om zeven uur op het station zal ontmoeten, hoe weet ik dan dat het geen zin heeft daaraan het voorbehoud te verbinden “tenzij er een vulkaan uitbarst”, maar dat het voorbehoud “tenzij de file me ophoudt” wel degelijk zin heeft?

Dat levert een tweedeling op:

Zinnige voorbehouden (file)	Onzinnige voorbehouden (vulkaanuitbarsting)
--------------------------------	--

Die tweedeling is echter niet het hele verhaal. Hij kan namelijk ook zeggen: “... als ik dan terug ben van mijn zakenreis” of “... als ik mijn been niet breek”. Die eerste voorwaarde – de zakenreis – lijkt zinnig, maar wordt onzinnig als u weet dat uw gesprekspartner al drie jaar werkloos is en niets anders om handen heeft dan af en toe een sollicitatiebrief te schrijven. De tweede voorwaarde – de beenbreuk – lijkt onzinnig, maar wordt zinnig als u weet dat uw gesprekspartner de dag ervoor deelneemt aan een zaalvoetbaltoernooi, waar hij al twee keer eerder met een bijna-beenbreuk vandaan is gekomen. Het schema moet dus worden verfijnd:

Altijd zinnig (file)	Onzinnig, maar in context zinnig (been- breuk)	Zinnig, maar in context onzinnig (zakenreis)	Altijd onzinnig (vulkaanuitbarsting)
-------------------------	---	---	---

Een dergelijk schema kunnen we overplanten naar het strafrecht. In een zaak tegen een man die doelbewust zijn vijand een kogel door het hoofd heeft gejaagd, praten strafjuristen niet eens over onderwerpen als opzet en causaliteit: de aanwezigheid daarvan is zo evident dat het praten erover op één lijn staat met het opperen van een vulkaanuitbarsting als beletsel voor een ontmoeting. Straffjuristen plegen dergelijke onderwerpen pas aan te roeren als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven, dus bijvoorbeeld als de dader op B mikte maar A raakte (“Had de dader misschien *voorwaardelijk* opzet op de dood van A?”) of als tegelijkertijd meerdere schoten op het slachtoffer werden afgevuurd (“Wat waren de resultaten van het ballistisch onderzoek?”). Met andere woorden: strafjuristen opereren vooral in de grijze gebieden, waar de context allesbepalend is en niet in de witte, waar de context er niet of nauwelijks toe doet.

Een fout die studenten veel maken, is dat ze met materiaal uit deze grijze gebieden (in het bijzonder jurisprudentie) omgaan *alsof* dit uit een wit gebied afkomstig is. Dat ‘doen alsof’ manifesteert zich in een stelselmatig negeren van de context. Zo wordt vaak een abstracte typering uit een arrest (bijv. ‘de uiterlijke verschijningsvorm van de handeling’ uit het Cito-arrest) losgezongen van de concrete situatie en getransformeerd tot een formule, die vervolgens de status van Absolute Waarheid krijgt. Op die wijze wordt het strafrecht gereduceerd tot een soort scheikunde, een “ $\text{NaCl} + \text{H}_2\text{O}_2 = \text{‘Begin van uitvoering’}$ ”. Als u op zo’n manier een strafrechtelijk leerstuk probeert te vangen in een

abstracte, uit een wit gebied afkomstige formule, bent u met een futiele operatie bezig. En niet alleen dat: het is ook een buitengewoon frustrerende manier van doen, die hoge eisen stelt aan uw stressbestendigheid. Net op het moment namelijk dat u denkt de stof door te hebben, pleegt er een uitspraak op te duiken die niet past in uw strakke keurslijf. Globaal gezien hebt u dan twee opties: of uw keurslijf herzien, of – met Hegel – zeggen: “Als de feiten niet kloppen met mijn theorie, dan is dat jammer voor de feiten.”

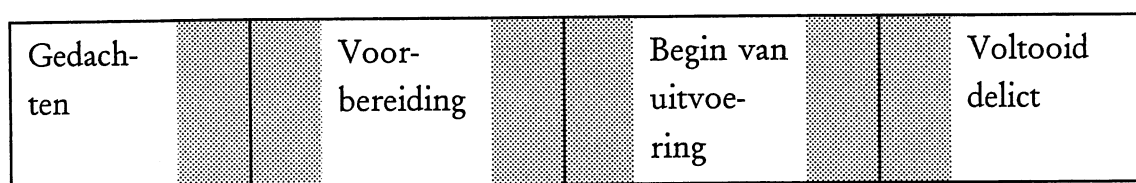
Het is daarom beter af te zien van ‘juridische scheikunde’ en te beseffen dat u in een grijs gebied zit. Hier is het een goede strategie u een goed beeld te vormen van wat zich feitelijk heeft afgespeeld en u ‘te wortelen in de concrete situatie’. Dan kunt u zich van binnenuit afvragen of die abstracte typering eigenlijk iets voorstelt: is er een criterium in te herkennen dat in concreto een onderscheidende waarde heeft? Dat wil zeggen: een criterium aan de hand waarvan u kunt zeggen “Indien verdachte dat-en-dat had gedaan, was er wél een begin van uitvoering geweest”. Wanneer een criterium niet zo’n onderscheidende waarde heeft, kan het zijn dat u die abstracte typering nog niet begrepen hebt; het kan echter ook zijn dat de abstracte typering in het geheel geen criterium bevat of, sterker nog, niet meer is dan gewichtig klinkende orakeltaal die niet bedoeld is om inzicht te onthullen maar om gebrek aan inzicht te verhullen. Als u die conclusie tot de mogelijkheden laat behoren, vermijdt u in ieder geval de theorie boven de feiten te stellen.

Gewapend met dit inzicht kunnen we overgaan tot het uiterst contextgevoelige – en juist daardoor zo boeiende – leerstuk van de poging. Om dat in perspectief te plaatsen, begin ik met te laten zien dat het leerstuk pas gaat spelen in de laatste stadia van de *iter criminis*, de ‘criminele weg’.

6.2 Poging in perspectief

6.2.1 *Iter criminis*

De *iter criminis* is het traject dat een strafbaar feit moet doorlopen vanaf zijn oorsprong in het hoofd van de dader tot en met de volledige vervulling van de delictsomschrijving. Deze weg kunnen we op een lijn uitzetten, waar ik de grijze gebieden al heb ingetekend:



De witte gebieden van deze tekening zijn geen probleem: een gedachte is bijvoorbeeld het overwegen een bank te beroven, een voorbereidingshandeling is de aanschaf van een bivakmuts met het oog op die bankoverval, een uitvoeringshandeling is het richten van een pistool op het personeel van de bank, terwijl het delict voltooid is als u hoog en droog met de buit weer thuis zit. Zoals steeds ontstaan de problemen in de grijze gebieden. Is de aanschaf van een bivakmuts een voorbereidingshandeling indien u daarbij overweegt die voor een bankoverval te gebruiken, maar als u 'm daar niet voor gebruikt, dan in ieder geval van de winter een lekker warm hoofd hebt? Is het gewapend betreden van het bankfiliaal al een uitvoeringshandeling? Is de poging strafbaar indien u die opgeeft omdat u de sirenes van een politieauto hoort aankomen?

Dit soort vragen wordt behandeld in 6.3 en 6.4. Maar eerst wil ik u laten zien hoe de delictsomschrijving het leerstuk van de poging beïnvloedt.

6.2.2 *Invloed delictsomschrijving*

Bezie eens het volgende geval:

Bryn T. staat in de rij voor de kassa van de HEMA. Achter hem staat een geheel gevuld wagentje van een mevrouw die zich half heeft omgedraaid en geanimeerd aan het praten is met de vrouw achter haar, zodat zij niets merkt van wat zich allemaal afspeelt. Boven op haar boodschappen ligt een portemonnee, die zo te zien bulkt van het geld. Bryn pakt die snel. Als hij 'm opent, ziet hij dat de portemonnee nog ongebruikt is en vermoedelijk zojuist is aangeschaft: hij leek zo dik doordat hij met vloeipapier opgevuld is. Teleurgesteld legt Bryn de portemonnee terug.

Velen van u zullen concluderen dat hier een poging tot diefstal wordt gepleegd (art. 45 jo. 310). Die opvatting miskent echter op twee punten het karakter van art. 310. Allereerst staat in dat artikel de zinsnede 'het wegnemen van een goed'. Een portemonnee is evenzeer een goed als het geld dat zich daarin bevindt. Het doet er niet toe dat het verdachte uiteindelijk om het geld ging, want voor het opzet is niet van belang wat verdachtes hogere maar wat zijn naaste doel is (vgl. de mevrouw van het tafelkleed uit Proloog Opzet en Culpa, p. 31). En dat doel is het wegnemen van de portemonnee. Zodra verdachte die heeft weggenomen, is de diefstal voltooid. In de tweede plaats spreekt art. 310 van het 'wegnemen van een goed *met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening*'. Het gecursiveerde gedeelte is een zogeheten bijkomend oogmerk (zie Proloog Opzet en Culpa, p. 33), wat betekent dat op het moment van wegnemen slechts de bedoeling hoeft te bestaan zich het goed toe te eigenen; of die bedoeling realiteit wordt

(= dat het goed inderdaad wordt toegeëigend), is irrelevant voor het aannemen van diefstal. Simpler gezegd: art. 310 stelt het wegnemen met de intentie van toe-eigening strafbaar en is dus al voltooid als het wegnemen met die intentie is voltooid. Dus wederom geen poging tot diefstal, maar een voltooide diefstal.

In het vervolg van deze subparagraaf besteed ik niet zozeer aandacht aan separate delictsomschrijvingen als in dit intro, maar aan een viertal *categorieën* daarvan.

6.2.2.1 FORMELE/MATERIËLE DELICTEN

Het voorbeeld van Bryn T. maakt duidelijk dat het leerstuk van de poging nauwelijks een rol speelt bij formele delicten als art. 310, waar alleen strafbaar is gesteld dat men een bepaalde handeling heeft verricht en niet dat die handeling ook een bepaald gevolg heeft gehad. Bij die formele delicten is een poging slechts mogelijk als er iets misgaat met de wegnemingshandeling zelf, zoals in de volgende casus:

Sylvia J. heeft haar zevenjarig zoontje Rob opgedragen bij de drogisterij een doos Pampers te halen. “Ik heb die doos al betaald; je hoeft de Pampers alleen maar te pakken en naar huis te rennen”, voegt ze er – in strijd met de waarheid – aan toe. In de zaak wil Rob een doos Pampers uit de stapel trekken. Maar omdat de stapel zo hoog is en het ventje zo klein, ziet hij niet dat op de bovenste doos een dienblad met lege koffiekopjes staat. De kopjes kletteren met veel lawaai op de stenen vloer. Geschrokken laat Rob de doos verder voor wat die is en rent de winkel uit.

Hier kan de pogingsconstructie alleen worden gebruikt omdat het niet gelukt is de Pampers *weg te nemen*; als dat wel was gelukt, was de diefstal voltooid geweest.¹

Bij formele delicten bestaat dus maar een kleine ruimte om een poging te construeren; daarom is het leerstuk van de poging vooral van belang bij materiële delicten, de delicten waar het intreden van een bepaald gevolg een (im- of expliciet) bestanddeel is. Een voorbeeld is de doodslag van art. 287, waar tussen de activiteit(en) van de dader en de dood van zijn slachtoffer een bepaald tijdsverloop kan liggen. Door dat tijdsverloop ontstaat er ruimte tussen het begin van uitvoering en de voltooiing van het delict. Die ruimte kan worden gevuld door de twee vormen van de strafbare poging, te weten de onvoltooide

1 Van deze poging tot diefstal is Rob overigens de niet-vervolgbare materiële dader en zijn moeder Sylvia de strafbare doen pleger (vgl. Proloog Deelneming, 8.2.2).

of de voltooide poging. In beide gevallen treedt het gevolg niet in; het onderscheid tussen beide heeft te maken met het gedrag van verdachte tot aan dat niet-intreden. Bij de onvoltooide poging voerde hij zijn handeling niet goed uit (hij schoot maar miste) of kón hij niet meer doen wat hij nog doen moest (hij werd verhinderd); bij de voltooide poging heeft verdachte alles gedaan wat nodig is, maar treedt het gevolg niet in door redenen buiten hem om. Een voorbeeld van een voltooide poging is het volgende geval:

Arjen E. loopt als coassistent stage in het Maasziekenhuis. Op een dag wordt op zijn afdeling iemand binnengebracht met een hartinfarct. Arjen herkent de man als Govert B., jegens wie Arjen een wrok koestert: hij houdt B. er verantwoordelijk voor dat zijn zus aan de heroïne raakte en in de prostitutie terechtkwam. Arjen laat de kans op wraak niet onbenut: hij vult een injectiespuit met honderdvijftig eenheden snelwerkende insuline. Die insuline spuit hij in bij B., voor wie – als niet-diabeet – een dergelijke hoeveelheid dodelijk is. Daarop verlaat Arjen de afdeling.

Arjen heeft echter buiten de waard gerekend: de afdelingsarts constateert bij B. een hypoglycaemisch coma en geeft hem snel een injectie met glucagon. B. komt bij.

Hier heeft Arjen alles gedaan wat zijnerzijds nodig was; het gevolg is evenwel niet ingetreden door het ingrijpen van de afdelingsarts.

Een terminologische waarschuwing: de term ‘voltooide poging’ kan nogal wat misverstanden oproepen. Zo menen veel studenten dat een voltooide poging hetzelfde is als een voltooid delict. Dat is niet zo. Bij een voltooide poging is slechts de *poging* tot het delict voltooid en niet het delict zelf: het gevolg is niet ingetreden hoewel de dader alles had gedaan wat van zijn kant nodig was. Zo is ook bij een onvoltooide poging slechts de *poging* tot het delict onvoltooid en niet het delict zelf: de term ‘onvoltooide poging’ geeft aan dat het delict in een pogingsstadium is blijven steken doordat de dader zijn werk niet heeft af-gemaakt/kon afmaken.²

6.2.2.2 GEKWALIFICEERDE DELICTEN

Eerst een algemeen punt. Een poging begint zodra een aanvang wordt gemaakt met een van de bestanddelen van het delict. Dat betekent dat er al een poging

- 2 De voltooide poging is in zekere zin dus ‘erger’ dan de onvoltooide; daarom bedreigen sommige rechtsstelsels een voltooide poging (een *délit manqué*) met een zwaardere straf dan een onvoltooide (een *tentative*). Nu dit in Nederland niet zo is, is het onderscheid voor ons van weinig belang; het speelt alleen een rol bij de vrijwillige terugtred (zie 6.3.3).

tot oplichting (art. 326) is zodra verdachte begint zijn act op te voeren (= de “listige kunstgrepen” van dit artikel). Men hoeft dus niet te wachten tot verdachte op het punt staat zijn slachtoffer te bewegen tot afgifte, de eigenlijke kern van dit delict. We zien dit bijvoorbeeld in HR 8 december 1992, NJ 1993, 321 (Videodozen):

In de hoop hem op te lichten, bieden C. en een mededader de potentiële koper videorecorders te koop aan. “Vier voor vierhonderd gulden”, voegen ze hem toe. [Ze wekten dus de indruk gestolen video’s te verkopen, het misdrijf van art. 416.] Nog voordat de met zand gevulde videodozen uit de kofferbak van de auto worden gehaald (en het tot een koop kan komen), komt de politie tussenbeide. De oplichting is daarmee van de baan.

De Hoge Raad stelde dat hier al begonnen was met het delict van art. 326, ondanks het feit dat de met zand gevulde videodozen nog geen enkele rol hadden gespeeld en zich ten tijde van het gesprek nog in de kofferruimte van de auto bevonden.

Dan de toepassing. De regel dat vervulling van een der bestanddelen meteen het begin van het delict zelf is, geldt ook in het geval van gekwalificeerde delicten, dat wil zeggen een gronddelict met strafverhogende omstandigheden. Een voorbeeld is de diefstal met braak (art. 311 lid 1 onder 5°).

Joop Ergernis heeft een paar kostbare zeefdrukken aan de muur hangen. Wetend hoe kostbaar die zijn, wachten twee criminelen tot in huize-Ergernis niemand thuis is en breken dan in. Ergernis heeft echter een dermate goede verstandhouding met zijn buurman dat die Ergernis’ huis in de gaten houdt alsof het zijn eigen is. Als buurman glasgerinkel hoort, belt hij onmiddellijk de politie. Die is snel ter plekke en betrapt de inbrekers op heterdaad.

In dit geval is met het inslaan van de ruit de diefstal met braak reeds begonnen, ook al zouden de inbrekers nog geen hand hebben uitgestoken naar de zeefdrukken.

6.2.2.3 CULPOSE DELICTEN

De poging veronderstelt een voornemen het delict te plegen (uitgebreid hierover 6.3.1). Aangezien het ondenkbaar is dat iemand zich voorneemt uit onachtzaamheid een delict te gaan plegen – een dergelijke mentale acrobatiek is nu eenmaal onmogelijk –, is de poging tot een culpoos delict een *contradictio in terminis*. Een voorbeeld is een poging tot dood door schuld (art. 307), die gewoon niet

kán. Op het moment dat je je namelijk voorneemt zo roekeloos te gaan rijden dat je iemand doodrijdt, wordt je culpa automatisch omgezet in voorwaardelijk opzet op de dood van een ander: aan die slechte afloop heb je dan gedacht (onbewuste culpa is daarmee uitgesloten) én die is voor lief genomen (bewuste culpa valt dus ook weg). Het kan zelfs zo zijn dat de culpa wordt vervangen door opzet *als oogmerk*: je kunt niet meer vertrouwen op een goede afloop als een slechte afloop je bedoeling is.

Toch is in een beperkt aantal gevallen een poging tot een culpoos delict zowel denkbaar als strafbaar. Kijk maar:

In een louche café in de binnenstad wordt Elwin B. voor twintig euro een autoradio/cd-speler aangeboden, die hem in de winkel minstens tweehonderd kost. Zijn maat zegt hem: “Niet op ingaan. Dat ding is vast gejat.” Elwin antwoordt: “Dat kan toch niet? Volgens Postbus 51 let de politie de laatste jaren enorm op heling.” Net als Elwin een briefje van twintig aan de verkoper wil overhandigen, trekt zijn maat hem mee naar buiten.

Hier wordt een poging tot schuldheiling (art. 417bis) gepleegd. Dit delict bestaat namelijk uit een opzettelijke handeling – het kopen van een goed –, waarbij de culpa slechts hoeft te slaan op de dubieuze herkomst van dat goed. Als Elwin, die *opzettelijk* een autoradio/cd-speler wil kopen, verweten kan worden dat hij *had moeten begrijpen* dat het ding van misdrijf afkomstig was, maakt hij zich schuldig aan een poging tot een culpoos delict (vgl. HR 6 februari 1990, NJ 1990, 417 (Poging tot schuldheiling)).

6.2.2.4 OVERTREDINGEN

Bezie eens het volgende geval:

In café Skunk wordt veel gestolen, vooral in de kleine uurtjes. Het lijkt uitbater Kommer G. een goed idee video-opnames van de aanwezigen te maken om zo achter de identiteit van de dader(s) te komen. Hij verbergt een camera boven de tapkast, sluit die aan op een videorecorder en laat die 's nachts vanaf één uur opnemen. De avond dat de recorder voor het eerst draaide, blijkt er toch wat misgegaan te zijn: op de videoband staat alleen ‘sneeuw’.

Kan Kommer worden bestraft wegens poging tot het delict omschreven in art. 441b?

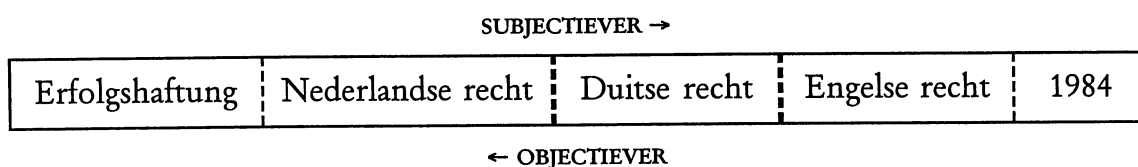
Art. 441b is een overtreding. Poging tot overtreding is evenwel niet strafbaar, want art. 45, eerste lid, spreekt slechts van “poging tot *misdrijf*”. Kommer kan dus niet worden bestraft wegens een dergelijke poging.

Natuurlijk kunt u onder het kopje ‘Overtredingen’ moeilijk iets anders verwachten dan een voorbeeld van een poging tot een overtreding, maar uw docenten zijn wel zo doortrapt dat ze op het examen iedere indicatie daaromtrent weglaten. U wordt dan geconfronteerd met een poging die zeer wel denkbaar is; dat alleszins aannemelijk klinkende verhaal fungeert echter als pure desinformatie die is bedoeld u op het verkeerde been te zetten. Uitglijders kunt u evenwel voorkomen door alert te zijn op het onderscheid misdrijven/overtredingen.

6.3 Bestanddelen poging³

Het leerstuk van de poging kent een tweetal echte bestanddelen – het voor-nemen en het begin van uitvoering – en een bestanddeel dat na de wetswijziging van 1994 is gaan fungeren als een bijzondere strafuitsluitingsgrond, de vrijwillige terugtred. Aangezien de interpretatie van het begin van uitvoering en van de vrijwillige terugtred in hoge mate afhangt van de visie die men op het strafrecht heeft, begin ik met een korte uiteenzetting daaromtrent.

In het strafrecht speelt steeds een objectieve en een subjectieve component. De objectieve component betekent dat door de gedraging van de dader daadwerke-lijk rechtsgoederen moeten zijn geschonden, terwijl de subjectieve component ziet op de instelling van de dader. Die componenten kunnen verschillend worden gewogen, zoals mag blijken uit de tekening:



In deze rechthoek kunnen we de strafrechtsculturen een plaats geven. Als we ons naar de linkerkant van de rechthoek begeven, vinden we culturen waarin steeds meer gewicht wordt toegekend aan de objectieve component en steeds

- 3 Bij poging wordt de straf met een derde verlaagd (art. 45 lid 2). Dit lagere strafmaximum geldt echter alleen als er een straf wordt opgelegd nadat verdachte wegens een poging is veroordeeld; op grond van art. 78 – en het gelijkkluidende art. 129 Sv – telt de vermindering met een derde niet mee bij (onder meer) het bepalen of voor dit feit een transactie mogelijk is (art. 74), het berekenen van de verjaringstermijn (art. 70) en het nagaan of het een geval is waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. In al deze gevallen geldt een poging tot diefstal als een voltooide diefstal, waarop vier jaar staat (art. 310).

minder aan de subjectieve. Gaan we naar de rechterzijde, dan is het juist andersom: daar vinden we culturen waarin steeds meer gewicht wordt toegekend aan de subjectieve component en steeds minder aan de objectieve. Aangezien alle overgangen vloeiend zijn, heb ik de scheiding tussen de strafrechtelijke culturen met streepjes aangegeven.

Aan de uiterste linkerkant van de rechthoek vinden we een stelsel waarin alleen gewicht wordt toegekend aan de objectieve component. Dat is de Erfolgshaftung, die u bekend is uit Proloog Causaliteit, p. 100. In een dergelijke cultuur is de poging in het geheel niet strafbaar: de strafbaarheid begint daar pas bij *daadwerkelijke* schade aan rechtsgoederen, iets wat bij een poging per definitie niet het geval is.

Aan de uiterste rechterkant van de rechthoek vinden we een stelsel waarin de subjectieve component allesbepalend is. We komen hier terecht in de volslagen paranoia van George Orwells roman Nineteen Eighty-Four (een parodie op de Sovjetunie onder Stalin), waar de Thought Police rondwaart in zwarte helikopters om mensen te betrappen op het koesteren van onzuivere gedachten. In een dergelijk stelsel van georganiseerde misantropie is niet alleen de poging strafbaar, maar ook ieder daaraan voorafgaand stadium van de iter criminis, inclusief het hebben van een gedachte.

Beide extremen van de rechthoek kunnen we voortaan buiten beschouwing laten. In het resterende gedeelte komen we op meer geciviliseerde strafrechtsculturen, waar een zekere balans is tussen de objectieve en de subjectieve component. Dat neemt niet weg dat er accentverschillen bestaan. Zo is het Duitse recht, met name op het terrein van de poging, grosso modo een slag subjectiever dan het Nederlandse: in Duitsland ligt meer de nadruk op de instelling van de dader dan in Nederland, waar het accent ligt op het gevaar voor rechtsgoederen. Dat accentverschil wordt duidelijk indien u ons art. 45 vergelijkt met § 22 Strafgesetzbuch (het bij ons ontbrekende gedeelte heb ik gecursiveerd):

Eine Straftat versucht, wer *nach seiner Vorstellung von der Tat* zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.

In een vrij letterlijke – en dus wat kromme – vertaling:

Een poging tot een strafbaar feit pleegt hij die *in zijn voorstelling van de daad* rechtstreeks aanstuurt op verwerkelijking van de delictsomschrijving.

Vandaar dat ik het Nederlandse recht links van het Duitse heb geplaatst, al is ook hier de overgang vloeiend: er zijn Nederlandse schrijvers die nogal Duits aandoen (Remmelink bijv.) en Duitse schrijvers die nogal Nederlands aandoen

(Baumann bijv.). Daarom heb ik hiervoor gesteld dat het Duitse recht *grosso modo* een slag subjectiever is dan het Nederlandse.

Laten we nu de bestanddelen van de poging bespreken.

6.3.1 Voornemen

U zult vaak uitdrukkingen tegenkomen als “voornemen tot een poging”. Daarmee wordt steeds bedoeld “voornemen tot *een delict dat de dader van plan is te voltooien, maar dat in werkelijkheid niet verder komt dan een poging*”, waarbij de gecursiveerde zin wordt samengetrokken tot “een poging”. Onder juristen is dergelijk taalgebruik volledig ingeburgerd, hoewel het strikt genomen onjuist is: iemands voornemen moet erop gericht zijn het hele delict te plegen, en niet slechts een poging daartoe te ondernemen. Dat laatste komt ook nooit voor, behalve in onderstaand geval:

De familie Onweer woont boven de 58-jarige pianolerares mevrouw Nachtspiegel. Deze ongetrouwde en alleenwonende mevrouw heeft de grote angst het slachtoffer te worden van de Misdaad. In de loop der jaren heeft zij haar huis dan ook veranderd in een bunker: rolluiken voor alle ramen, speciale sloten, verstevigd traliewerk en dergelijke.

Tussen mevrouw Nachtspiegel en de familie Onweer is al jaren een vete gaande, die tot een hoogtepunt komt als op een zomeravond in juli de familie Onweer op het balkon van hun huis zit. Hun genoegen wordt danig vergald door mevrouw Nachtspiegel: in de wetenschap dat de Onweertjes buiten zitten, laat ze ieder van haar vijf leerlingen eindeloos oefenen op de eerste tien maten van ballade no. 4 van Chopin. Als mevrouw Nachtspiegels laatste leerling vertrokken is, zint de familie Onweer op een tegenzet. Een van de zonen komt met het idee een inbraak bij haar in scène te zetten: “We breken in, maken net voldoende lawaai om haar wakker te maken, snijden de telefoonkabel door en vertrekken weer. Dan raakt ze zo in paniek dat we het eerste halfjaar geen last meer van d’r hebben.” Zo gezegd zo gedaan. Om halfdrie die nacht sluipt Herman Onweer naar de tuindeur, haalt het traliewerk ervoor weg, snijdt een stuk uit de ruit en forceert het slot. Eenmaal binnen blijft hij zo’n tien minuten in de kamer rommelen en als hij zeker weet dat mevrouw Nachtspiegel de aanwezigheid van een ‘inbreker’ heeft opgemerkt, snijdt hij de telefoonkabel door en verlaat het huis zonder iets mee te nemen.

Uiteraard heeft Herman zich schuldig gemaakt aan een strafbaar feit: te denken valt aan vernieling van tuindeur en telefoonkabel (art. 350) of aan huisvredebreuk (art. 138). Niet echter aan een poging tot diefstal met braak (art. 45 jo. 311 lid 1 onder 5°). Weliswaar heeft hij het voornemen – letterlijk – een poging

te plegen, maar dat is niet genoeg om voornemen in de zin van art. 45 aan te nemen. Daarvoor moet hij namelijk het voornemen hebben het gehele delict te plegen, dat vervolgens niet verder komt dan een poging. En dát voornemen heeft Herman niet.

Hoewel de term ‘voornemen’ associaties oproept met zware opzetvormen als oogmerk, heeft de Hoge Raad in HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475 (Inrijden op agent) beslist dat ook voorwaardelijk opzet voldoende kan zijn om voornemen aan te nemen. Dat betekent dat in de onderstaande casus Gijsbert het voornemen heeft een doodslag te plegen, waarvan de uitvoering blijft steken in een pogingsfase omdat de dood van zijn tegenligger niet intreedt:

Voor de zoveelste maal in het leven van de 45-jarige Gijsbert W. is een relatie stukgelopen. Volgens hem omdat “niemand hem werkelijk begrijpt”, volgens haar omdat hij “een volslagen egoïst is”. Gedreven door zwartgallige overpeinzingen besluit Gijsbert een eind aan zijn leven te maken. In de hoop een frontale botsing met een tegenligger met de dood te bekopen, stapt hij in zijn auto en gaat aan het spookrijden: hij rijdt de snelweg op door het nemen van de afrit in plaats van de oprit. De frontale botsing volgt inderdaad, maar met een andere uitkomst dan Gijsbert gehoopt had: Gijsbert komt met slechts lichte verwondingen uit zijn Saab, maar zijn tegenligger moet door de brandweer uit haar Daewoo worden gezaagd; zij leeft nog wel, maar heeft ongeveer alle botten in haar lichaam gebroken. Ondervraagd door de politie verklaart Gijsbert: “Het spijt me van die vrouw, maar wat me nog meer spijt is dat *ik* het er levend van af heb gebracht.”⁴

Voorwaardelijk opzet volstaat voor voornemen, maar daarmee is nog niet de eerdere vraag beantwoord óf het voorwaardelijk opzet ook aanwezig is. Die aanwezigheid wordt namelijk nogal eens afgeleid uit de ernst van het gevolg, zo van “Indien een botsing heeft geleid tot vijf doden, *moet* de dader wel voorwaardelijk opzet hebben gehad”. Dat ‘moet hebben gehad’ komt dan niet voort uit een koele analyse maar uit een morele verontwaardiging, die al snel leidt tot uitspraken in de trant van “Verdachte heeft zich toch blootgesteld aan de kans dat ...” Dat *first the sentence, then the evidence* ligt mijns inziens duidelijk besloten in de volgende conclusie die vaak uit het Inrijden op agent-arrest wordt getrokken:

- 4 Voor alle duidelijkheid: Gijsbert heeft inderdaad voorwaardelijk opzet, want hij aanvaardt *willens en wetens* de aanmerkelijke kans dat door zijn wijze van rijden een ander om het leven komt. Als je hem zou vragen of hij ook was gaan spookrijden als hij zeker was geweest van de dood van een tegenligger, was zijn antwoord waarschijnlijk geweest: “Dat kan me niet schelen; als *ik* maar dood ben.” Een cynischer onverschilligheid voor het leven van een ander is nauwelijks denkbaar.

Als een automobilist met grote snelheid tracht in te rijden op een agent die voor de auto staat en daaraan een stopteken geeft, blijkt uit die wijze van rijden dat de automobilist zich willens en wetens blootstelt aan de aanmerkelijke kans dat hij de agent zal doodrijden.

Afhankelijk van de omstandigheden *kán* dat waar zijn. Als u deze abstracte typering echter uit het hoofd leert en daarmee los van de context gaat werken, begaat u de doodzonde waar ik in 6.1 over sprak. De context bepaalt namelijk of die conclusie op zijn plaats is. Ga maar na:

Eind maart houdt de politie een controle op de verzekeringspapieren van oude auto's. De controle vindt plaats op een tweebaansweg, waarvan de banen gescheiden zijn door een strook gras vol bloeiende narcissen. Aan het begin van die weg staat een onopvallend politiebusje van waaruit men kijkt of er auto's passeren die in het profiel passen. Een beschrijving van die auto geeft men dan per walkietalkie door aan twee agenten driehonderd meter verderop, die de wagen doen stoppen. Op een gegeven moment passeert een Opel Kadett. De gegevens worden doorgegeven en een van de agenten gaat met opgeheven rechterarm midden op de rijbaan staan. De Kadett maakt echter geen aanstalten te stoppen, maar komt met onverminderde snelheid op hem af. De agent denkt eerst dat het wel bluf zal zijn, maar als de auto zo dichtbij is dat tijdig stoppen niet meer mogelijk is, verkiest hij lijfsbehoud boven heroïek en springt opzij, het grasperk in. De enige schade bestaat uit wat geknakte narcissen en grasvlekken op het uniform van de agent.

Heeft de bestuurder van de Opel Kadett zich schuldig gemaakt aan een poging tot doodslag op de agent?

Gezien de hele context zou ik zeggen van niet: poging tot doodslag komt naar mijn idee alleen in aanmerking als de agent psychologisch of fysiek niet in staat is weg te springen, bijvoorbeeld omdat het de gewoonte van agenten is nimmer te wijken of doordat opzijspringen ter plekke zo goed als onmogelijk is. Nu geen van beide omstandigheden aanwezig zijn, is het geschetste inrijden op de agent volgens mij wel te zien als een bedreiging met een misdrijf (art. 284), maar niet als een poging tot doodslag. Daar komt nog bij dat als de bestuurder van de Kadett aarzelend op de agent had ingereden, de kans groot was geweest dat de agent bleef denken dat het wel bluf zou zijn. In dat geval was hij blijven staan tot hij niet meer *kón* wegspringen. Omdat de chauffeur op geen enkele wijze aarzelde – en het dus sterk leek op een poging tot doodslag –, is het dat in feite niet: de kans is nu het grootst dat de agent tijdig wegspringt, zoals hij in dit geval ook deed.

Natuurlijk hoeft u het niet met me eens te zijn. Ik hoop echter dat de casus (plus mijn bespreking ervan) u een duidelijk idee heeft gegeven van wat ik

bedoel met ‘het geworteld zijn in de concrete situatie’ (zie p. 142), een strategie die onontbeerlijk is bij het volgende bestanddeel van de poging.

6.3.2 *Begin van uitvoering*

We beginnen met twee ‘valse starts’, waarvan de een niet als een begin van uitvoering geldt maar de andere wel.

6.3.2.1 ONDEUGDELIJKE POGING

Bezie eens het volgende geval:

De bijgelovige Mischa M. wijt het aan een docent dat hij al vier keer gezakt is voor zijn tentamen. Diens dood wensend steekt hij naalden in een foto van de docent.

Maakt Mischa zich schuldig aan een strafbare poging tot levensberoving?

Als we ons subjectief opstellen, moeten we ons afvragen of verdachte zich psychisch in staat heeft getoond een levensberoving uit te voeren. Mischa toont zich daartoe in staat. Aanhangers van een extreem-subjectieve leer (zoals de Duitse hoogleraar Welzel) achten dit dan ook een strafbare poging tot moord; schrijvers die wat meer objectieve elementen toelaten (zoals in Duitsland Baumann) achten een dergelijke poging *abergläubisch* (= bijgelovig) en daarom niet strafbaar. Zo ook in het meer objectieve Nederland, waar men zich de vraag stelt of verdachte door zijn handelen het rechtsgoed dreigt te schenden dat door de delictsomschrijving wordt beschermd (= het leven van de docent). Nu dat niet zo is, neigt de Nederlandse leer unaniem tot straffeloosheid: deze poging geldt als ondeugdelijk en is niet strafbaar, omdat zo’n valse start geen begin van uitvoering oplevert.

De poging kan ook ondeugdelijk zijn omdat het object ondeugdelijk is:

Terwijl in de achterkamer het lijk van zijn steenrijke tante Theobalda ligt opgebaard, wordt in de voorkamer haar testament voorgelezen. Groot is de consternatie van haar enige neef Aloysius als blijkt dat tante haar erfenis heeft nagelaten aan een armenfonds in plaats van aan hem: Aloysius leidt niet alleen een losbandig en spilziek leven, maar zit ook dringend om tantes kapitaal verlegen. In de nacht treedt neeflief heimelijk de kamer binnen waar tante Theobalda in haar kist ligt; daar steekt hij haar uit pure frustratie herhaaldelijk met een dolk in het hart onder het motto: “Zo, oud kreng, nou weet ik tenminste zeker dat je dood bent!”

Dat neef Aloysius geen voltooide doodslag heeft gepleegd, is evident: tante Theobalda wás al dood. Maar heeft hij zich dan schuldig gemaakt aan een poging tot doodslag?

Een lijk kun je niet meer doden, en daarmee kun je het ook niet meer pógen te doden, alhoewel Aloysius zich onmiskenbaar in staat heeft getoond tot doodslag op – in zijn woorden – “het oude krenge”. De reacties volgen dan ook het hiervoorbeschreven patroon: Welzel acht dit een deugdelijke poging, Baumann een ondeugdelijke, terwijl in de Nederlandse leer ook deze poging ondeugdelijk is.

6.3.2.2 TUSSENGEBIED: RELATIEF ONDEUGDELIJKE POGING

Uit de bespreking van de vorige subparagraaf zou u een tweedeling kunnen afleiden:

Ondeugdelijke poging	Deugdelijke poging
----------------------	--------------------

Die tweedeling is echter niet waterdicht. Neem het voorbeeld van de bijgelovige student die naalden steekt in de foto van een docent; die poging wordt heel wat minder ondeugdelijk als zowel student als docent in voodoo gelooft. Ook is het mogelijk dat iemand een ander tracht te vergiftigen met een dosis arsenicum die te gering is om een mens te doden. U zult het me eens zijn dat het hier toch wel iets anders ligt dan in het geval van de ‘gewone’ bijgelovige student of de al overleden tante. Ons schema moet dus worden verfijnd:

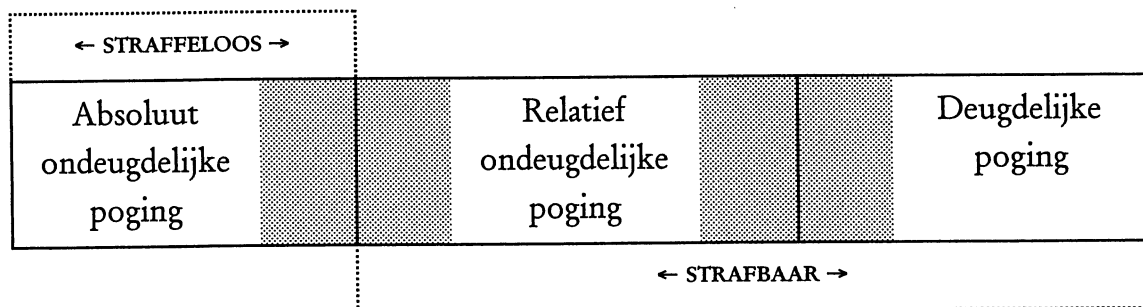
Ondeugdelijk (naalden in foto)	Ondeugdelijk, maar in context deugdelijk (naalden in foto in voodoo-kringen)	Deugdelijk, maar in context ondeugdelijk (vergiftiging met niet-letale dosis arsenicum)	Deugdelijk (vergiftiging met arsenicum)
-----------------------------------	---	--	--

De jurisprudentie heeft getracht deze grijze gebieden in kaart te brengen door introductie van het begrip ‘relatieve ondeugdelijkheid’, dat tegenover de ‘absolute ondeugdelijkheid’ staat. Absoluut ondeugdelijk zijn de pogingen die

nimmer tot het beoogde resultaat hadden kunnen leiden; een dergelijke valse start geldt niet als een begin van uitvoering, zodat een absoluut ondeugdelijke poging straffeloos blijft. Relatief ondeugdelijk zijn daarentegen de pogingen die *in het algemeen* tot het beoogde resultaat leiden, maar dat in dit bijzondere geval niet hebben gedaan. Een dergelijke valse start geldt echter wel als een begin van uitvoering, zodat de relatief ondeugdelijke poging strafbaar is.

Voor een goed begrip: of de poging absoluut dan wel relatief ondeugdelijk is, hangt niet af van het intreden van het gevolg *in concreto*. Dat doet het immers in geen van beide gevallen. Voor het antwoord op de vraag ‘absoluut/relatief ondeugdelijk’ moeten we daarom enigszins abstraheren van de concrete omstandigheden van het geval en ons de vraag stellen of zo’n poging *in het algemeen* tot voltooiing van het misdrijf leidt. Als dat niet zo is, is de poging absoluut ondeugdelijk (en straffeloos); als dat wel zo is, relatief (en strafbaar).

De introductie van de relatief ondeugdelijke poging noopt tot een verdere verfijning van ons schema:



Een poging die slechts relatief ondeugdelijk is – en dus strafbaar –, is de volgende:

Armand Q. stuurt zijn vijand een quiche lorraine waarin hij een dodelijke hoeveelheid rattengif gemengd heeft. Dat denkt hij tenminste, want de apotheker, die Armands verhaal over een rattenplaag bij hem thuis niet zo geloofde, heeft Armand een dosis rattengif geleverd met een concentratie die voor een mens niet dodelijk is.

Om te beoordelen of deze poging absoluut dan wel relatief ondeugdelijk is, moet u niet alle omstandigheden van het geval in uw beschouwingen betrekken. Dan gaat u zich namelijk afvragen of het vergiftigen van iemand met *een te lage dosis* rattengif tot diens dood kan leiden (per definitie nee). Met een zo geformuleerde vraag valt u in feite terug op de tweedeling deugdelijk/ondeugdelijk, waarmee u het onderscheid ‘absoluut/relatief ondeugdelijk’ overboord zet. Wat u wel moet doen is abstraheren van het concrete geval; dat doet u bijvoorbeeld door in uw vraagstelling het gecursiveerde gedeelte weg te laten. De vraag wordt

dan of het vergiftigen van iemand met rattengif tot diens dood kan leiden. Nu die vraag met ja beantwoord moet worden, is deze poging slechts relatief ondeugdelijk en dus strafbaar.

Aldus ook de jurisprudentie. In HR 24 februari 1948, NJ 1948, 272 (Arsenicum), over een vergiftigingszaak waarin een niet-letale dosis arsenicum was gebruikt, stelde de Hoge Raad dat de rechter zich moest afvragen of arsenicum – en niet *een niet-letale dosis* arsenicum – een geschikt middel is iemand van het leven te beroven. Nu dit zo is, is de ondeugdelijkheid relatief. Daarmee beslist de objectieve aard van het gebruikte middel over absolute/relatieve ondeugdelijkheid: indien dat arsenicum of rattengif is, is de poging relatief ondeugdelijk; is het poedersuiker of meel, dan is de poging absoluut ondeugdelijk.

De poging kan ook relatief ondeugdelijk zijn omdat het object relatief ondeugdelijk is. We krijgen dan gevallen als het volgende:

Na de voetbalwedstrijd breken er in de stad rellen uit. Veel ‘supporters’ plunderen winkels en steken auto’s in brand. Jules H. denkt nu een unieke mogelijkheid te hebben aan het dure Breitling-horloge te komen dat bij de juwelier in de etalage ligt. Jules gooit een straatsteen tegen de etalageruit van de juwelier. Tot zijn verbazing blijft de Breitling buiten zijn bereik. Achter de ruit is namelijk een zogenoemde lexaanruit geplaatst, die onbreekbaar en onzichtbaar is. “Sodeju, nóg niet gelukt”, mompelt Jules en loopt weg om te kijken of er bij de Kijkshop iets voor hem te halen valt.

Ook hier is het niet de vraag of het met een straatsteen ingooien van een etalageruit *waarachter een ruit van pantserglas zit*, geëigend is de spullen in die etalage te bemachtigen. Ook hier moet u abstraheren, het gecursiveerde gedeelte weglaten en de vraag stellen of het met een straatsteen ingooien van een etalageruit geëigend is de spullen in die etalage te bemachtigen. Nu die vraag wederom met ja beantwoord moet worden, is deze poging slechts relatief ondeugdelijk en dus strafbaar (vgl. HR 15 januari 1980, NJ 1980, 245 (Lexan-ruit)). Langs die lijn achtte de raad het omkopen van iemand die onomkoopbaar bleek relatief ondeugdelijk (HR 15 juni 1896, W 6824), alsmede de diefstal uit een lege geldla (HR 25 augustus 1931, NJ 1932, 1255).

Reeds in zijn noot onder het Arsenicum-arrest stelde Pompe voor dit soort zaken wat subjectiever te benaderen. Zijns inziens moet er gekeken worden of de door verdachte op touw gezette operatie serieus te nemen is: een ander trachten te vergiftigen door hem koffie te laten drinken die al twee dagen oud is, getuigt van zo weinig verstand van zaken dat die poging absoluut ondeugdelijk is. Als echter de poging geenszins flauwekul is, maar alleen niet lukt omdat

een van de actoren de poger – om wat voor reden dan ook – in het ootje heeft genomen, is de ondeugdelijkheid slechts relatief. Dus ook als de apotheker in het geval van de quiche lorraine poedersuiker had geleverd alsof dat rattengif was, is volgens Pompe de poging slechts relatief ondeugdelijk. In zijn benadering, waar ik ook wel voor voel, is de aard van het middel dus niet alleenzalmakend: ook als gebruik wordt gemaakt van absoluut ondeugdelijke middelen als poedersuiker of meel, kan er een relatief ondeugdelijke – en dus strafbare – poging zijn, mits dat gebruik plaatsvindt in een kader dat niet echt ‘ knullig ’ is (een term van Remmelink).

In het quiche-geval lopen de benadering van Pompe en die van de Hoge Raad niet uiteen: de poging is daar serieus – althans niet knullig – én er wordt een gevaarlijk middel gebruikt. Beider benaderingen lopen wel uiteen in onderstaand geval:

Mevrouw R. wil zich van haar echtgenoot ontdoen. Daartoe spaart zij een maand lang de Vesparax op – een in hoge dosering dodelijk slaapmiddel – die haar door de neuroloog is voorgeschreven. In één keer verwerkt ze de slaapmiddelen in het avondeten van haar man, aan welke maaltijd ze zich onttrekt door hoofdpijn te simuleren. Meneer R. eet met graagte. Als hij zich de hele avond kiplekker blijft voelen, goed slaapt en de volgende ochtend verkwikt weer opstaat, begint mevrouw R. te vermoeden dat er iets met haar plannetje is misgegaan. Navraag bij de assistente van haar neuroloog leert dat deze geen Vesparax had voorgeschreven maar zogenoemde placebo’s (nep-medicijnen): meneer blijkt dus geen slaapmiddelen te hebben genuttigd, maar meel.

In de lijn-Hoge Raad is hier een absoluut ondeugdelijke poging omdat er een absoluut ondeugdelijk middel blijkt te zijn gebruikt (meel in plaats van Vesparax). In de lijn-Pompe is de ondeugdelijkheid slechts relatief: de poging, die met het nodige raffinement werd uitgevoerd, bleef een poging omdat de bedrieger op haar beurt bedrogen bleek te zijn.⁵

Let er ook bij de relatieve ondeugdelijkheid op dat de aard van de delictsomschrijving roet in het eten kan gooien:

In een café ziet Martin W. dat een klant zijn bestelling betaalt met een briefje van vijfhonderd en het wisselgeld – ruim 475 euro – zó in zijn jasje lijkt te stoppen,

5 Het Arsenicum-arrest is al vrij oud: het dateert van 1948, toen het leerstuk van de poging nog heel objectief benaderd werd. Als de Hoge Raad thans het geval van mevrouw R. te berechten zou krijgen, is er een gerede kans dat de raad besloot tot relatieve ondeugdelijkheid.

waarna hij het aan de kapstok hangt. Als de klant niet kijkt, doorzoekt Martin het jasje; zijn inspanningen zijn echter vergeefs.

Hier is alles nog rechttoe rechtaan: Martin maakt zich schuldig aan een poging tot diefstal; de niet-aanwezigheid van het geld maakt die poging slechts relatief ondeugdelijk en dus strafbaar.

Hier komt het roet:

In een café ziet Martin W. dat een klant zijn bestelling betaalt met een briefje van vijfhonderd en het wisselgeld – ruim 475 euro – zó in zijn jasje lijkt te stoppen, waarna hij het aan de kapstok hangt. Als de klant niet kijkt, trekt Martin het jasje aan en verlaat daarmee het café. Buiten doorzoekt hij het jasje echter vergeefs.

Nu is er een voltooide diefstal, te weten van het jasje. En dát is geen ondeugdelijk object.

6.3.2.3 DEUGDELIJKE POGING

Eerst een terminologische waarschuwing, gelijkend op die omtrent het begrip voltooide poging (zie p. 145). Veel studenten menen dat een deugdelijke poging een poging is die tot het gevolg heeft geleid, dat wil zeggen een voltooid delict is. Dat is niet zo. De term ‘deugdelijke poging’ wil niet zeggen dat het gevolg is ingetreden, maar alleen dat het gevolg niet is ingetreden *hoewel middel of object deugdelijk waren*.

Bij de bespreking van het begin van uitvoering in geval van een deugdelijke poging wil ik het extreem-objectieve arrest inzake de Eindhovense brandstichting overslaan (zie daarvoor uw handboek) en meteen beginnen met HR 24 oktober 1978, NJ 1979, 52 (Cito), een arrest dat aanmerkelijk subjectiever – en zinniger – is:

Twee mannen lopen met gedeeltelijk afgedekt gezicht, een schietklaar vuurwapen en een lege weekendtas naar de ingang van het uitzendbureau Cito. De mannen bellen aan bij het pand.

De overval wordt voorkomen doordat de reeds gewaarschuwde politie de mannen arresteert.

Is hier slechts een voorbereidingshandeling (er is immers nog niet begonnen met de uitvoering van het delict zelf) of is er toch al een begin van uitvoering? De Hoge Raad was de laatste mening toegedaan, aangezien de gedragingen van de

dadars (vermomming, wapen, lege weekendtas en aanbellen) evident gericht waren op het plegen van een overval. In termen van de raad zelf: “De gedragingen moeten naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf.” In deze formule is zowel een subjectieve als een objectieve component te onderkennen: de dadars moeten de intentie hebben een delict te gaan plegen (‘gericht op voltooiing’) én deze intentie moet voor derden kenbaar zijn geworden (‘uiterlijke verschijningsvorm’). Die laatste component, de omzetting van een intentie in een vorm die voor derden waarneembaar is, geeft aan dat de dader zich heeft vastgelegd: hij kan de zaak nu niet meer straffeloos afblazen.⁶ Hoe belangrijk die uiterlijke verschijningsvorm is, wordt gedemonstreerd door HR 8 september 1987, NJ 1988, 612 (Grenswisselkantoor):

Verdachte D. is al ruim een maand bezig met het voorbereiden van een bankoverval (steelt een auto, verwisselt kentekenplaten, vindt een partner, koopt wapens). Na twee eerdere verkenningen ter plaatse wordt tot de overval besloten. Vlak voor de opening van het Grenswisselkantoor zitten D. en zijn partner in de auto met draaiende motor bij de bank: ze hebben het plan de toegang tot de bank te forceren op het moment dat de bediende de deur van het Grenswisselkantoor opent. In de wagen ligt alles voor de bankoverval al klaar: een vuurwapen, een imitatie-vuistwapen, handboeien, touw en tape. Het is alleen nog wachten op de bankbediende, maar die vindt het na aankomst verdacht dat daar een auto staat waarvan de motor draait en die hij bovendien al twee keer eerder gezien heeft. De bediende alarmeert de politie. Als die verschijnt, scheuren de would-be overvallers weg en worden na een wilde achtervolging gearresteerd.

Vaststaat, aldus de Hoge Raad, dat de dadars het voornemen hadden het Grenswisselkantoor te overvallen; de vraag is of er een begin van uitvoering was. Volgens de Hoge Raad is dat niet zo. Als iemand namelijk van plan is een overval te plegen en met de auto naar de plaats gaat waar de overval zal geschieden, “doch – om welke reden dan ook – die auto niet heeft verlaten, noch [...] een gedraging heeft verricht welke naar haar uiterlijke verschijningsvorm moet worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat voorgenomen misdrijf”, is er slechts een voorbereidingshandeling. Met andere woorden: de Hoge Raad eist een gedraging waaruit blijkt dat de dader *committed* is tot het plegen van een overval.

6 Voor alle duidelijkheid: met ‘straffeloos afblazen’ doel ik op de situatie dat men de poging opgeeft *voordat* er een begin van uitvoering is. *Na* een begin van uitvoering kan men ook nog wel terug, maar dat levert alleen straffeloosheid op indien het teruggaan mag worden aangemerkt als een vrijwillige terugtred (zie 6.3.3).

Bij het zoeken naar een aan de alledaagse werkelijkheid ontleend beeld om deze beide beslissingen wat meer van binnenuit te belichten, schoot me een voorval door het hoofd dat velen van ons zal kunnen zijn overkomen toen we als aankomend pubertje de eerste schuchtere schreden zetten op het amoureuze pad:

De 13-jarige Guido C. heeft de stoute schoenen aangetrokken en voor het eerst van zijn leven een meisje gevraagd om met hem mee te gaan naar een feest bij een van zijn vrienden. Om twaalf uur, als het feestje afgelopen is, worden ze – zoals afgesproken – met de auto afgehaald door de vader van het meisje. In de auto komen het meisje en Guido naast elkaar op de achterbank te zitten. Guido zit lang te dubben of hij haar zal doen blijken van zijn meer dan gewone interesse in haar. In de hoop haar te verleiden tot een zedig zoentje – haar vader is er bij – legt hij ten slotte zijn hand op de hare.

Hoewel het Guido's uiteindelijke doel was een kusje van haar te krijgen, was hij met zoenen in de verste verte nog niet begonnen. In die zin was het slechts een voorbereidingshandeling dat hij zijn hand op die van haar legde. Die analyse miskent echter het karakter van dit soort interacties. Vanaf het moment dat hij zijn hand op de hare legde, was namelijk 'de kogel door de kerk' en gaf Guido als het ware het verdere verloop uit handen. Terwijl hij daarvoor nog zonder gezichtsverlies terug had gekund – en zijn gedub had kunnen wegverklaren met "Ik zit zo in over mijn repetitie Frans" –, kon dat nu niet meer: zijn tedere gebaar zette een privé-intentie om in iets dat ook voor haar kenbaar was. Na het passeren van dit *point of no return* waren er nog maar twee mogelijkheden: of Guido kreeg wat hij wilde, of hij liep een blauwtje.

Als u met dit verhaal in het achterhoofd nog eens naar het Cito-arrest kijkt, zult u het met me eens zijn dat daar het moment reeds is gepasseerd waarvan de Duitsers zeggen: »Jetzt geht es los« ("Nu gaat 't beginnen"), om het daar geldende criterium voor het begin van uitvoering aan te halen. In Grenswisselkantoor moet dat moment nog komen: zolang de mannen in de auto blijven zitten, kunnen ze nog straffeloos terug (zoals ze daarvoor ook al twee keer gedaan hadden). De juistheid van die beslissing wordt niet minder door het feit dat het Grenswisselkantoor-arrest laat zien dat er een levensgroot 'gat in de rechtshandhaving' zit. Dat onderwerp komt echter nader aan de orde in 6.4.

Laten we thans overgaan tot een bijzondere strafuitsluitingsgrond bij de poging, de vrijwillige terugtred.

Waarom zou een poging niet strafbaar zijn indien men vrijwillig is teruggetreden, dat wil zeggen uit eigen vrije wil besloot op te houden met het delict? Vanzelfsprekend is dit namelijk niet: er zijn legio rechtsstelsels – waaronder het Engelse – waarin het er niet toe doet dat de dader vrijwillig is opgehouden nadat hij met zijn delict begonnen is. Het Nederlandse en Duitse recht bieden de dader echter een ‘gouden brug naar straffeloosheid’ indien hij zijn poging vrijwillig opgeeft.⁷ De ratio achter dit genereuze gebaar hangt ten nauwste samen met de optiek die men op het strafrecht heeft (zie p. 148 e.v.): in een subjectieve visie wil men verdachte alle ruimte bieden nog tot inkeer te komen nadat hij met zijn uitvoering begonnen is, terwijl men in de objectieve visie tracht te bereiken dat ondanks een begin van uitvoering geen verdere schade wordt aangericht. Met andere woorden: in de subjectieve optiek ligt het accent op de geestesgesteldheid achter de vrijwillige terugtred, in de objectieve op het feit dat de schade zoveel mogelijk beperkt wordt. Het verschil tussen beide benaderingen laat zich illustreren aan de hand van de volgende casus:

Bertus van D. breekt in in de villa van – blijkens het naambordje – Jerome Bates, waar hij aan de muur het beroemde ‘Trahison des images’ van René Magritte ziet hangen (dat is een afbeelding van een pijp met daaronder de tekst ‘Ceci n’est pas une pipe’). Eerst denkt hij dat het wel een reproductie zal zijn, maar plotseling beseft hij tegenover het origineel te staan: blijkens het tv-journaal is dat een paar weken eerder voor ettelijke miljoenen gekocht door – naar Bertus verstaan had – Jeroen Beets, een steenrijke softwaremagnaat. Bertus verkneukelt zich eerst over de tonnen die het schilderij hem op de zwarte markt zal opleveren, maar al snel realiseert hij zich dat de voorgenomen kunstroof zoveel publiciteit zou generen dat het werk in feite onverkoopbaar is, er een klopjacht op de dief zou worden gehouden en hij – als hij gepakt wordt – voor lange tijd achter de tralies zou verdwijnen. Hij ziet er daarom maar van af de Magritte mee te nemen en verlaat met spijt in zijn hart de woning.

In een subjectieve leer zoals aangehangen in Duitsland zegt men: “De inbreker berekent de voor- en nadelen van zijn daad, komt tot de conclusie dat de nadelen prevaleren en laat om die reden het werk hangen. Dat is *Verbrechervernunft*, een motief dat wij niet wensen te honoreren. Geen vrijwillige terugtred dus.” In een meer objectieve leer als in Nederland zegt men: “De dader had de reële mogelijkheid verdere schade toe te brengen, maar heeft daarvan afgezien. Vrijwillige terugtred dus.”

⁷ Zie voor het Duitse recht § 24 (1) StGB.

Ondanks dat verschil veronderstelt de ratio achter de vrijwillige terugtred dat er een situatie is van “Ik had kunnen doorgaan, maar ik heb daarvan afgezien”. De dader moet dus een reële keuze tussen doorgaan en stoppen hebben kunnen maken (net zoals Bertus van D. in bovenstaande casus alle gelegenheid had de Magritte mee te nemen). Enerzijds zijn er gevallen waarin zo’n keuze *nog niet* bestond: dan hoeft er geen straffeloosheid te volgen wegens vrijwillig terugtreden. Dat merkte de inbreker die niets van zijn gading kon vinden en er daarom maar mee ophield (HR 7 mei 1946, NJ 1946, 587), evenals de verdachte die tot twee keer toe een ruit insloeg, in een loze ruimte terechtkwam en het toen maar voor gezien hield (HR 29 juni 1971, NJ 1971, 417). Anderzijds is er geen ruimte voor vrijwillig terugtreden als die keuze *niet meer* bestaat, zoals in het geval van de verkrachter die al vóór de eigenlijke verkrachting was klaargekomen (vgl. de noot bij HR 15 december 1992, NJ 1993, 333 (Poging tot verkrachting)). In een schema, dat neerkomt op een uitvergroting van de voorlaatste stadia van de iter criminis (zie p. 142):

	← NOG NIET →	← VRIJWILLIGE TERUGTRED MOGELIJK →	← NIET MEER →	
	Inbreker die niets van zijn gading vindt.	“Ik had kunnen doorgaan, maar ik heb daarvan afgezien”, dat wil zeggen een <i>reële</i> keuzemogelijkheid.	Verkrachter die voortijdig klaarkomt.	
• A	← UITVOERING →			• B • C

Twee kanttekeningen bij dit schema:

- 1 De categorie ‘nog niet’ ziet op gevallen waarin met de uitvoering reeds is begonnen. Als men daaraan nog niet toegekomen is, is de poging ook niet strafbaar. Nu echter niet omdat men vrijwillig is teruggetreden, maar omdat het bestanddeel ‘begin van uitvoering’ ontbreekt. Vergelijk de varianten A en B, die beide een vervolg zijn op onderstaande casus:

Tijdens de lunchpauze in het universiteitsgebouw loopt de aan heroïne verslaafde Gidon K. de kamers van de medewerkers langs om te zien of hij aan geld kan komen.

- A Als hem door iemand van de bewakingsdienst wordt gevraagd “Wat moet dat hier?” verlaat Gidon snel het gebouw.
- B In een van de openstaande kamers doorzoekt hij de bureauladen. Plotseling wordt hem door iemand van de bewakingsdienst gevraagd “Wat moet dat hier?” Gidon

weet zich voor te doen als een student die de weg kwijt is en verlaat snel kamer én gebouw.

In variant-A komt het niet eens tot een begin van uitvoering, zodat de vrijwillige terugtred nog niet speelt. In het schema is variant-A uiterst links geplaatst, nog voor het gedeelte UITVOERING.

In variant-B daarentegen is er wel een begin van uitvoering, zodat ook de vrijwillige terugtred wordt 'geactiveerd'. Dat Gidon van verdere uitvoering afziet omdat hij wordt betrapt, maakt vrijwillig terugtreden onmogelijk, zoals we nog zullen zien. In het schema is variant-B onder het rechter grijze gebied geplaatst, nog binnen het gedeelte UITVOERING.

- 2 De categorie 'niet meer' ziet op gevallen waarin verdachte geen reële keus meer heeft tussen doorgaan en stoppen *zonder dat het feit al is voltooid*. Als het delict namelijk voltooid is, is vrijwillige terugtred sowieso niet meer mogelijk. Dat brengt de ratio van de 'gouden brug naar straffeloosheid' met zich: verdachtes inkeer is nu te laat (subjectieve leer) of de schade is toch al aangericht (objectieve leer). Vooral voor consequent-subjectivisten is die uitkomst bij formele delicten moeilijk te verteren: daar perkt de snelle voltooiing de ruimte voor een poging – en dus ook voor een vrijwillige terugtred – danig in. Vergelijk variant-C van de casus-Gidon K., die in het schema uiterst rechts is geplaatst, na het gedeelte UITVOERING:

- C In een van de openstaande kamers doorzoekt hij de bureauladen, stuit op een portefeuille met vijf briefjes van honderd euro en steekt de portefeuille in zijn zak. Plotseling wordt hem door iemand van de bewakingsdienst gevraagd "Wat moet dat hier?" Gidon geeft de portefeuille terug en terwijl de bewaker de inhoud ervan inspecteert, zet Gidon het op een lopen en ontsnapt.

Deze diefstal is al voltooid als Gidon de portefeuille pakt en in zijn zak steekt. Dat wordt niet anders doordat hij hem later teruggeeft. Zo is ook het terugleggen van de portemonnee in het geval van Bryn T. (zie p. 143) geen vrijwillig terugtreden meer, omdat de diefstal reeds is voltooid.

Vrijwillig terugtreden bestaat meestal uit een passief 'Laat maar zitten', zoals onderstaand geval laat zien:

Wanneer Marlène bekend verliefd te zijn op een ander, besluit haar ex-minnaar Raoul haar te doden. Bij het aanbreken van de dag treedt hij heimelijk haar kamer binnen en schiet herhaalde malen met zijn pistool op Marlènes lichaam dat hij in het bed meent te ontwaren. In werkelijkheid was het bed leeg: als de schoten

verstomd zijn, hoort Raoul het geluid van stromend water en de mooie stem van Marlène die onder de douche staat te zingen. Even denkt hij erover de douchecel in te gaan en zijn wapen op haar af te vuren, maar Raoul beteugelt zijn toorn. “Het noodlot heeft je gered”, mompelt hij en verlaat het huis.

Hier gaat het om een straffeloze poging tot levensberoving, omdat het voor Raoul alleszins mogelijk was geweest Marlène om het leven te brengen en hij vrijwillig besliste van die doodslag af te zien.⁸

Bij een voltooide poging – een poging waarbij de dader zijnerzijds heeft gedaan wat nodig is maar alleen het gevolg niet is ingetreden –, is een passief ophouden niet voldoende. Vrijwillig terugtreden moet daar bestaan uit het actief verhinderen dat het gevolg intreedt. Slechts als men erin slaagt het gevolg te voorkomen, wordt de poging straffeloos; als het gevolg desondanks intreedt, is er een voltooid delict, waarbij het actieve optreden van de dader niet wordt gehonoreerd. Vergelijk de volgende casus:

De zeer milieubewuste Gosse P. ergert zich mateloos aan het feit dat de politiek beslissingen neemt over de infrastructuur zonder zich veel te bekommeren om het milieu. Eerst de Betuwelijn, toen het tracé voor de hogesnelheidslijn, vervolgens de aanleg van een tweede luchthaven en nu weer het plan een tunnel te graven naast de Van Brienenoordbrug. Gosse besluit een krachtige daad van protest te stellen. Op de zwarte markt koopt hij een koffertje Semtex en een ontstekingsmechanisme. Op een avond verbergt hij die achter een van de pijlers van de Van Brienenoordbrug op de zuidelijke Maasoever en stelt een en ander zodanig in dat de Semtex om 00.00 uur zal exploderen. Vervolgens rijdt hij terug naar huis. Onderweg realiseert Gosse zich dat de – buitengewoon krachtige – ontploffing heel wat nadelige milieu-effecten zal hebben: beton, asfalt en metaal in de Maas, stof en pulver in de atmosfeer, rondvliegend glas en later een verkeerschaos van heb-ik-jou-daar. Meer en meer begint Gosse te twijfelen of een explosie wel zo’n goed idee is en zint op een manier om die alsnog te voorkomen. Als hij weer thuis is – het is dan 23.02 uur – belt hij de meldkamer van de politie met de mededeling dat er zonder ingrijpen over exact 58 minuten een bom zal ontploffen. Gosse vertelt waar de bom ligt en geeft gedetailleerde instructies over het ver-

- 8 Ik stond even paf toen sommige studenten de poging uit de casus straffeloos achtten omdat die ondeugdelijk zou zijn: Raoul vuurt zijn pistool af op een leeg bed. In die optiek analyseren ze Raouls voornemen volstrekt verkeerd. Raoul heeft immers niet het voornemen het bed van het leven te beroven (voor een *poging tot levensberoving* is dat inderdaad een absoluut ondeugdelijk object) maar om Marlène te doden, van wie hij denkt dat zij erin ligt. En voor zo’n poging is Marlène een deugdelijk object, dat hij alleen verzuimt te raken. Raouls eerste misser is alleen in de casus opgenomen om buiten kijf te stellen dat er een begin van uitvoering is, zodat ook de vrijwillige terugtred kan gaan spelen. Daarvoor is cruciaal dat Raoul na zijn misser nog alle kans heeft de klus af te maken, maar daar vrijwillig van heeft afgezien.

wijderen van de ontsteking. De meldkamer slaat direct groot alarm, maar door een file als gevolg van wegwerkzaamheden arriveert de Explosieven Opruimingsdienst zo laat dat men getuige is van een uniek schouwspel: met een gigantische knal vliegt de zuidelijke helft van de Van Brienenoordbrug de lucht in.

Hier heeft Gosse gewoon de pech dat zijn actieve optreden niet het gewenste resultaat heeft gehad: hij kan worden veroordeeld wegens het voltooide delict van art. 157, het opzettelijk teweegbrengen van een ontploffing.

Hiervoor heb ik gesteld dat er geen ruimte is voor vrijwillig terugtreden als er geen *reële* keuze tussen stoppen en doorgaan meer bestaat. Het voorbeeld dat ik daarvan gaf, was de verkrachter die al vóór de eigenlijke verkrachting was klaargekomen. In dat geval is er natuurlijk nog wel een mogelijkheid door te gaan, maar die mogelijkheid is nauwelijks nog reëel te noemen. Een stap verder naar rechts in het schema op p. 162 zijn gevallen waarin de keuze tussen doorgaan en stoppen *onmogelijk* is geworden omdat men lijfelijk verhinderd wordt, zoals variant-B van de casus-Gidon K. illustreerde. Dat is niets minder dan een open deur: wie betrapt wordt door de politie, kan niet meer vrijwillig afzien van zijn delict. In de hoop straffeloosheid te verkrijgen omdat ze vrijwillig zouden zijn teruggetreden, kunnen verdachten niettemin fraaie verhalen afsteken over hun gemoedstoestand voorafgaand aan die verhindering:

In het kantoor van Securitas bv treft de politie Jan F. aan, die daar was binnengedrongen door het forceren van een deur, maar nog niets had weggenomen. Gedaagd wegens poging tot diefstal met braak, verklaart Jan: “Nadat ik door het forceren van een deur het kantoor was binnengekomen, zag ik aan de wand een foto van Bhagwan, de reeds overleden Indiase meester uit Poona. Daar ben ik enige jaren geleden sannyasin van geweest. Toen ik die foto zag, kreeg ik zo’n spijt van wat ik aan het doen was dat ik het kantoor weer snel wilde verlaten. Net op dat moment kwam de politie.”

Kan Jan worden veroordeeld wegens poging tot diefstal met braak (art. 45 jo. 311 lid 1 onder 5°)?

Indien de rechter Jans verhaal aannemelijk acht, moet hij hem ontslaan van rechtsvervolging wegens vrijwillige terugtred.⁹ Met de nadruk op ‘indien’, want ik denk niet dat er ook maar één rechter is die dat verhaal gelooft: het is domweg te mooi om waar te zijn.

9 Vrijspraak wegens het ontbreken van een uitvoeringshandeling komt niet meer aan de orde, omdat bij gekwalificeerde delicten het vervullen van de kwalificatie reeds een begin van uitvoering oplevert. Nu Jan een deur heeft geforceerd, is aan dat bestanddeel van de poging voldaan.

Vrijwillig terugtreden kan dus slechts plaatsvinden tot aan het moment waarop men niet langer een keuze heeft tussen stoppen en doorgaan, bijvoorbeeld doordat men door de politie wordt betrapt. Hoe zit het echter met ophouden *uit vrees voor* betrapping? Is dat vrijwillige terugtred? In een subjectieve leer als gehanteerd in Duitsland, is stoppen omdat je bang bent te zullen worden betrapt een vorm van ‘Verbrechervernunft’ en dus geen indicatie voor vrijwillig terugtreden: zie de casus van de inbreker bij Jerome Bates/Jeroen Beets die een kosten-batenanalyse maakt en daarom de Magritte laat hangen (p. 161)). In Nederland echter, met zijn gematigd-objectieve leer, moet het antwoord gedifferentieerd worden. Zoals we zagen aan de hand van diezelfde casus, hoeft bij ons de vrees voor betrapping *als zodanig* niet aan een beroep op vrijwillige terugtred in de weg te staan. Dat doet het pas als die vrees wordt ingegeven door omstandigheden *van buitenaf*: wie met zijn inbraak ophoudt omdat hij een auto-met-sirene aan hoort komen, treedt niet vrijwillig terug, ook al waren de agenten niet op weg *hém* te arresteren maar in het nabijgelegen café een ruzie te beslechten. Van vrijwillig terugtreden is naar Nederlands recht evenmin sprake in de volgende casus:

Bo S. besluit in te breken in een luxe appartement aan de Parklaan. Nadat hij via het loswrikken van een bovenlicht de woning is binnengedrongen, ziet hij in de woonkamer een stereo-installatie van het merk Macintosh (met een waarde van minstens 25.000 euro). Deze peperdure apparatuur wekt zijn begeerte die zelf te hebben. Bij het uitsteken van zijn hand naar de installatie gaat er echter een alarm af. Geschrokken rent Bo weg en verlaat – zonder iets mee te nemen – het huis.

Als Bo zijn poging had opgegeven omdat “zo’n dure installatie altijd wel te traceren is”, was dat ophouden geweest uit een vrees voor betrapping die van binnenuit komt (en dus een indicatie voor vrijwillig terugtreden); nu hij echter ophoudt omdat er een alarm afgaat, komt die vrees van buitenaf en is er geen vrijwillig terugtreden.

Op het terrein van de vrees voor ontdekking en de vrijwillige terugtred heeft de Hoge Raad in 1988 een arrest gewezen dat als exemplarisch mag gelden. Het betreft HR 25 oktober 1988, NJ 1989, 456 (Canopus):

Aan boord van het motorschip Canopus, op weg van Columbia naar Nederland, werd een portemonnee met geld vermist. De kapitein deelde daarop de bemanning mee dat stante pede al hun hutten doorzocht zouden worden, waarnaar ze vóór het onderzoek niet meer mochten terugkeren. Een van de bemanningsleden, die cocaïne in zijn hut had liggen, voelde zich door het komende onderzoek kennelijk in het nauw gedreven en biechtte de kapitein op dat hij daar smokkelwaar verborgen had.

In Nederland werd de man vervolgd wegens poging tot opzettelijk invoeren van cocaïne. De Hoge Raad verwierp het beroep op vrijwillige terugtred omdat de dader het misdrijf niet heeft voltooid als gevolg van een “omstandigheid van zijn wil onafhankelijk, namelijk de dreiging van een onderzoek in zijn hut waarbij de aanzienlijke hoeveelheid cocaïne zeer waarschijnlijk zou zijn ontdekt”.

Bovenstaande samenvatting van de feitelijke situatie uit dit arrest bevat een cruciale zinsnede die ik hier zal cursiveren: “De kapitein deelde daarop de bemanning mee dat hun hutten doorzocht zouden worden, *waarnaar ze vóór het onderzoek niet meer mochten terugkeren.*” Als verdachte namelijk nog wel naar zijn hut had mogen terugkeren, had hij in feite een reële keuze gehad tussen het overboord gooien van de cocaïne (of iets dergelijks) en het opbiechten van de aanwezigheid daarvan aan de kapitein. Daarmee had de keus voor het opbiechten kunnen worden aangemerkt als vrijwillig terugtreden. Nu het onderzoek op staande voet zou plaatsvinden, werd die keuze hem ontnomen. En daarmee werd het opbiechten niet langer als vrijwillig terugtreden aangemerkt. Zo ziet u dat het immense verschil tussen strafbaarheid en straffeloosheid kan afhangen van een ogenschijnlijk detail. Reden temeer u te ‘wortelen in de concrete situatie’ (zie p. 142).

Laten we hiermee de behandeling van de poging afsluiten. Voor we echter overgaan naar de slotparagraaf over de strafbare voorbereiding, wil ik een punt van formeelrechtelijke aard bespreken, dat u moet begrijpen omdat anders de uitspraak ex art. 350 Sv in de jurisprudentie van vóór 1994 u voor merkwaardige puzzels kan stellen. Voor de wetswijziging van 1994 was het ‘ontbreken van vrijwillige terugtred’ namelijk een bestanddeel van de poging, dat in de tenlastellegging moest worden opgenomen en in beginsel door het OM met wettige bewijsmiddelen moest worden bewezen. In beginsel, want in de praktijk fungeerde de vrijwillige terugtred als een strafuitsluitende omstandigheid, die alleen aannemelijk hoefde te worden. Hoe dan ook, als verdachte vrijwillig was teruggetreden, was er *geen* ‘ontbreken van vrijwillige terugtred’ (sorry voor de dubbele ontkenning, maar ik kan niet anders). Daarmee kwam het ten laste gelegde bestanddeel ‘het ontbreken van vrijwillige terugtred’ te ontbreken en volgde vrijspraak. In 1994 werd op dit punt de praktijk gelegaliseerd en werd in art. 46b de vrijwillige terugtred omschreven als een bijzondere strafuitsluitingsgrond. Daarmee verviel niet alleen de noodzaak de vrijwillige terugtred negatief te formuleren als bestanddeel van de poging (‘het ontbreken van ...’), maar veranderde ook de uitspraak ex art. 350 Sv in geval van vrijwillig terugtreden: ontslag van rechtsvervolging in plaats van vrijspraak, zoals u al mag zijn opgevallen uit de uitspraak van de rechter indien hij in de casus-Jan F. vrijwillig terugtreden zou hebben aangenomen (zie p. 165).

Eén aspect van de poging is in het voorgaande onderbelicht gebleven: het crimineel-politieke. Indien voorbereidingshandelingen namelijk straffeloos zijn, moeten politie en justitie wachten met ingrijpen tot er een begin van uitvoering wordt gemaakt. De casus van het Grenswisselkantoor-arrest (zie p. 159) maakt duidelijk dat dat niet alleen onbevredigend is, maar ook riskant: stel u voor wat er allemaal kan gebeuren als de politie pas mag optreden vanaf het moment dat de tot de tanden bewapende mannen de auto hadden verlaten. Om die risico's te vermijden, had de politie maar één ding opengestaan: de zaak 'stuk te maken' door zo opvallend bij de bank te gaan surveilleren dat de mannen wel van hun voornemen móesten afzien.¹¹

Op wetgevend niveau is inmiddels iets gedaan aan het 'gat in de rechtshandhaving' dat het Grenswisselkantoor-arrest zo duidelijk aantoonde. De Wet van 27 januari 1994, Stb. 60 (Wet inzake de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen), die in werking is getreden op 1 april 1994, introduceerde namelijk een nieuw art. 46, dat een strafbaarstelling bevatte van voorbereiding tot misdrijven met gevangenisstraf van acht jaar of meer, *mits die misdrijven in vereniging zullen worden begaan*. Die gecursiveerde zinsnede beperkte het belang van art. 46 tot vormen van *georganiseerde* criminaliteit, waarvoor men destijds zo beducht was. In 2002 werd het vereiste van medeplegen echter uit art. 46 geschrapt, toen ter implementatie van een verdrag een hele reeks wetswijzigingen aan de Kamer werd voorgelegd. Dit onderdeel van de reeks werd pas opgemerkt toen de wet al was aanvaard. Op deze wijze is dus bewerkstelligd dat art. 46 ook dienst kan doen bij de voorbereiding van een soloactie. Daarmee krijgt onderstaande casus een ander antwoord dan in de vorige druk van Prologen:

De drugsdealer van Errol heeft meermalen gedreigd hem te zullen verminken als hij zijn schulden niet betaalt. Errol ziet geen andere uitweg dan het beramen van een moord op de dealer. Hij koopt bij een kennis een Colt .357 en wat patronen.

10 Bij voorbereiding wordt de straf met de helft verlaagd (art. 46 lid 2). Zie omtrent de beperkte reikwijdte van deze bepaling noot 3 op p. 148, die *mutatis mutandis* ook op de voorbereiding van toepassing is.

11 De term 'het stukmaken van de zaak' stamt uit de optiek van politie en justitie. Dat de zaak is stukgemaakt, betekent immers dat justitie geen zaak meer heeft tegen de verhoopte verdachten. Voor het would-be slachtoffer wordt er in het geheel niets stukgemaakt. Integendeel, door opvallend te gaan surveilleren voorkomt de politie juist dat de etalageruit van de juwelierszaak aan diggelen gaat.

Terwijl hij op de dag van de beraamde moord op een stoepje zit te wachten tot de dealer thuiskomt, wordt hij door de politie opgepakt.

Kan Errol worden veroordeeld wegens strafbare voorbereiding van moord (art. 46 jo. art. 289)?

Ja. Hier wordt immers voorbereid tot een misdrijf waarop acht jaar of meer staat (het maximum van art. 289 is levenslang/twintig jaar). Dat het misdrijf *niet* in georganiseerd verband zal worden begaan – Errol wil de moord in zijn eentje gaan plegen – is thans irrelevant.

De strafbare voorbereiding moet bestaan uit het verwerven, voorhanden hebben, et cetera van de spullen die in art. 46 limitatief worden opgesomd.¹² Die spullen moeten *kennelijk bestemd* zijn tot het plegen van het delict; die kennelijke bestemming is meer dan dat ze daarvoor gebruikt kúnnen worden. We kunnen deze proloog dan ook besluiten met een antwoord op de vraag die al gesteld is op p. 143:

Is de aanschaf van een bivakmuts een voorbereidingshandeling indien u daarbij overweegt die voor een bankoverval te gebruiken, maar als u 'm daar niet voor gebruikt, dan in ieder geval van de winter een lekker warm hoofd hebt?

Nee, omdat aan de bivakmuts de kennelijke bestemming ontbreekt die te gebruiken voor een bankoverval.

12 De meeste daarvan spreken voor zich, met als uitzondering misschien 'ruimten'. Denk daarbij aan speciaal geprepareerde ruimtes voor het opsluiten van nog te ontvoeren personen (Heineken en Doderer of – in een Belgische context – de slachtoffertjes van Marc Dutroux).

Voor een jurist die alleen te rade gaat bij zijn intellect, is er met het leerstuk van de posing weinig aan de hand. In diens optiek kunnen mensen zich een bepaald doel voornemen en dat voornemen vervolgens uitvoeren; als zij die uitvoering niet goed aanpakken of daarin worden verhinderd, zullen ze niet verder komen dan een posing. Op strafrechtelijk terrein zien we dat bijvoorbeeld bij het voornemen een ander van het leven te beroven, zijn spullen weg te nemen of hem op te lichten; als verdachten hun voornemens niet goed uitvoeren of daarin worden gestoord, komt de zaak niet verder dan een (strafbare) posing. Problematisch is alleen dat sommige activiteiten niet in een doel/middel-schema passen: een voorbeeld is de posing om een delict als dood door schuld te plegen, want voornemen en culpa sluiten elkaar uit. Dit soort uitzonderingen is reeds in de proloog zelf besproken; zie over de onmogelijkheid een culpoos delict trachten te plegen p. 146 en volgende.

Voor de jurist die openstaat voor zowel intellect als intuïtie, ligt dat anders. In diens optiek zijn mensen de *enigen* die zich een doel kunnen voornemen en dat voornemen kunnen uitvoeren. Het bestaan wordt immers beheerst door contingentie (Algemene inleiding, p. 6 e.v.), waardoor alles afhankelijk is van al het andere. Nu is een deel van de genius van de mens dat hij zich door middel van zijn intellect af en toe aan contingentie kan onttrekken: hij kan als het ware boven zichzelf uitstijgen, zich een doel voornemen, en dat voornemen vervolgens uitvoeren. Dat doel/middel-denken is echter slechts adequaat voor utilitaire, logistieke of organisatorische aangelegenheden, want zodra aspecten gaan

spelen als het aangaan van een relatie of (simpelweg) door anderen aardig te worden gevonden, laat het instrumentele denken het afweten. Daarmee is tevens de mogelijkheid weggevallen om die zojuist genoemde zaken als een doel te zien, dat nagestreefd kan en moet worden. Daarmee ziet de jurist zich geconfronteerd met “eilandjes van doelgerichtheid in een zee van doelloosheid”, om de Algemene inleiding (p. 13) te parafraseren. Voor hem zijn er dan ook twee soorten poging, de utilitaire en de existentiële, beide met hun eigen dynamiek: bij de utilitaire pogingen wordt het doel niet bereikt doordat de dader zijn voornemen niet goed uitvoert of daarin belet wordt; bij de existentiële pogingen wordt het doel niet bereikt doordat het langs die weg ook niet bereikt *kan* worden. Het doel is immers een bijproduct van de normale interactie, en bijproducten kunnen nimmer tot doel worden verheven. Degene die zich dat toch als doel stelt, moet voorbereid zijn op een forse dosis frustratie, aangezien zijn pogingen het doel te bereiken op zichzelf het obstakel zijn om dat te bereiken. Dat is het onderwerp van de zogeheten paradoxen, dat de hoofdmoot van dit naschrift zal vormen.

Het verschil tussen de utilitaire poging en de existentiële heeft verregaande consequenties voor dit naschrift. De vraag wat het onderwerp van de paradoxen te maken heeft met een strafrechtelijk leerstuk dat vooral ziet op utilitaire pogingen, kan immers kort en bondig worden beantwoord met een “Weinig of niets”. Het onderwerp van de paradoxen heeft daarentegen alles te maken met de existentiële pogingen. Paradoxen ontstaan namelijk doordat het vermogen dingen te bereiken via een doel/middel-schema wordt overschat, waardoor het denken dat aan de strafrechtelijke poging ten grondslag ligt klakkeloos wordt toegepast op terreinen waarop dit denken niet toepasbaar is. Die bijna automatische overschatting hangt rechtstreeks samen met de alomtegenwoordigheid van het instrumentele Leren-II. Met het begrip Leren-II begint dan ook de eerste paragraaf.

7.1 Leren-II

Een voorbeeld van Watzlawick 1976, p. 63–4, is wellicht de eenvoudigste manier om dit begrip te introduceren.

Vlak na de Tweede Wereldoorlog was in Engeland een groot aantal Amerikaanse mannelijke militairen gestationeerd, die aangewezen waren op Engelse vrouwen om afspraakjes mee te maken. Die afspraakjes leidden tot strubbelingen, omdat *beide* groepen over en weer elkaar ervan beschuldigden oversekst en heetgebakerd te zijn. Dat de Engelse vrouwen de Amerikaanse mannen verweten een teveel aan libido te hebben, lag in de lijn der verwachtingen (vrouwen

verwijten mannen dat vrijwel altijd), maar dat de Amerikaanse mannen de Engelse vrouwen een seksuele voorbarigheid in de schoenen schoven, verbaasde iedereen. De reden bleek een verschil te zijn in de volgorde waarin seksuele ontmoetingen zich in beide culturen afspeelden: de plaats van de tongzoen. Die zat in het Amerikaanse patroon in het begin (doorgaans al bij de eerste of tweede afspraak), terwijl die in het Engelse patroon pas aan het eind kwam (de tongzoen wees erop dat het beiden ernst was: het was een teken zich uit te gaan kleden). Het gevolg was even schokkend als vermakelijk, want als een Amerikaanse jongen nietsvermoedend zijn Engelse meisje begon te zoenen en daarbij zijn tong in haar mond stak, werd zij geheel verrast door deze – in haar ogen – verregaande intimiteit, die haar bovendien voor het blok zette: zij moest dan óf de verdere relatie met de jongen verbreken, óf zich klaarmaken *all the way* te gaan. Aangezien voor de meeste meisjes de eerste mogelijkheid een brug te ver was (in het straatarme naoorlogse Engeland waren zij voor sigaretten, chocola en nylons aangewezen op de Amerikaanse militairen), kozen zij voor het tweede alternatief. Voor de Amerikaanse jongen leek dat in eerste instantie een buitensporig, die bij nader inzien toch niet zo gelukkig was: na wat onschuldig gezoen werd hij plotseling besprongen door een – in zijn ogen – nymfomane slet. Geen wonder dat het niet erg boterde tussen die twee.¹

Dit incident laat zien dat er (botsende) culturele patronen zijn omtrent de volgorde die seksuele ontmoetingen hebben. Dat patroon is echter niet iets wat de Engelse meisjes en de Amerikaanse jongens *expliciet* is aangeleerd. Integendeel, dat hebben ze afgeleid uit de ervaringen die ze tot dan toe met het andere geslacht hadden opgedaan. Dat ‘afleiden uit de ervaringen’ bracht onderzoekers ertoe aan deze kijk op seksuele ontmoetingen het label Leren-II toe te kennen. Leren-II, omdat het niet gaat om iets dat uitdrukkelijk is aangeleerd (zoals de seksuele voorlichting – dat is Leren-I), maar om een bijproduct daarvan: als een seksuele ontmoeting steeds in een bepaalde volgorde plaatsvindt, gaan de participanten, zonder zich daarvan bewust te worden, in die volgorde een patroon herkennen, waar ze zich op in gaan stellen; vervolgens gaan zij, even

- 1 Hoewel Watzlawick dat punt niet aanroert, lijkt het me sterk dat beide participanten zo insensitief zijn geweest dat ze niets vreemds aan hun interactie hebben gemerkt: het kan bijna niet anders dan dat de Amerikaanse jongens na de eerste tongzoen de evidente ontzetting bij de Engelse meisjes hebben opgemerkt, terwijl de Engelse meisjes moeten hebben gevoeld dat de Amerikaanse jongens nog lang zo ver niet waren toen de meisjes zich alvast begonnen uit te kleden. Geen van beide partijen zal zich echter raad hebben geweten met deze gevoelens, zodat het negeren of onderdrukken ervan de enige mogelijkheid was. Bedenk daarbij ook dat het tijdsgewricht waarin het gebeuren zich afspeelde – net na de Tweede Wereldoorlog – zich niet erg leende voor een openhartig gesprek over seksuele ontmoetingen, laat staan over de volgorde daarbinnen: het onderwerp ‘seks’ was in die tijd taboe.

onbewust, dat patroon gebruiken om de wereld rondom hen te ordenen en hun ervaringen daarin een plaats te geven.

In een lucide passage geeft Bateson aan dat Leren-II zich niet beperkt tot mensen, maar dat ook dieren erdoor beïnvloed kunnen worden. In dit citaat heeft hij vooral het oog op honden die aan laboratoriumproeven worden onderworpen:

Leren-II manifesteert zich ook in het bekende verschijnsel van de 'experimentele neurose'. Typisch hiervoor is dat een dier in een Pavlov-achtige of een instrumentele leercontext wordt getraind een onderscheid te maken tussen bijvoorbeeld een ellips en een cirkel. Als het dier geleerd heeft dit onderscheid te maken, wordt de taak moeilijker gemaakt: de ellips wordt steeds ronder en de cirkel steeds platter. Uiteindelijk bereikt men een stadium waarin het maken van een onderscheid onmogelijk is geworden. In dat stadium raakt het dier compleet gestoord.

Let wel dat (a) een naïef dier dat in een situatie terechtkomt waarin hij moet kiezen of een ellips/cirkel op basis van het toeval een ellips of een cirkel is, geen tekenen van stoornis gaat vertonen, en dat (b) de stoornis niet optreedt in afwezigheid van de signalen die de context van de laboratoriumsituatie markeren.

Het lijkt er dan ook op dat Leren-II een noodzakelijke voorbereiding is voor de gedragsstoornis. De informatie "Dit is een context waarin onderscheiden moet worden" wordt aan het begin van de sessie overgedragen en *onderstreept* in de stadia waarin onderscheiden steeds moeilijker wordt gemaakt. Maar als het maken van een onderscheid volstrekt onmogelijk is geworden, verandert de structuur van de context totaal: nu vereist die gokken, niet meer onderscheiden. Daarmee zijn de signalen die de context markeren (zoals de geur van het laboratorium en het tuigje dat het dier gedurende het experiment draagt) in hoge mate misleidend geworden, want het dier bevindt zich in een situatie die gissen of gokken vereist, en *juist niet* het maken van een onderscheid. Het hele experimentele gebeuren is in feite een procedure om het dier op het verkeerde been te zetten op het niveau van Leren-II. (Bateson 1972, p. 296-7.)

Bateson suggereert dat bij Leren-II een *interpunctie* wordt aangeleerd, een wijze waarop gebeurtenissen worden geordend. Maar zo'n manier van ordenen is niet juist of onjuist: er zit niets in deze wijze van kijken dat door de realiteit kan worden weerlegd. Het is net als met de wolken, waar het iedereen vrij staat daarin te zien wat hij/zij maar wil. Als een meisje van een langsdrijvende wolk opmerkt: "Kijk, dat is net oom Harry met zijn lange neus" is er niets dat de jongen weerhoudt om te zeggen "Ik zie er meer een man in met een vishengel". Wellicht dat die manier van kijken iets zegt over de manier waarop beiden in de wereld staan, maar we kunnen niet zeggen dat een van de twee gelijk of ongelijk heeft: het is alleen een *manier* van kijken.

Het Leren-II van de manier van denken waarin men zich een doel voorneemt en dat voornemen vervolgens uitvoert, kan worden geïllustreerd aan de hand van de levensloop van een kind wiens ouders hopen (zoals trouwens *alle* ouders) dat hij gelukkig wordt in het leven.

Omdat ze al vroeg geconstateerd hebben dat hij behoorlijk intelligent is, proberen ze hem een zodanige opleiding mee te geven dat hij een goede baan kan krijgen. Dat begint al op de lagere school. Ondanks de protesten van het kind dat hij “de juffrouw zo lief vindt”, halen de ouders hem van die school af omdat hij “met zijn negen jaar nog niet weet wanneer hij een *-d*, *-t* of *-dt* moet schrijven”. Op de nieuwe school heeft het kind het niet zo erg naar zijn zin, maar het intellectuele niveau van het onderwijs aldaar is vrij hoog. Dat resulteert in een hoge score op de cito-toets, waarmee de weg naar het vwo open ligt. Bij de vraag naar welk vwo ze hem zullen sturen, letten de ouders er vooral op of de school plaats inruimt voor schoolreisjes naar het buitenland (“Goed voor zijn talen”) en of ze veel aan culturele vorming doen (“Goed voor zijn algemene ontwikkeling”). Ook het vwo weet hij vlot af te ronden. De keus voor een universitaire opleiding, en zo ja welke dan, is snel gemaakt: omdat hij noch in talen, noch in wiskunde uitblonk, ligt een opleiding voor de hand waarbij een bijzondere vaardigheid voor een van beide niet nodig is. Het wordt dan ook rechten aan de universiteit in zijn woonplaats. Op de universiteit ontpopt hij zich als een ‘calculerende student’: als het even kan, doet hij alleen vakken waar hij “iets aan heeft” en bestudeert daarbinnen alleen de stof waarvan de kennis echt nodig is. Ongehinderd door “al die ballast” schiet hij in hoog tempo door de studie heen. Naast de studie houdt hij zich alleen bezig met activiteiten die goed staan op zijn cv en met het cultiveren van contacten waar hij later nog iets aan zal hebben. Zo versiert hij een stage op een advocatenkantoor dat vooral bedrijfsjuridisch is georiënteerd en waar de goedbetaalde banen voor het grijpen liggen. Hij studeert af op een verslag van deze stage, en weet een baan te krijgen als stagiaire op hetzelfde kantoor waar hij al een tijdje heeft rondgelopen. Na zes jaar ploeteren wordt hij opgenomen in de maatschap van dit kantoor, waarmee hij een jaarinkomen heeft dat in de zes nullen reikt. Dat forse inkomen verdient hij vooral door zijn enorme doorzettingsvermogen. Als het hem namelijk niet in één keer lukt zijn doel te bereiken, verdubbelt hij gewoon zijn inspanningen tot hij krijgt wat hij wil hebben. Die tactiek gebruikt hij ook op relationeel terrein, want toen hij tot over zijn oren verliefd werd op de acht jaar jongere student-stagiaire op het kantoor, en het hem maar niet lukte een relatie met haar te beginnen, verleidde hij haar met een gezamenlijke vakantie naar de Malediven. Toen zij een halfjaar later de relatie verbrak en hij haar vroeg waarom ze eigenlijk met hem in zee was gegaan, was haar antwoord: “Je wilde zo graag iets met me hebben dat het gewoon pathetisch was. Ik kreeg toen medelijden met je, en heb je daarom maar je zin gegeven. Denk dus niet dat het gebeurde *omdat* je je zo inspande; het gebeurde *ondanks* je inspanningen, want ook zonder je gedram was ik wel iets met je begonnen.” Die

mededeling verandert overigens niets aan zijn ambitie; integendeel, ook die wordt erdoor verdubbeld.

Met het inkomen van meer dan een miljoen lijkt het doel bereikt dat zijn ouders zich al lang geleden voor hem hadden voorgenomen: een goede baan. Toch blijkt ook het vorstelijke inkomen geen garantie het doel te bereiken waar dat inkomen een patent middel voor leek te zijn: een zo groot mogelijk geluk. Want wat dat betreft is de situatie niet om over naar huis te schrijven. Hij wordt namelijk geregeld overvallen door een gevoel van innerlijke leegte. Doorgaans weet hij dergelijke gevoelens te onderdrukken door al zijn energie te richten op een nieuwe zaak, maar keer op keer klopt de leegte opnieuw aan de poort van zijn bewustzijn. Dat doet het vooral als hij in situaties terechtkomt waarin er slechts gepraat wordt over koetjes en kalfjes. Niet dat hij niet over iets kan “ouwehoeren” (begin maar met hem over de beurskoersen), maar dan moet achter het gesprek steeds een doel zitten: iemand ergens op voorbereiden, hem of haar ergens warm voor maken of haar ‘versieren’. In dat soort gesprekken is hij een charmant en begaafd converseerder, maar van “doelloos geleuter” wordt hij kriegel. En zo sleept zijn leven zich voort: een onophoudelijke reeks koortsachtige activiteiten met daaronder een *quiet desperation* à la Thoreau (Thoreau 1854, p. 12).

Deze uitgebreide schets is bedoeld als een levendige achtergrond voor de – nogal abstracte – conclusie die Bateson omtrent Leren-II trekt:

Neem de instrumentele optiek op het leven. Wanneer een organisme met deze kijk op het leven zich in een nieuwe situatie bevindt, zal die zich gaan gedragen volgens het principe van *trial-and-error* om uit de situatie een positieve uitkomst te krijgen. Als hij die uitkomst niet krijgt, wordt zijn filosofie van doelgerichtheid daardoor niet ontkend, want zijn *trial-and-error*-gedrag gaat gewoon door. De premissen van ‘doel’ bevinden zich simpelweg niet op hetzelfde niveau als de feiten van het leven, en kunnen daardoor niet gemakkelijk worden weersproken. ... In feite hebben de proposities achter de interpunctie de neiging zichzelf te bevestigen. Dat zelfbevestigende karakter van de inhoud van Leren-II heeft het effect dat dat leren vrijwel onuitroeibaar is. Het gevolg is dan ook dat het Leren-II dat in de kindertijd wordt opgedaan vermoedelijk de rest van het leven in stand blijft. (Bateson 1972, p. 300–1.)²

Deze eerste paragraaf hoopt te hebben laten zien dat het denken in termen van de poging (‘voornemen–uitvoering–doel bereikt’) zo diep in ieder van ons verankerd ligt dat het vrijwel onuitroeibaar is. De volgende paragraaf beoogt aan

2 Over de verhouding tussen de diep ingeslepen premissen van Leren-II en de intuïtieve basis gaat de tweede indicatie in 1.2.1 van de Algemene inleiding (p. 18).

te tonen dat de werkelijke bron van de paradoxen die uit dit Leren-II voortvloeien, niet ligt in een logische denkfout (de subparagraaf over de logische paradoxen), ook niet in een ongelukkige manier van formuleren (de ‘talige’ paradoxen), maar in een onvermogen dingen te laten gebeuren in plaats van ze te *doen* (de existentiële paradoxen). Het is, kortom, het onvermogen in een gemoedstoestand te komen die in een zen-gedicht zo fraai wordt verwoord:

Sitting quietly,
doing nothing.
Spring comes,
and the grass grows by itself.

7.2 Paradoxen

Uitspraken kunnen op zichzelf terugslaan. Neem bijvoorbeeld zinnen als

Deze zin bevat vijf woorden
Deze zin geen werkwoord
Deze zin is in het Nederlands

Met deze zinnen is niets bijzonders aan de hand: ze bevestigen wat ze over zichzelf zeggen, de eerste zin bestaat inderdaad uit vijf woorden, de tweede bevat geen werkwoord, en de derde is een Nederlandse zin. Een slag moeilijker wordt het als de zinnen zichzelf tegenspreken:

Deze zin bevat zes woorden
Deze zin bevat geen werkwoord
Deze zin is in het Engels

Deze zinnen slaan op zichzelf terug en resulteren in een contradictie: de eerste zin bestaat slechts uit vijf woorden, de tweede bevat wel degelijk een werkwoord, en de derde is beslist geen Engelse zin.

In het leven van alledag slaan zinnen meestal niet op zichzelf terug, al was het alleen omdat de spreker dat nooit zo bedoeld heeft. Als een docent bijvoorbeeld een student erop wijst dat bij bezittelijke voornaamwoorden acht moet worden geslagen op het grammaticale geslacht van woorden (het is “de Hoge Raad en *zijn* arresteren”, “de rechtbank en *haar* vonnissen” en “het hof en *zijn* arrest”), kan die hem er ook op wijzen dat op deze regel een uitzondering bestaat: het-woorden kunnen ook worden gebruikt voor typisch-vrouwelijke personen. Zo zou “het meisje en *zijn* mobieltje” vreemd Nederlands zijn als

bedoeld is “het meisje en *haar* mobieltje”. De docent zou dan de volgende uitspraak kunnen doen:

Iedere regel heeft een uitzondering

Het zal niet diens bedoeling zijn die zin op zichzelf te laten terugslaan, maar een slimmerik zou kunnen doen of die dat wel deed. Hij zou zich namelijk kunnen afvragen of *die* regel ook een uitzondering heeft. Dat is zo, want de regel “Iedere regel heeft een uitzondering” heeft één uitzondering, te weten dat iedere regel een uitzondering heeft. Daarmee bevestigt de regel zichzelf, want “Iedere regel heeft een uitzondering” is op zichzelf de uitzondering daarop. Dat betekent dat de uitspraak in stand kan blijven, en thuishoort bij de eerste drie zinnen.

Naast de uitspraken die op zichzelf terugslaan en op een dieper niveau zichzelf bevestigen, zijn er ook uitspraken die zichzelf op een dieper niveau onderuithalen, maar waar het na één ronde ophoudt. Deze uitspraken hebben wel iets paradoxaals, maar ze missen het in een cirkel rond blijven gaan van de echte paradoxen. Dit soort situaties heeft meestal het karakter van een *practical joke*. Een standaardvoorbeeld is het volgende bord dat op een viaduct hing:

Negeer dit
bord

Die instructie kun je alleen opvolgen door die te overtreden. Je kunt je even gepakt voelen, maar je blijft niet eindeloos in cirkels rondgaan.

7.2.1 Logische paradoxen

Voor een echte paradox is daarom nog een ingrediënt nodig. Naast het feit dat de uitspraak op zichzelf terugslaat en zichzelf tegenspreekt, moet er ook nog iets zijn van het ronddraaien in een cirkel, waarbij een keuze voor het ene antwoord automatisch tot het andere leidt, waarna het weer van voren af aan begint, enzovoorts. Uitgangspunt voor de echte paradoxen was de uitspraak van een zekere Epimenides, die door de apostel Paulus in een van zijn brieven was aangehaald. Deze Epimenides had gezegd dat “alle Kretenzers leugenaars zijn”. Nu was Epimenides zelf van Kreta afkomstig, zodat zijn uitspraak neerkwam op

Ik lieg altijd

Is die uitspraak waar? Als de man altijd liegt, spreekt hij in ieder geval *nú* de waarheid. Dat zou betekenen dat hij niet altijd liegt. Maar dat bevestigt juist zijn uitspraak: als hij altijd liegt, moet hij dat ook doen op het moment dat hij *zegt* dat hij altijd liegt. Dat doet hij ook, want *nú* spreekt hij de waarheid. En dat betekent weer dat hij niet *altijd* liegt. Maar dat ... enzovoorts ad infinitum. En zo draait de cirkel maar rond.

De moeilijkheid met de Epimenides-paradox (of leugenaars-paradox) is dat die een logisch artefact is: het zijn logici die de uitspraak van Epimenides reduceren tot “Ik lieg altijd”. Het enige wat Epimenides heeft gezegd, is dat Kretenzers altijd liegen. Dat hijzelf ook een Kretenzer is, is hem vermoedelijk ontgaan, en als het hem niet ontgaan is, is het waarschijnlijk nooit zijn bedoeling geweest zijn eigen uitspraak onderuit te halen. Ongeveer hetzelfde gebeurt wanneer een man de spreekkamer van de psychiater binnenkomt en tegen deze zegt “Dokter, mijn probleem is dat ik altijd lieg.” Het kan bijna niet anders dan dat deze beoogt een waarheidsgetrouwe uitspraak te doen *over* zijn andere uitspraken, zoals over het verhaal aan zijn vrouw dat zijn bezoek aan het lokale bordeel te maken had met de controle van hun boekhouding. Het zal nooit zijn bedoeling zijn geweest de psychiater te beliegen als hij aangeeft economisch om te gaan met de waarheid!

In het voorgaande hebben we verschillende malen gezien dat in het leven van alledag voorkomen wordt dat uitspraken op zichzelf terugslaan door een appèl te doen aan de bedoeling van de spreker. Diens ‘bedoeling’ kan worden uitgebreid tot een algehele contextgevoeligheid, een gevoel voor humor of een simpele menselijke ‘zinnigheid’ (= *common sense*). Zelfverwijzing is dan überhaupt geen probleem. Dat zien we bijvoorbeeld in de prologen en deze naschriften, die voortdurend op zichzelf terugslaan. Vaak komen daarin zinnen voor als “In dit naschrift probeer ik aan te tonen dat ...”, een zin die soms nog wat korter door de bocht is geformuleerd als “Dit naschrift probeert aan te tonen dat ...”. Hoewel die zin strikt genomen niet correct is (naschriften *kunnen* nooit iets aantonen), levert dat soort zinnen voor een zinnige lezer niet alleen geen enkel probleem op, maar zorgt ervoor dat die lezer enig idee krijgt wat hem of haar te wachten staat.

Zelfverwijzing heeft soms ook onverwachte voordelen. Zo heb ik in het voorwoord van Prologen aangegeven nogal vrij om te gaan met citaten uit niet-Nederlandstalige bronnen, en wordt die zin vervolgd met:

Eenzelfde type vrijheid heb ik me gepermitteerd bij Nederlandstalige citaten uit arresten en annotaties: aangezien veel juristen menen zich met behulp van allerlei tangconstructies waardoor zinnen nodeloos ingewikkeld en moeilijk leesbaar

worden te moeten uitdrukken, heb ik dergelijke zinnen ‘onttand’. (De zojuist geciteerde zin zou ik aanhalen als: “Veel juristen menen zich te moeten uitdrukken met behulp van allerlei tangconstructies, waardoor zinnen nodeloos ingewikkeld en moeilijk leesbaar worden.”)

Zelfverwijzing heeft in dit geval de mogelijkheid de lezers te laten *ervaren* dat tangconstructies erg vervelend zijn. Zelfverwijzing stelt je dus in staat te *laten zien* wat je bedoelt, zonder dat daar verder veel woorden aan besteed hoeven te worden.

De volgende subparagraaf zal laten zien dat zowel leken als psychologen bij het begrijpen van paradoxale situaties de fout maken situaties uit hun context te lichten. Dat komt doordat de ‘Wees spontaan’-paradox alomtegenwoordig is, wat op zijn beurt voortvloeit uit de dominantie van het instrumentele Leren-II. Een en ander heeft tot gevolg dat psychologen niet goed omgaan met situaties die zo’n paradox bevatten: soms concluderen ze tot de aanwezigheid daarvan door het analyseren van iemands verbale uitingen zonder acht te slaan op de hele context, en soms merken ze die paradox niet op als die er wel degelijk is. Tussendoor zal worden gedemonstreerd dat hun analyse wél accuraat is als het gaat om mensen of organisaties die zelf ook eendimensionaal zijn.

7.2.2 ‘Talige’ paradoxen

Onze taal is een reus in het objectief beschrijven van zaken die zich buiten ons bevinden, maar een pygmee zodra het de innerlijke wereld betreft. Zoals de Engelse schrijver Chesterton (Chesterton 1904, p. 88–91) opmerkte:

De mens weet dat de ziel schakeringen bevat die verbijsterender, tallozer en naamlozer zijn dan de kleuren in een herfstbos. ... Toch gelooft hij in alle ernst dat elk daarvan, in iedere toon en halftoon, in iedere combinatie en vereniging, precies kan worden aangeduid door een willekeurig systeem van grom- en piepgeluiden. Hij gelooft echt dat een alledaags beschaafd kantoormens van binnenuit in staat is de geluiden voort te brengen die een beschrijving zijn van alle mysteries van het geheugen en alle ondraaglijke pijnen van het verlangen.

Vanwege de gebrekkige mogelijkheden die de taal heeft iets innerlijks uit te drukken en de overvloedige mogelijkheden tot het beschrijven van externe zaken, ligt het voor de hand dat er een klimaat ontstaat waarin – in termen van Lacan (p. 84) – Behoeftes worden omgezet in Eisen. Die omzetting is geen enkel probleem als het gaat om alledaagse, triviale en betrekkelijk mondaine zaken

(twee van mijn Eisen van deze ochtend waren “Kun je de printer even aanzetten?” en “Mag de deur op het haakje?” – het grote vermogen van de taal tot vragen, dirigeren en specificeren is hier een zegen).³ Het vertalen van Behoeftes in Eisen wordt evenwel een ramp als het om dingen gaat waarbij het cruciaal is dat iemand zich in jou verplaatst en die uit zichzelf doet, dat wil zeggen spontaan en ongevraagd. Het eisen van die dingen maakt het spontaan doen ervan echter onmogelijk. Met andere woorden: de ‘Wees spontaan’-paradox is in dit klimaat endemisch. Die paradox plaatst niet alleen degene tot wie hij is gericht in een onhoudbare situatie, maar creëert die ook voor degene die hem uitvaardigt. Neem bijvoorbeeld de vrouw die het volgende verwijt tot haar man richt: “Vroeger nam je me nog weleens uit jezelf mee naar de bioscoop, maar tegenwoordig moet ik daar steeds om vragen!” Met dat verwijt creëert ze niet alleen een impasse voor haar man, maar gooit ook haar eigen glazen in. Als de man nu namelijk vraagt of ze meegaat naar de film, moet zij zich over de teleurstelling heenzetten dat hij dat alleen vraagt omdat zij zich erover beklaagd heeft!

Omdat dit soort paradoxen vooral gesitueerd moet worden in het Leren-II, heeft het geen zin *expliciet* mee te delen dat men zich erin verstrikt heeft: zoals Bateson uitdrukte, zijn de alledaagse feiten van het leven niet van dien aard dat ze het Leren-II kunnen weerleggen. Het heeft dan ook weinig zin dat psychologen zich gedragen als een bioloog die een herbarium wil aanleggen, daartoe met zijn botaniseertrommel het veld in trekt, diverse bloemen plukt, ze determineert, droogt, en inplakt in zijn plantenboek. Want verder dan dat komen psychologen vaak niet: ze gaan af op iemands verbale uitingen, plukken daar wat paradoxjes uit, determineren die en delen de persoon in kwestie mede dat hij of zij zichzelf en anderen blokkeert door middel van ‘Wees spontaan’-paradoxen. Daaraan maakt ook Watzlawick zich schuldig naar aanleiding van het relaas van Andy’s moeder (Andy is een achtjarige jongen die geen zin heeft in het maken van zijn huiswerk):

Ik denk dat wat ik probeer te zeggen, het volgende is: ik wil dat Andy leert om dingen te doen, en ik wil ook dát hij die doet – maar ik wil van hem dat hij die *uit zichzelf* doet. Wat hij natuurlijk zou kunnen is blind bevelen opvolgen zonder het echt te willen, maar dat is niet wat ik wil. Ik besef dat ik ergens een fout maak, ik kan niet precies aangeven waar, maar ik voel er niet voor hem voor te schrijven wat hij moet doen – hoewel, als ik alles aan zijn eigen initiatief zou overlaten, zijn kamer binnen de kortste keren tot hiertoe bezaaid is met rotzooi

3 Deze “alledaagse, triviale en betrekkelijk mondaine zaken”, waar Behoeftes mogen worden omgezet in Eisen, komen naadloos overeen met de “utilitaire, logistieke of organisatorische aangelegenheden” van het intro (p. 170), waartoe ongestraft pogingen mogen worden ondernomen.

(ze doelt op kleren, speelgoed etc. op de vloer) of iets dergelijks – nee, dit zijn – er zijn twee uitersten: ik wil dat hij zelf dingen *wil* doen, maar ik realiseer me dat dat iets is wat we hem moeten *leren*. (Watzlawick 1974, p. 62.)

Na deze moeder sprekend te hebben opgevoerd, constateert Watzlawick dat zij zichzelf en haar zoontje in een ‘Wees spontaan’-paradox verstrikt. Hij voegt eraan toe dat ze met deze kennis weinig op zal schieten, want “de verbijsterende aard van de paradoxen houden grotere geesten al vele eeuwen bezig”. Dit soort *non-sequiturs* (zo u wilt ‘dooddoeners’) is typerend voor veel eendimensionale psychologen, die alleen letten op wat iemand zegt en dat zo snel mogelijk tot een paradox reduceren in plaats van de totale situatie te bekijken. Want als we de hele situatie in ogenschouw nemen, is het maar de vraag of ze haar zoontje paradoxale bevelen geeft. Het is niet onmogelijk dat zij dat doet, maar het kan ook zijn dat haar verbale uiting onduidelijk is, wazig, contradictoir en verwarrend, zonder evenwel een paradox op te leveren. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van het kinderen leren lezen leuk te vinden en dat uit zichzelf te gaan doen.

Wat de meeste ouders graag zouden zien, is dat hun kinderen op een regenachtige middag waarop er toch geen speelkameraadjes buiten zijn, uit zichzelf een boek pakken om daar vervolgens helemaal in op te gaan, in plaats van met hun neus op het raam geplakt te zitten en iedereen lastig te vallen met de mededeling “Ik verveel me zo!” Een ouder zou tegen zo’n verveeld (en vervelend) kind kunnen uitvallen met “Hou op met dat gezeur en pak een boek. Wat kan ik er nou aan doen dat het de hele middag giet van de regen?” Het is natuurlijk niet de bedoeling van die ouder dat het kind een boek pakt en daar met een gezicht als een oorwurm in gaat zitten bladeren (vgl. met wat de moeder van Andy *niet* van hem wil); nee, hij moet zelf naar buiten kijken, constateren dat er niemand op straat speelt en dan zijn eigen plan trekken door een boek te nemen dat hem interesseert. Het krijgen of hebben van die gewoonte is echter niet iets dat zomaar uit de lucht komt vallen; integendeel, daarvoor moeten de ouders wel de voorwaarden hebben geschapen. Eén daarvan is dat het kind toegang heeft tot voldoende boeken waarin hij of zij geïnteresseerd is, bijvoorbeeld door lid te zijn van een bibliotheek met een gevarieerd aanbod. Als aan die voorwaarden voldaan is, is er geen enkele aanleiding om “Hou op met dat gezeur en pak een boek” te zien als een onoplosbare paradox, maar als een simpele terechtwijzing van een geïrriteerde ouder.

Veel situaties die een ‘Wees spontaan’-paradox zouden bevatten, doen dit dus alleen omdat eendimensionale psychologen afgaan op datgene wat de ouders met zoveel woorden uitdrukken, en geen acht slaan op de hele context. De ‘Wees spontaan’-paradox slaat echter wel in alle hevigheid toe als het om organisaties

gaat die zelf ook eendimensionaal zijn. Een voorbeeld is wat in onze cultuur als de panacee geldt om mensen te hervormen – het strafrecht met zijn arsenaal aan straffen en maatregelen. Over de haken en ogen die bij de strafrechtspleging kunnen ontstaan, gaat de volgende passage:

Er is geen samenleving die het kan veroorloven zich niet te verdedigen tegen afwijkend gedrag, noch te proberen diegenen te veranderen die handelen in strijd met haar regels en structuur. In weerwil van duizenden boeken over het onderwerp penologie is de rechtsfilosofie niet in staat geweest – en zal dat misschien ook nooit zijn – de functie van de straf te bevrijden uit de paradoxale contaminatie van vergelding, afschrikking en hervorming. Van deze drie functies is de laatste, de hervorming, ongelukkigerwijze de meest paradoxale als ook de meest humane. Hoewel wij duidelijk niet competent zijn de buitengewoon ingewikkelde problemen van een humane strafrechtspleging te behandelen, kunnen de impasses die voortkomen uit de pogingen de geest van de delinquent en zijn gedrag te veranderen, niettemin door de leek op hun waarde wordt geschat. Of de context nu een extra beveiligde inrichting is of gewoon de kinderrechter, de paradox is dezelfde: de mate waarin de delinquent geacht wordt door deze instellingen te zijn hervormd, wordt beoordeeld naargelang hij de ‘juiste’ dingen doet of zegt *omdat hij hervormd is*, en niet omdat hij alleen geleerd heeft de ‘juiste’ taal te spreken of de ‘juiste’ handelingen te verrichten. Als je hervorming ziet als iets anders dan conformiteit, wordt hervorming onvermijdelijk iets dat terugslaat op zichzelf – het wordt dan verondersteld zowel zijn eigen oorzaak als zijn eigen gevolg te zijn. Dit spel wordt gewonnen door de goede ‘acteurs’; de enige verliezers zijn die gedetineerden die weigeren hervormd te worden omdat ze te ‘eerlijk’ of te kwaad zijn om het spelletje mee te spelen, of die laten merken dat ze het spel alleen meespelen omdat ze uit de inrichting willen, en het daarom niet spontaan doen. Humaniteit creëert zodoende zijn eigen hypocrisie, wat tot de zwartgallige conclusie leidt dat het in deze specifieke zin de voorkeur schijnt te verdienen een prijs te laten betalen voor een delict, dat wil zeggen een straf, en de geest van de delinquent met rust te laten en daardoor de problematische consequenties van de *mind-control*-paradoxen te vermijden. (Watzlawick 1974, p. 69.)

Denk overigens niet dat dit fenomeen zich uitsluitend in Amerika voordoet, want ook bij ons is die paradox volop aanwezig: de basis daarvoor is zelfs in een wettelijke bepaling neergelegd, te weten in art. 2 lid 2 van de Penitentiaire Beginselenwet:

Met handhaving van het karakter van de vrijheidsstraf of de vrijheidsbenemende maatregel wordt de tenuitvoerlegging hiervan zoveel mogelijk dienstbaar gemaakt aan de voorbereiding van de terugkeer van de betrokkene in de maatschappij.

Dit artikellid institutionaliseert de paradoxale contaminatie van vergelding en afschrikking ("Met handhaving van het karakter ...") met de hervorming ("... dienstbaar aan de terugkeer ..."), zoals Watzlawick dat beschrijft.

Het is niet alleen dat eendimensionale psychologen 'Wees spontaan'-paradoxen zien waar die helemaal niet zijn, maar ook dat ze verzuimen te zien waar dergelijke paradoxen wel degelijk aanwezig zijn. Denk hierbij aan het alledaagse fenomeen van de imitatie als reactie op een aansporing als "Neem een voorbeeld aan die-en-die; die kan het toch ook?" In veel van die gevallen staat de aangesprokene weinig anders open dan te doen wat Alan Watts zo (h)eerlijk beschreven heeft:

Ik herinner me dat toen ik nog een kleine jongen op school was, ik er enorm in geïnteresseerd was correct mijn schoolwerk te doen. Iedereen vertelde me dat ik niet hard genoeg werkte, dat ik hoorde te werken, maar toen ik vroeg "Hoe werk je eigenlijk?", hield iedereen zijn mond.

Ik stond voor een raadsel. Er waren leraren die kennelijk wisten hoe je moest werken, want ze hadden grote hoogten van geleerdheid bereikt. Ik dacht dat ik misschien 'het geheim' kon leren door hun eigenaardigheden te kopiëren. Ik imiteerde de stijl waarmee ze met de hand schreven. Ik gebruikte hetzelfde soort pen. Ik affecteerde dezelfde manier van spreken en gebaren, en – voorzover ik om het schooluniform heen kon – zelfs hun kleding.

Niets van dit alles onthulde het geheim. Ik kopieerde als het ware de uiterlijke symptomen, terwijl ik niets wist van de innerlijke vlam die je tot werken in staat stelt. (Watts 1968, p. 58.)

De situatie die Watts beschrijft bevat alle kenmerken van een 'Wees spontaan'-paradox. In plaats van het innerlijk kacheltje op te porren dat de schooljongen in staat stelt vanuit zichzelf te werken, wordt hem een aantal clichés gegeven in de trant van "Je moet beter je best doen". Op zijn voor de hand liggende vraag *hoe* je dat dan doet, geeft niemand echter een antwoord. Daarop gaat de jongen zelf op zoek naar de manier waarop je kunt werken, en kopieert in arren moede maar de uiterlijke kenmerken van mensen die kennelijk tot werken in staat zijn. Dat leidt niet alleen tot niets, maar zorgt er ook voor dat hij een verkeerd idee krijgt omtrent de richting waarin zaken bij mensen 'stromen': van binnen naar buiten (van de innerlijke vlam naar de uitwendige kenmerken) en niet van buiten naar binnen (niet eerst de uitwendige kenmerken en van daaruit de innerlijke vlam). Als dat idee omtrent de verkeerde stroomrichting eenmaal in het Leren-II is verankerd, is dat wellicht een andere verklaring voor de alomtegenwoordigheid van de 'Wees spontaan'-paradoxen, waarbij er voornamelijk voor wordt gezorgd dat eerst de buitenkant in orde wordt gemaakt, waarna op

miraculeuze wijze de innerlijke vaardigheid geacht wordt vanzelf te volgen. Het is een manier van denken waarbij een ondernemer zich allereerst afvraagt of hij wel klantvriendelijk *overkomt* (d.w.z. de uiterlijke kenmerken vertoont van iemand bij wie de klant koning is – vriendelijk glimlachend personeel in een kek pakje met daarop de tekst ‘Leuk dat u er bent!’), maar waarbij de echte klantvriendelijkheid (d.w.z. het innerlijk) een zaak van ondergeschikt belang lijkt te zijn.

Dat de oriëntaalse filosofie zich veelvuldig pleegt uit te drukken door middel van paradoxen, is echter niet bedoeld om de lezer te attenderen op situaties waarin een innerlijke vaardigheid geacht wordt te ontstaan als de uiterlijke kenmerken daarvan keurig gekopieerd zijn, maar heeft twee andere redenen, die wellicht beide samenhangen met de pygmeeachtige statuur van de taal ten aanzien van de innerlijke wereld. Die worden besproken in de volgende separate subparagraaf.

7.2.3 *Existentiële paradoxen*

Allereerst wijst R.H. Blyth op een nog betrekkelijk eenvoudige reden waarom het intellect en het denken zo eendimensionaal zijn. Die heeft te maken met het feit dat het intellect niet in staat is ‘diepte’ te zien:

Een paradox is niet een soort grapje, dat opgelost kan worden door de dubbele betekenis van een woord uit te leggen. Evenmin komt die voort uit een verlangen de toehoorders of zichzelf in de war te brengen. De paradox ontstaat door het onvermogen van de taal twee dingen tegelijk te zeggen. Een dokter zet een been af waardoor hij pijn en verlies veroorzaakt, wat slecht is, maar hij redt een leven, wat goed is. Als we spreken van een goed-slecht actie, interpreteert het intellect dit onvermijdelijk als gedeeltelijk goed en gedeeltelijk slecht. In dit opzicht is muziek grootser dan taal. We kunnen twee dingen tegelijk zeggen, en de twee afzonderlijke melodieën worden één ondeelbare harmonie. Pater zegt: “Alle kunst streeft naar de toestand van de muziek.” (Blyth 1942, p. 180.)

Het combineren van twee separate melodieën tot één harmonisch geheel komt ook weleens in de poëzie voor. Zie bijvoorbeeld het gedicht *Whole Duty of Children* van Robert Louis Stevenson uit ‘A Child’s Garden of Verses’:

A child should always say what’s true
And speak when he is spoken to,
And behave mannerly at table:
At least as far as he is able.

(Stevenson 1885, p. 65.)

In dit gedicht ligt ongeveer het perfecte opvoedingsklimaat besloten: het begint met het stellen van – terechte – eisen aan kinderen, zoals het spreken van de waarheid, het antwoord geven als iemand je aanspreekt of het je netjes gedragen aan tafel. De vierde regel geeft de reden aan waarom die eisen niet verabsoluteerd mogen worden: het kind moet ook innerlijk in staat zijn zich daaraan te houden. Die regel geeft aan dat een leugentje niet per se uit den boze is, dat je tante Julia weleens mag negeren als die al de hele dag op je heeft zitten vitten en dat je vroegtijdig de tafel mag verlaten als de volwassenen een langdradig gesprek zijn begonnen over iets waar jij toch niets van begrijpt. Sommigen zullen dit gedicht inconsistent vinden, want in hun benadering stel je óf eisen aan kinderen, óf je neemt ze zoals ze zijn, maar niet allebei tegelijk; in die rechtlijnige belevingswereld is echter geen plaats ingeruimd voor de kronkelige en veelal paradoxale werkelijkheid van de opvoeding.⁴

Naast de mogelijkheid om tegelijkertijd twee dingen te zeggen die elkaar lijken uit te sluiten, is er een diepere reden waarom de oriëntaalse filosofie zo dol is op de paradox. Die filosofie stelt namelijk dat het onmogelijk is *niet* jezelf te zijn, zodat iedere poging daartoe de barrière is om dat doel te bereiken. Iemand die probeert zichzelf te zijn, bevindt zich in exact dezelfde situatie als iemand die zich waagt aan een existentiële poging – vergelijk p. 171. Het verschil is echter dat zen en tao dat niet – zoals dit proefschrift – trachten uit te leggen, maar proberen je dat te laten *ervaren*. Men heeft vele manieren ontwikkeld om tot die ervaring te komen; gemeenschappelijk daaraan is dat men de student in een gemoedstoestand poogt te brengen waarin de pogingen het doel te bereiken onder hun eigen gewicht ineensinken, waarna hij/zij kan ervaren dat het al zo is wat ze trachten na te streven.

Dat het onmogelijk is om datgene te vermijden wat toch al zo is, had ook een intellectueel als Bateson zich in de jaren vijftig van de vorige eeuw gerealiseerd; in hun boek over de communicatie hebben Watzlawick et al. dit punt zelfs de status van een axioma gegeven. In hun woorden:

Er is een eigenschap van gedrag die nauwelijks meer basaal kan zijn en daarom dikwijls over het hoofd wordt gezien: gedrag heeft geen tegendeel. Met andere woorden: er is niet zoiets als non-gedrag, of, om het nog simpeler te zeggen, je

4 Het gedicht beperkt zich overigens niet tot de opvoeding, maar strekt zich uit tot *alle* opleidingssituaties (incl. een universitaire opleiding). Het beschrijft namelijk perfect hoe een goed docent met zijn studenten omgaat c.q. moet omgaan: je moet beginnen met eisen aan hen te stellen, maar als je het gevoel begint te krijgen dat je hem of haar niet verder krijgt dan tot hier, moet je er genoeg mee nemen dat er niet meer in zit.

bent niet in staat je *niet* te gedragen. Als we nu aanvaarden dat alle gedrag boodschapswaarde heeft, dat wil zeggen communicatie is, volgt daaruit dat hoe je het ook probeert, je niet in staat bent *niet* te communiceren. Activiteit of passiviteit, woorden of stilte, alles heeft boodschapswaarde: het beïnvloedt anderen en deze anderen zijn op hun beurt niet in staat niet te reageren op deze communicaties, en zijn zodoende zelf aan het communiceren. Duidelijk begrepen moet worden dat een afwezigheid van praten of van het opmerken van elkaar geen uitzondering is op wat zojuist is beweerd. Een man die strak voor zich uit kijkt bij een druk lunchbuffet, of de passagier in een vliegtuig die zijn ogen gesloten heeft, communiceren allebei dat ze niet met anderen willen spreken of aangesproken willen worden; hun buren is de boodschap doorgaans duidelijk en ze reageren daar adequaat op door hen met rust te laten. Dit is klaarblijkelijk evenzeer een uitwisseling van communicatie als een geanimeerd gesprek. (Watzlawick 1967, p. 48-9.)

Bateson had zich al eens afgevraagd of mensen die samen met anderen in een lift staan en geen woord tegen elkaar zeggen, communiceren. Voor mensen die communicatie opvatten als ‘het overdragen van begrip’ – zodat je succesvolle en onsuccesvolle communicatie hebt –, is het antwoord uiteraard nee. Voor communicatiewetenschappers, voor wie het begrip communicatie geen tegendeel heeft, is het antwoord echter een volmondig ja. De volgende vraag wordt dan: “Wat communiceren zij?” Het antwoord daarop moet zijn “Zij communiceren de boodschap: ‘Wij communiceren niet.’” Bateson merkte hiervan op dat deze situaties door hun paradoxaalheid zo explosief zijn dat de liftgebruikers van alles zullen doen om deze paradox te vermijden: iedereen informeert van elkaar naar welke etage ze moeten, een van hen maakt een opmerking over het weer, een ander over de snelle (of juist langzame) voortgang van de lift, en weer een ander staat quasi-geïnteresseerd de menukaart van de kantine te bestuderen. Alles beter dan in de paradox te belanden van het communiceren dat je niet communiceert.

In Naschrift Corporaties zal de bespreking omtrent de existentiële paradoxen in een iets andere vorm worden voortgezet; dat bevat beschouwingen omtrent een (non-)filosofie als zen. Daarmee blijft voor dit naschrift nog slechts een restant uit de proloog over.

7.3 Restant uit proloog

In de rechtspraak komen geregeld gevallen aan de orde die ten onrechte niet worden geanalyseerd in termen van het leerstuk van de poging. Een voorbeeld is HR 25 juni 1996, NJ 1997, 563 (Niet-behandelde longinfectie):

In dit arrest kwam het geval aan de orde waarin na een avond stappen een samenwonend stel thuis ruzie krijgt. De man pakt een vuurwapen en schiet daarmee zijn vriendin neer. Zij raakt zwaargewond: het schot veroorzaakt een hoge dwarslaesie, waardoor zij tot de hals verlamd is, geen gevoel meer heeft in haar lichaam, slechts met behulp van kunstmatige beademing lucht kan krijgen en totaal van anderen afhankelijk is. Kort daarna krijgt zij een ernstige longinfectie. Op nadrukkelijk verzoek van het slachtoffer wordt van behandeling afgezien, waarna ze overlijdt aan die onbehandelde longinfectie.

Gedaagd wegens doodslag (art. 287) voerde de man als verweer dat het slachtoffer niet was overleden als gevolg van zijn schot, maar als gevolg van haar eigen weigering zich verder te laten behandelen. Het hof verwierp dit verweer en veroordeelde verdachte wegens doodslag. De Hoge Raad ging akkoord met deze veroordeling.

Wellicht op het verkeerde been gezet door verdachtes verweer, wordt dit geval dikwijls gezien als een dat een probleem van causaliteit bevat. Ik denk dat dat niet juist is. De zaak, met zijn betrekkelijk lange tijdsverloop tussen het neerschieten en de dood van het slachtoffer, leent zich er beter voor te worden gezien als een voltooide poging waarbij het intreden van het gevolg niet door de dader is voorkomen. Ga maar na. Hoewel zijn aanvankelijke opzet – hij schoot met een vuurwapen – erop gericht was de vrouw van het leven te beroven, is het niet onmogelijk dat dit aanvankelijke opzet zich na het eerste schot heeft gewijzigd: denkbaar is dat de dader om een of andere reden had gewild dat hij niet had geschoten. Als het effect van het schieten eruit had bestaan dat hij niet de vrouw maar de muur had geraakt, was er nog steeds een poging tot doodslag op de vrouw geweest. Die zou echter onvoltooid zijn gebleven, omdat de dader dan nog verdere actie had moeten ondernemen. Als de wijziging in zijn opzet hem ertoe gebracht had zijn poging niet door te zetten, zou een dergelijke poging zelfs geresulteerd hebben in straffeloosheid wegens vrijwillige terugtred. Het werkelijke effect is echter niet dat hij slechts de muur heeft geraakt, maar dat hij het slachtoffer zodanig heeft getroffen dat ze zwaargewond naar het ziekenhuis moest worden afgevoerd. Daarmee ligt hier een voltooide poging (= een poging waarbij de dader zijnerzijds alles heeft gedaan wat nodig is), waar alleen het gevolg nog niet is ingetreden. En bij een voltooide poging wordt een eventuele wijziging van het aanvankelijke opzet alleen aangemerkt als vrijwillig terugtreden als de dader erin slaagt het intreden van het gevolg ook daadwerkelijk te voorkomen. Zie bijvoorbeeld de casus in de proloog (p. 164) waarbij de dader een bom heeft geplaatst onder de Van Brienenoordbrug, daar spijt van krijgt en de politie belt met gedetailleerde aanwijzingen over hoe de bom te demonteren; doordat de Explosieven Opruimingsdienst echter in de file terechtkomt, arriveert die te laat om de explosie nog te voorkomen. In dat geval blijft

de dader aansprakelijk voor het veroorzaken van een ontploffing, en wordt zijn beroep op vrijwillige terugtred niet gehonoreerd. Zo ook in dit geval, waar eveneens een voltooide poging voorligt. Nu verdachte zijn vriendin levensgevaarlijk heeft getroffen, kan zijn beroep op vrijwillig terugtreden alleen worden aanvaard *als hij haar dood had weten te voorkomen*. Wat dan ook de exacte gang van zaken is geweest die tot haar overlijden heeft geleid, is irrelevant: vragen omtrent de causaliteit worden in dit geval afgeschermd door strekking en reikwijdte van het leerstuk van de poging.

Kortom, met causaliteit heeft de zaak vooralsnog niets uit te staan, maar alles met het opzet bij de poging. En dan met name met de beperkte invloed van een wijziging in het aanvankelijke opzet ingeval van een voltooide poging.

7.4 Meerwaarde van intuïtieve benadering

De slotparagraaf bij Naschrift Opzet en Culpa contrasteerde de intellectuele met de intuïtieve benadering van het onderwerp; bij Naschrift Causaliteit bleek zo'n confrontatie ook wel mogelijk, maar die is – gezien de wijze waarop de jurisprudentie zich inmiddels ontwikkeld heeft – niet meer nodig. Bij Naschrift Poging gaan beide benaderingen evenwel hand in hand, op één uitzondering na. Die uitzondering betreft het voorwaardelijk opzet.

7.4.1 Voornemen en voorwaardelijk opzet

Voorwaardelijk opzet volstaat voor het voornemen in de zin van art. 45, zoals de Hoge Raad al in 1953 heeft besloten bij het arrest inzake het inrijden op een agent. In die beslissing werd impliciet verondersteld dat het voorwaardelijk opzet een digitaal begrip was, met een 'alles-of-niets'-karakter. Het gevolg was dat aan de eis van voornemen reeds werd voldaan als er voorwaardelijk opzet was, in welke vorm dan ook. In Naschrift Opzet en Culpa is daarentegen betoogd dat het voorwaardelijk opzet een analoog begrip is, dat vele gradaties kent. Die lopen van enerzijds een actief en agressief prototype naar anderzijds een dat passief en gelaten is. Volgens dat naschrift komt voor het voornemen alleen de actieve en agressieve variant van het voorwaardelijk opzet in aanmerking. Dat spoort overigens met de actieve connotatie van het woord 'voornemen', want hoe kan men zich iets passiefs en gelatens voornemen? Immers, het voornemen passief te blijven duidt op een passiviteit die voortkomt uit een actief voornemen daartoe. Daarmee is deze passiviteit een pseudopassiviteit, die alle kenmerken van een paradox heeft.

Behoudens de uitzondering van voornemen en voorwaardelijk opzet brengt het parallel lopen van beide benaderingen met zich dat er bij het onderwerp van de poging weinig tot geen afwijkingen zijn te verwachten van een intuïtieve benadering. Dat roept de vraag op waarom aan Proloog Poging een naschrift is gewijd, en wat dan wél de meerwaarde is van een intuïtieve benadering.

7.4.2 *Doelloosheid*

Het antwoord daarop is dat deze benadering uit haar aard licht werpt op de ruimere context van het toch wat ‘onnatuurlijke’ en kunstmatige doel/middel-denken dat aan de poging ten grondslag ligt. De poging beperkt zich immers tot utilitaire, organisatorische of logistieke activiteiten (in het naschrift ook wel aangeduid als “alledaagse, triviale en mondaine”). Hoewel deze doelgerichte activiteiten een belangrijk deel van het leven uitmaken, bestaat het andere deel uit zaken waar de doelloosheid troef is. Om uit te drukken dat het grootste – en wellicht voornaamste – deel van het leven bestaat uit activiteiten die *niet* tot doel gemaakt kunnen worden (denk aan het aangaan van een relatie of aan andere bijproducten van de interactie), spreekt Naschrift Poging van “eilandjes van doelgerichtheid in een zee van doelloosheid”; op die eilandjes is het goed mogelijk doelen te formuleren en vervolgens te bereiken, maar in die zee is dat ten enenmale onmogelijk. Het is niet alleen onmogelijk, maar het heeft ook een tegengesteld effect zodra men van bijproducten een doel maakt. Iemand die dat namelijk doet, krijgt onmiddellijk te maken met de zogeheten paradoxen, in zijn geval de situatie dat zijn doel niet wordt bereikt alleen doordat hij tracht het te bereiken. Met andere woorden: bij het nastreven van doelen die niet nagestreefd *kunnen* worden, frustreert de poging zichzelf. De hoofdmoot van het naschrift heeft dan ook bestaan uit een uiteenzetting omtrent de paradoxen die ontstaan als men geen verschil in diepte onderkent tussen het zich voornemen van een doel en het zich beschikbaar stellen voor het dienen daarvan. En passant is aangestipt dat ook de strafrechtspleging met paradoxen te maken krijgt indien men de straf niet meer ziet als een prijs die betaald moet worden voor het begaan van een delict, maar men die tevens gebruikt als een middel om de delinquent om te vormen tot een normconforme burger.

7.4.3 *Leren-II*

Voor wat betreft de poging houdt het strafrecht zich vrijwel uitsluitend bezig met doelgerichte activiteiten als het een ander trachten van het leven te beroven, hem zijn spullen afhandig te maken of hem op te lichten. Bij strafrechtsbeoefe-

naren kan dan ook eenvoudig een blinde vlek ontstaan voor activiteiten die niet in dit instrumentele schema passen. Er is echter meer aan de hand dan een – simpel te corrigeren – beroepsdeformatie. Naschrift Posing tracht te laten zien hoe diep het denken in termen van ‘voornemen–uitvoering–doel bereikt’ in onze cultuur verankerd ligt. Dat denken is een premisse van wat Bateson ‘Leren-II’ heeft genoemd, het zodanig gewend raken aan een bepaalde leercontext (bijv. die van de opvoeding) dat de basisstructuur daarvan axiomatisch, automatisch en onbewust is geworden. Hoewel het doelgerichte Leren-II op zichzelf niet rechtstreeks met de strafrechtelijke poging te maken heeft, is het er wel de oorzaak van dat de validiteit van het doel/middel-denken tot in het absurde wordt overschat. Ten slotte geeft het naschrift aan dat de uitgangspunten van het instrumentele Leren-II niet kunnen worden weerlegd door een expliciete mededeling dat het geen zin heeft een bepaalde gewenste toestand als doel te formuleren, dat vervolgens met die-en-die middelen kan worden bereikt; vrijwel de enige manier om iemand van het instrumentele denken af te helpen waar dat inadequaats is, is hem in een situatie te brengen waarin hij zijn pogingen een doel te bereiken zo vaak herhaalt dat hem duidelijk begint te worden met iets onmogelijks bezig te zijn. Dat is echter het onderwerp van het laatste naschrift, Naschrift Corporaties. Daarin wordt een oosterse (non)filosofie als zen belicht, die mensen weer gevoelig tracht te maken voor alles wat vanzelf gaat.

7.4.4 *Link met huidige jurisprudentie*

Op het terrein van de poging valt op dat de jurisprudentie niet of nauwelijks is gewijzigd ten opzichte van de derde druk van Prologen (2003). Aanvankelijk gold hetzelfde voor Naschrift Posing, maar daar is inmiddels op één punt wijziging in gekomen. Wat is veranderd is een uitbreiding van het aantal gevallen waarin een beroep op vrijwillige terugtred gehonoreerd kan worden; die verruiming geldt vooral de zogenoemde voltooide poging, de poging waarbij geen nader ingrijpen van de dader meer nodig is. In het verleden was het zo dat bij een voltooide poging straffeloosheid wegens vrijwillig terugtreden slechts kon volgen indien de dader het intreden van het gevolg daadwerkelijk had weten te voorkomen; die straffeloosheid volgde niet indien hij van zijn kant al het nodige had gedaan om het gevolg te verhinderen, maar dat toch was ingetreden door domme pech of (al dan niet bureaucratische) labbekakigheid van anderen. Een voorbeeld is het in Proloog en Naschrift genoemde geval van de man die een bom heeft geplaatst onder de Van Brienoordbrug, daar spijt van krijgt, een uur vóór de explosie de politie belt met de mededeling dat daar-en-daar een bom ligt, en gedetailleerde instructies geeft over hoe de bom onschadelijk te maken;

doordat de Explosieven Opruimingsdienst (EOD) echter in de file terechtkomt, vindt de explosie alsnog plaats. Wilde de dader zich beroepen op vrijwillig terugtreden, dan had hij onder de oude jurisprudentie het exploderen van de brug daadwerkelijk moeten voorkomen, waarbij de inspanningen die hij zich getroost had om de explosie te voorkomen, op geen enkele wijze werden gehonoreerd. Gezien het objectieve karakter van de Nederlandse pogingsleer was dit dogmatisch wellicht een juist standpunt, maar intuïtief komt het hardvochtig over: hij heeft tenslotte tijdig gewaarschuwd, heeft alles correct gedaan, maar de EOD is niet creatief genoeg om op tijd te arriveren. Het intuïtieve oordeel dat het niet-honoreren van zijn – weliswaar vergeefse – inspanningen toch wel hardvochtig is, vindt zijn jurisprudentiële parallel in HR 19 december 2006, NJ 2007, 29. Weliswaar week het daarin berechte geval in hoge mate af van de Van Brienenoordbrug-casus, maar uit dat arrest blijkt wel dat de Hoge Raad de mogelijkheid van een beroep op vrijwillige terugtred bij een voltooide poging aanzienlijk heeft verruimd; in een creatieve interpretatie van dat arrest zou die verruiming in het geval van de brug gestalte kunnen krijgen in het honoreren van een beroep op vrijwillig terugtreden *hoewel de explosie uiteindelijk niet is voorkomen*. Eenzelfde redenering kan worden gevolgd in het geval van de niet-behandelde longinfectie (7.3), dat in die paragraaf geanalyseerd is als een geval van een voltooide poging, waarbij de dader de dood van zijn vriendin – die een hoge dwarslaesie had opgelopen als gevolg van een pistoolschot zijnerzijds – niet had weten te voorkomen. Voor een beroep op vrijwillig terugtreden is nog steeds nodig dat de dader actief iets heeft ondernomen om het gevolg (i.c. haar dood) te verhinderen, maar de gang van zaken bij zijn optreden wordt tevens in ogenschouw genomen. In dit geval zou hij zich ook dan op vrijwillige terugtred kunnen beroepen indien hij serieuze pogingen had ondernomen zijn vriendin de voorgenomen euthanasie uit het hoofd te praten, hoewel het intreden van haar dood niet zou zijn voorkomen. Uit de gegevens omtrent de zaak blijkt niet dat verdachte dergelijke pogingen heeft ondernomen; dat kan er enerzijds op wijzen dat hij die pogingen in het geheel niet ondernomen heeft (zodat hij zich ook niet kan beroepen op vrijwillige terugtred), en anderzijds dat hij die pogingen wel ondernomen heeft maar niet de moeite heeft genomen dat in de stukken te doen vermelden, omdat die pogingen – gezien de toenmalige stand van zaken in de jurisprudentie – er toch niet toe deden. In dat laatste geval zouden die thans wel moeten worden vermeld, omdat die pogingen een beroep op vrijwillige terugtred zouden kunnen schragen.

8 Proloog Deelneming

Deelneming aan een strafbaar feit kan verscheidene vormen aannemen: de deelneming-vooraf (men haalt een ander over tegen beloning een derde te mishandelen), de deelneming-tijdens (men staat op de uitkijk terwijl een ander inbreekt) en de deelneming-achteraf (men verschafft de dader een schuilplaats). Die laatste vorm kent u wellicht als *accessory after the fact* uit Angelsaksische series waarin het strafrechtelijk bedrijf centraal staat, zoals 'A Touch of Frost' of 'New York Police' (om twee van mijn favorieten te noemen). Bedenk echter wel dat Engeland en Amerika de deelneming op een andere manier benaderen dan ons land doet: in Nederland beperkt de deelnemingsregeling uit het Algemeen Deel (art. 47–50 en 52) zich tot de deelneming-vooraf en -tijdens.¹

8.1 Algemeen overzicht

Kenmerk van de deelnemingsregeling uit het Algemeen Deel is dat die accessoir is, dat wil zeggen aanleunt tegen een zogeheten gronddelict. Dat betekent dat deelneming pas strafbaar is indien het delict waaraan men een bijdrage wilde leveren ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden (of in het stadium van een strafbare poging is blijven steken): als u een ander een honkbalknuppel levert voor een doodslag, maar die doodslag (of een poging daartoe) vindt nimmer

1 Ons land stelt de deelneming-achteraf strafbaar via aparte delictsomschrijvingen als de art. 416 en volgende (heling), en 189 (begunstiging).

plaats, blijft u straffeloos.² Dat gronddelict bepaalt tevens de maximumstraf die op de deelneming is gesteld: op doen plegen, medeplegen en uitlokken van een delict staat dezelfde straf als op het plegen ervan (art. 47 lid 1), maar bij medeplichtigheid aan een misdrijf wordt de maximumstraf die daarop staat met een derde verlaagd (art. 49 lid 1).

De deelnemer moet een dubbel opzet hebben: dat opzet moet niet alleen gericht zijn op de eigen deelnemingshandelingen (niemand kan als medeplichtige worden bestraft indien blijkt dat hij per ongeluk medeplichtig is geweest aan een strafbaar feit van een ander), maar ook op het te realiseren gronddelict. Dat laatste brengt met zich dat de uitlokker van een overtreding opzet op die overtreding moet hebben, hoewel de feitelijke pleger opzet noch schuld hoeft te hebben. Maar dat is niet het enige: bij die vormen van deelneming waarbij het *gezamenlijk* opzet van de deelnemers ook gericht moet zijn op het gronddelict, is deelneming aan culpose delicten uitgesloten. Want net zo onmogelijk als het is dat iemand zich voorneemt uit onachtzaamheid een delict te gaan plegen (zie Proloog Poging, p. 146), is het onmogelijk dat twee mensen met elkaar afspreken *niet* te denken aan mogelijke gevolgen. Toch acht zowel literatuur als rechtspraak dergelijke vormen van culpose deelneming denkbaar én strafbaar. Hoe absurd dat is laat de volgende casus zien, die een situatie bevat waarin dood door schuld zou worden medegepleegd (art. 47 lid 1 onder 1° jo. 307):

De buurmannen Jut en Jel hebben besloten samen de badkamer van Jel grondig op te knappen. Ter uitvoering van dat voornemen witten ze op een zaterdagochtend het plafond, betegelen de wanden en brengen – omdat de badkamer nogal koud is – een elektrisch verwarmingselement aan boven het voeteneinde van de badkuip, ongeveer anderhalve meter boven het bad. Daarbij werken ze zo innig samen en gaan zo in hun werk op dat het niet meer na te gaan is wie nu precies wat heeft gedaan. Hoe dan ook, de volgende morgen gaat Jels vrouw uitgebreid baden. Nadat ze ongeveer twintig minuten in de badkuip heeft gelegen, begint het (naar behoren werkende) verwarmingselement wat geluiden te maken; vervolgens komt dit van de muur af vallen, vermoedelijk omdat het toch niet zo goed verankerd is als Jut en Jel hadden aangenomen. Als het verwarmingselement met het badwater in contact komt, gebeurt er iets rampzaligs: door de plotselinge stroomstoot van 220 V wordt Jels vrouw geëlectrocuteerd en overlijdt ter plekke.

Gehoord door de politie leggen beide mannen een gelijkkluidende verklaring af, die erop neerkomt dat “U zich misschien niet voor kunt stellen dat we er niet

2 Dat neemt niet weg dat sommige vormen van deelneming strafbaar zijn zonder dat er een delict is gevolgd: zie bijvoorbeeld de art. 46a (poging tot uitlokking) en 133 (aanbieden van medeplichtigheid), die zullen worden besproken in 8.3.

eens aan gedacht hebben dat zo'n elektrisch verwarmingselement boven het bad linke soep is, maar dat hebben we écht niet. Ongelofelijk stom van ons!"

Hierin hebben Jut en Jel opzet op hun eigen deelnemingshandelingen: ze hebben doelbewust samengewerkt aan iets dat achteraf gezien hoogst onvoorzichtig blijkt te zijn geweest. Als men dat echter als het medeplegen van dood door schuld aanmerkt, reduceert men het dubbele opzet van de medeplegers tot een opzet dat alleen gericht hoeft te zijn op het eigen handelen en niet tevens op *het begaan van een delict*. En aangezien het hier een culpoos delict betreft, komt die tweede opzeteis erop neer dat men moet hebben afgesproken eventuele gevolgen te negeren. Omdat een dergelijk staaltje mentale acrobatiek voor niemand is weggelegd, gaat deze proloog ervan uit dat vormen van deelneming waarbij het *gezamenlijk* opzet van de deelnemers gericht moet zijn op een culpoos delict, niet mogelijk zijn.

De eis dat het opzet van de deelnemer ook gericht moet zijn op het gronddelict, beperkt tevens diens aansprakelijkheid: de aansprakelijkheid van de deelnemer gaat niet verder dan tot waar zijn opzet op is gericht. Als u samen met een kompaan inbreekt, maar uw kompaan brengt – geheel tegen de afspraak in – de bewoner van het huis om het leven, bent u slechts aansprakelijk voor diefstal met braak en niet voor doodslag. U bent echter ook aansprakelijk voor datgene waar uw opzet *voorwaardelijk* op is gericht, zoals HR 20 januari 1998, NJ 1998, 426 laat zien:

Twee medeverdachten breken samen de deur van een woning open. In die woning nemen ze twee horloges en een armband weg. Vervolgens arriveert de inmiddels gealarmeerde politie. De ene verdachte geeft onmiddellijk gevolg aan het bevel zich om te draaien en met de handen omhoog tegen het raam te gaan staan. De andere trekt echter een pistool en schiet op beide agenten. Als gevolg daarvan wordt een van de agenten door een kogel in het lichaam getroffen.

De niet-schutter werd ten laste gelegd dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal met geweldpleging in vereniging (art. 312 lid 2 onder 2°).³ Ter terechtzitting kwam vast te staan dat verdachte door de actie van zijn kompaan volkomen werd verrast, dat hij geen kans had gezien hem daarvan te weerhouden, maar dat hij reeds voor de inbraak had gezien dat zijn maat een wapen bij zich droeg. Om die laatste reden meende het hof dat verdachte, door met zijn mededader mee te gaan, willens en wetens de geenszins denkbeeldige kans had aanvaard dat bij

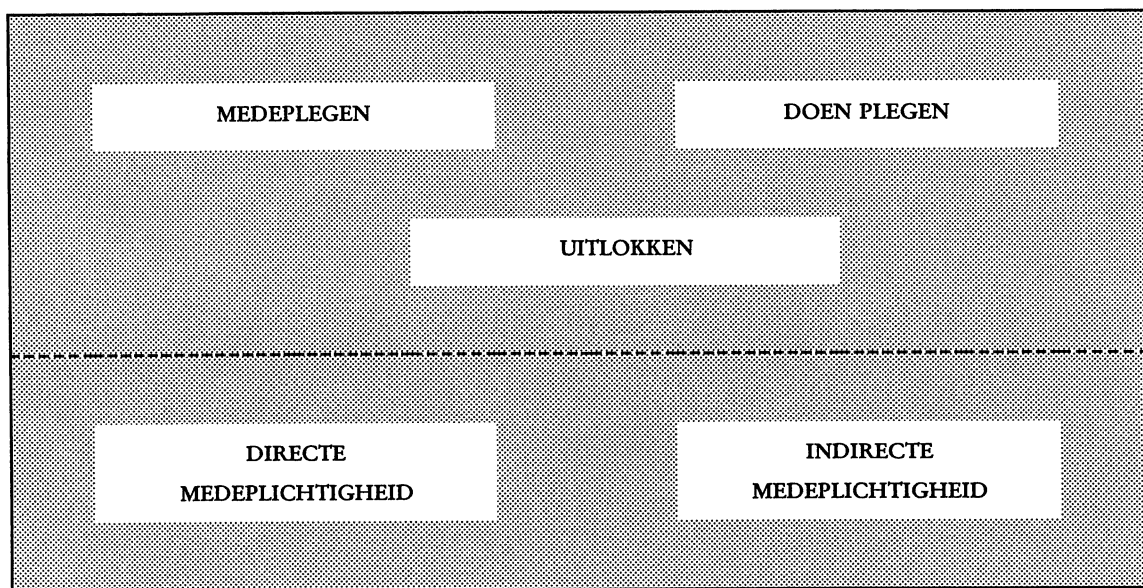
- 3 Diefstal in vereniging is inhoudelijk hetzelfde als medeplegen van diefstal, waarop dezelfde straf staat als op een diefstal-in-je-eentje (vier jaar). Omdat het echter als meer bedreigend geldt dat een diefstal met zijn tweeën (of meer) wordt begaan, is het medeplegen daarvan omschreven als een *strafverzwarende* omstandigheid in art. 311, eerste lid, onder 4° (zes jaar).

betrapping op heterdaad het wapen door zijn mededader zou worden getrokken. Het veroordeelde hem dan ook voor het ten laste gelegde.

De Hoge Raad stemde in met de beslissing van het hof en voegde eraan toe dat het anders was geweest als hij zich in een eerder stadium (toen hem duidelijk werd dat de ander was gewapend) had gedistantieerd. Hoe hij dat dan had moeten doen, zei de raad er niet bij. Distantie was er mijns inziens echter geweest indien verdachte nog vóór de inbraak had gezegd: “Als je dat pistool meeneemt, ga ik niet met je mee.” Zou zijn kompaan dan stiekem een pistool hebben meegenomen – en daarmee ook hebben geschoten –, dan is zijn maat daarvoor niet aansprakelijk.⁴

Let er echter wel op dat ook hier de aard van de delictsomschrijving roet in het eten kan gooien: als u uw kompaan helpt bij het mishandelen van het slachtoffer, dat vervolgens aan zijn verwondingen bezwijkt, bent u beiden aansprakelijk voor mishandeling de dood ten gevolge hebbend (art. 300 lid 3), *ook al was die dood uitdrukkelijk niet u beider intentie*. Dit gevolg is immers aan ieder opzet- of schuldverband onttrokken (zie Proloog Causaliteit, p. 101).

De vormen van deelneming kunnen als volgt in schema worden gezet:



Bij dit schema passen drie kanttekeningen:

- 1 De tekening zou driedimensionaal moeten zijn. Nu lijkt het alsof er alleen verbindingen zijn tussen deelnemingsvormen die in de tekening aan elkaar
- 4 Het argument van non-distantie is in latere jaren los komen te staan van het voorwaardelijk opzet: zie daarvoor het eind van de paragraaf over het medeplegen.

grenzen (uitlokken/indirecte medeplichtigheid bijv.), maar er zijn ook verbanden tussen deelnemingsvormen die in dit tweedimensionale plaatje ver van elkaar liggen (medeplegen/directe medeplichtigheid bijv.). Op dit punt schieten mijn vaardigheden als illustrator echter tekort, zodat u genoeg zult moeten nemen met de mededeling dat er ook verbanden bestaan die in een plat vlak niet zichtbaar zijn.

- 2 Tussen uitlokken en de beide vormen van medeplichtigheid loopt een stippellijn. Die heb ik daar getrokken om aan te geven dat er nogal wat verschillen bestaan tussen de vormen van deelneming die met plegen worden gelijkgesteld (medeplegen, doen plegen en uitlokken) en de ‘ondersteunende’ deelneming van de medeplichtigheid.
- 3 In de tekening overheerst het grijs, wat dit keer met opzet is gedaan. De witte gebieden zullen u nauwelijks voor problemen stellen, vooral niet omdat u zich snel een beeld kunt vormen omtrent het prototype van de diverse deelnemingsvormen. Globaal kunnen de vormen van deelneming namelijk als volgt worden getypeerd (zie voor een uitvoeriger beschrijving 8.2):

<i>medeplegen</i>	u begaat een delict in volledige en nauwe samenwerking met een ander
<i>doen plegen</i>	u gebruikt een <i>straffeloos</i> ander om een delict voor u te plegen
<i>uitlokken</i>	u haalt een <i>strafbaar</i> ander door een contraprestatie over een delict voor u te plegen
<i>directe medeplichtigheid</i>	u verricht een ondersteunende activiteit <i>terwijl</i> iemand anders het delict pleegt
<i>indirecte medeplichtigheid</i>	u verricht <i>van tevoren</i> een ondersteunende activiteit voor een delict dat door een ander gepleegd zal gaan worden

De werkelijke problemen bij de deelneming treden op in de grijze gebieden, zoals u kunt zien in de volgende casus:

De 23-jarige Angela G., werkzaam op een assurantiëkantoor, is daar belast met aanvullende inboedelverzekeringen. Op die wijze komt zij erachter dat de bewoner van Voorstraat 17 zich voor een bedrag van 25.000 euro aanvullend heeft verzekerd vanwege de aanschaf van een ‘high-end’ geluidsinstallatie. Angela belt twee van haar vrienden – die haar al eerder hebben gevraagd om adressen van

panden waar zeker wat te halen is – met de vraag of ze voor de helft van de opbrengst bereid zijn in te breken op een adres dat door haar zal worden verschaft. De vrienden voelen hier wel voor, waarop Angela vertelt van de geluidsinstallatie op Voorstraat 17. De vrienden wachten tot op dat adres niemand thuis is en breken dan in, terwijl Angela thuis het tennissen op de tv volgt. De buit van de inbraak bestaat uit genoemde geluidsinstallatie en een collectie van honderd klassieke cd's, variërend van Henry Purcell tot Arvo Pärt.

De officier van justitie die met het geval-Angela G. belast is, wil qua maximumstraf uit deze zaak halen wat erin zit; hij wil echter zijn vervolging ook bekroond zien met een veroordeling. Wat kan hij Angela het beste ten laste leggen?

Laten we een beetje om dit geval heen praten. “De vrienden hebben Angela al eerder gevraagd om adressen van panden waar zeker wat te halen is” – daaruit leid ik af dat de vrienden toch al bereid zijn hun inkomen aan te vullen door het zetten van een kraak. Angela is dan ook niet zozeer iemand die hen met een contraprestatie (de helft van de buit) overhaalt voor haar de inbraak te plegen, maar meer iemand die hun toch al aanwezige opzet toespitst. Dat laatste valt in ieder geval onder (indirecte) medeplichtigheid. Als we de casus echter in zijn geheel bezien, is Angela's aandeel te groot voor alleen medeplichtigheid: zij is tenslotte het kwade genius achter het gebeuren. Medeplegen lijkt beter, maar tegen het aannemen van medeplegen pleit weer dat zij bij de uitvoering van de inbraak in het geheel niet betrokken was: toen zat ze thuis voor de tv. De casus voldoet daarmee aan geen van de drie prototypen: het is (1) geen uitlokken omdat er niet iemand wordt overgehaald, (2) geen medeplichtigheid omdat Angela meer doet dan alleen ondersteunen en (3) geen medeplegen omdat ze tijdens de inbraak lijfelijk afwezig is.

De vraagstelling bij de casus stelt aan de officier een dubbele eis: qua maximumstraf moet hij uit de zaak halen wat erin zit, maar hij moet ook zijn vervolging bekroond zien met een veroordeling. Simpel gezegd: hij moet het onderste uit de kan halen zonder het deksel op zijn neus te krijgen. Aan die laatste eis – het deksel niet op zijn neus krijgen – kan hij het beste voldoen door Angela *subsidiair* iets ten laste te leggen waarbij een veroordeling nagenoeg zeker is. In dit geval is dat indirecte medeplichtigheid aan diefstal met braak door het geven van inlichtingen (art. 311 lid 1 onder 5° jo. 48 onder 1°). Van de maximumstraf gaat dan wel een derde af. Aan de eerste eis – het onderste uit de kan halen – kan hij voldoen door een *primaire* tenlastelegging op te stellen. Daarvoor kan hij te rade gaan bij de jurisprudentie die begon met HR 17 november 1981, NJ 1983, 197 (Containerdiefstal). Daarin bepaalde de Hoge Raad dat lijfelijke afwezigheid bij de uitvoering van een delict geen beletsel hoeft

te zijn voor een veroordeling wegens het medeplegen daarvan, mits men een centrale rol speelde als organisator of initiatiefnemer. Angela G. deed dat en kan dus het volle pond krijgen als medepleger van diefstal met braak (art. 311 lid 1 onder 4° en 5° jo. 47 lid 1 onder 1°).

Een laatste puntje voor we de accessoire deelnemingsvormen uitgebreider gaan behandelen: de tenlastelegging in deelnemingszaken ziet er wat merkwaardig uit. Zo wordt de deelnemer Joop M. ten laste gelegd:

dat Arie J. op 25 juni 2002 te ... met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening heeft weggenomen uit het perceel Kerkstraat 8 een televisietoestel, een videorecorder, een cd-speler en een versterker, alle van het merk Denon, 110 euro aan cash, 12 girobetaalkaarten en een computer, monitor en toetsenbord van het merk Compaq, alles toebehorende aan een ander dan aan Arie J., waarbij genoemde J. zich de toegang tot dat perceel heeft verschaft door via de achterdeur het perceel binnen te sluipen,

bij welk feit hij, verdachte, opzettelijk behulpzaam is geweest door op 24 juni 2002 in café 'De Pul' te ... aan Arie J. een lijst over te leggen met vier adressen, waaronder het perceel Kerkstraat 8, waar overdag de achterdeur open zou staan zonder dat de bewoners aanwezig zijn.

U ziet dat deze tenlastelegging, die bestemd is voor Joop M., begint met een uitvoerige beschrijving van wat een ander dan verdachte zou hebben misdaan; pas tegen het eind komt de tenlastelegging *to the point* en zegt wat het aandeel van verdachte zou zijn geweest. Deze stijl van ten laste leggen, die op het eerste gezicht wat omslachtig aandoet, heeft als voordeel dat die het 'aanleunende' karakter van de deelneming goed doet uitkomen.

8.2 Accessoire deelnemingsvormen

Zoals reeds in 8.1 is opgemerkt, brengt het accessoire karakter van de deelnemingsvormen genoemd in de art. 47 en 48 met zich dat de deelneming pas strafbaar is als het delict waaraan men wilde deelnemen ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden (als u de would-be inbreker naar de plaats van de inbraak rijdt maar de inbraak wordt afgeblazen, blijft u straffeloos). Met andere woorden: *poging tot* deelneming is niet strafbaar (bijzondere voorzieningen als art. 46a daargelaten – zie 8.3.1). Wat wel strafbaar is, is deelneming *aan een poging*. Hier past echter de terminologische waarschuwing die ik ook in Proloog Poging heb laten horen (p. 150): niemand neemt deel aan slechts een poging, maar steeds *aan een delict waarvan hij aanneemt dat het zal worden voltooid, maar dat in werkelijkheid niet verder komt dan een poging*. De gecursiveerde zin wordt hierbij

samengetrokken tot “aan een poging”, een strikt genomen onjuist maar onder juristen volledig ingeburgerd taalgebruik. In het zojuist gegeven voorbeeld begint uw strafbaarheid pas indien met de inbraak een begin van uitvoering is gemaakt doordat er – ik noem maar wat – een ruitje is ingeslagen.

Hiervoor zei ik dat niemand deelneemt aan slechts een poging, maar ik had beter kunnen zeggen dat *nagenoeg* niemand dat doet. Wie dat namelijk wel doet is de lokagent, die zich als koper van drugs kan voordoen. Het gaat zo’n pseudokoper uiteraard niet om een maaltje heroïne, maar om de verkoper ertoe te bewegen zodanige activiteiten te verrichten dat hij in het stadium van een strafbare poging belandt. Op het moment immers dat de verkoper zijn delict begint uit te voeren, ontstaat voor de politie de bevoegdheid in te grijpen: de pseudokoper zou zich dan als agent bekend kunnen maken en verdachte kunnen aanhouden. De lokagent mag dan – letterlijk – een poging uitlokken, hij is niet strafbaar omdat zijn opzet niet gericht is op het uitlokken van een delict waarvan hij aanneemt dat het zal worden voltooid, maar dat in werkelijkheid niet verder komt dan het stadium van een poging. Daarmee staat de agent-provocateur op één lijn met Herman Onweer, die zich evenmin schuldig maakte aan een poging tot diefstal met braak (zie Proloog Poging, p. 150).

8.2.1 *Medeplegen*

Laten we beginnen met een casus die meteen de voornaamste issues aan de orde stelt:

Harry S. wil een inbraak plegen bij een heroïnehandelaar van wie hij weet dat die veel contant – en zwart – geld in huis heeft. Hij verricht daartoe een oriënterend onderzoek. Al snel komt hij erachter dat het geïsoleerd gelegen huis zo goed beveiligd is dat hij geen kans ziet erin te komen. Hij besluit daarom eens te gaan praten met zijn vriend Gerrit K., die bij een bedrijf werkt dat alarminstallaties ontwerpt en vervaardigt. Gerrit wil wel meedoen, maar op voorwaarden: “Ik blijf buiten, want ik ben zo claustrofobisch als wat. Ik moet er niet aan denken dat ik in zo’n donker huis moet rondlopen. Ik wil je wel met de alarminstallatie helpen, maar alleen als we de opbrengst fiftyfifty verdelen.” Harry gaat akkoord en om negen uur die avond gaan de twee op pad. Allereerst maakt Gerrit de alarminstallatie onklaar; daarop slaat Harry het ruitje van de voordeur in en gaat naar binnen. Na zo’n dertig minuten komt hij terug met een sporttas vol contant geld.

Hier worden de taken verdeeld: Gerrit maakt het alarm onklaar en Harry breekt in. Betekent dit dat alleen Harry zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal met braak en dat Gerrit daaraan slechts (direct) medeplichtig is geweest? Nee.

Om te beginnen moeten we kijken naar de aard van de delictsomschrijving: het betreft hier een gekwalificeerd delict. En zoals we al zagen in Proloog Posing (p. 145), is een begin van uitvoering van de kwalificatie tevens een begin van uitvoering van het delict zelf. Aangezien de inbraak (door Harry) begint met het uitschakelen van de alarminstallatie (door Gerrit), zijn beiden betrokken bij de uitvoering van het delict. Daarmee is aan het eerste kenmerk van medeplegen voldaan: de gezamenlijke uitvoering.

In HR 29 oktober 1934, NJ 1934, 1673 (Wormerveerse brandstichting) werd van groot belang geacht dat het maar *toevallig* was wie nu precies de brand aanstak en wie het bosje stro aangaf; dat arrest kan u misschien de vraag ontlokken: “Het is toch niet toevallig dat Gerrit buiten blijft?” Daar heeft u gelijk in, maar bedenk wel dat voor het strafrecht redenen ‘toevallig’ heten die niet te maken hebben met de wens slechts in beperkte mate betrokken te zijn bij een strafbaar feit. Dat klinkt hoogdravend, maar wat ik bedoel is simpel:

Er is een inbraak gepleegd bij juwelier Smit. De politie houdt de volgende dag twee verdachten aan: Henk van B. en Ramon L. Tijdens het verhoor verklaart Ramon: “Henk en ik zouden samen die kraak zetten. Van tevoren hadden we afgesproken dat we allebei door een bovenlicht naar binnen zouden klimmen. Toen we dat echter probeerden, bleek het bovenlicht te nauw voor mijn dikke buik. Toen ben ik maar op de uitkijk gaan staan.”

Zowel Ramon als Gerrit (uit de vorige casus) blijven buiten; daarvoor bestaat een duidelijke reden: buikomvang respectievelijk claustrofobie. Dergelijke redenen zijn voor het strafrecht echter irrelevant. Voor het strafrecht telt alleen iets van “Ik wil wel voor je op de uitkijk staan, maar verder dan dat ga ik beslist niet”. Redenen als “Ik was te dronken om op mijn benen te staan, laat staan om op kousenvoeten door het huis te sluipen” gelden als toevallig, ook al zijn ze dat op zichzelf bepaald niet.

In de casus van Harry en Gerrit is tevens aan het tweede kenmerk van medeplegen voldaan: een bewuste samenwerking. Er is immers van tevoren de afspraak gemaakt de klus samen te klaren, een samenwerking die zijn hoogtepunt bereikt in het voornemen de opbrengst van de kraak fiftyfifty te verdelen.

Die bewuste samenwerking kan bestaan uit een van tevoren doorgenomen plan, maar dat hoeft niet. Kijk maar:

Op een ochtend ziet de 22-jarige rechtenstudent Gavin de G. bij de juridische boekhandel een studieboek liggen dat hij nodig heeft voor een verplicht tentamen privaatrecht. Hij schrikt als hij de prijs ervan ziet (120 euro) en besluit daarom het

te stelen. Gavin tracht de verkoopster te misleiden door quasi-geïnteresseerd in andere boeken te kijken, maar daarbij straalt hij zoiets verdachts uit dat zij hem met argusogen blijft volgen. Dan komt Gavins jaargenoot Olivier W. de winkel binnen. Deze ziet de geveinsde belangstelling van zijn maatje en het wantrouwen van de verkoopster, en proeft aan de sfeer wat er aan de hand is. Olivier wisselt een snelle blik met Gavin en stapt op de verkoopster af, met wie hij het volgende gesprek begint:

- Is er nog iets leuks uitgekomen?
- Ja, *Prologen verbintenissenrecht* van een docent hier. Echt iets bijzonders. En dat zeg ik niet omdat ik de schrijver ken.
- Goh, een boek krijgt zoveel meerwaarde als je de auteur kent. Wil je iets over hem vertellen?
- Nou, ...

Gevleid door zoveel belangstelling voor haar relaties, verliest de verkoopster zich in details omtrent de schrijver. Met als gevolg dat Gavin twee van de dure studieboeken in zijn tas weet te moffelen en vrijwel onopgemerkt de zaak kan verlaten. Tien minuten later volgt ook Olivier. Als het 'gelegenheidsteam' koffiedrinkt in het nabijgelegen studentencafé, zegt Olivier: "Toen ik je zo bezig zag, begreep ik meteen dat jij er ook weinig voor voelde honderdtwintig euro neer te tellen voor een boek waar we één keer tentamen over hebben. Je hebt er toch ook wel een voor mij gejat?" "Natuurlijk," is het antwoord, "een dienst is een wederdienst waard." Daarop overhandigt Gavin aan Olivier het exemplaar dat hij voor laatstgenoemde heeft gestolen.

Die bewuste samenwerking kan ontstaan door een blik van een nanoseconde, zolang daar maar een 'wederzijds begrijpen' uit voortvloeit. Nu dit in casu zo is – het gesprek-achteraf bevestigt dit –, is ook deze casus een prototypisch geval van medeplegen.

Uiteraard kan het moeilijk zijn dit bewuste samenwerken te bewijzen, vooral als men daarvoor afhankelijk is van wat verdachten zelf mededelen. Net als bij het bewijzen van opzet neemt de jurisprudentie dan ook haar toevlucht tot een zekere objectivering. Zo besliste de Hoge Raad in HR 2 maart 1993, NJ 1993, 676 dat de ingevoerde cocaïne zo ingenieus verborgen was dat men wel bewust en nauw met een ander had *moeten* samenwerken. Let wel dat bij deze wijze van bewijzen alleen plaats is voor must- en niet voor should-redeneringen (uitgebreid hierover Proloog Opzet en Culpa, p. 55 e.v.).

Wie arresten leest als het reeds aangehaalde HR 17 november 1981, NJ 1983, 84/197 (Containerdiefstal), HR 15 april 1986, NJ 1986, 740 (Moord op afstand) of HR 24 januari 1995, NJ 1995, 352 (Drugstransport), kan allicht tot de

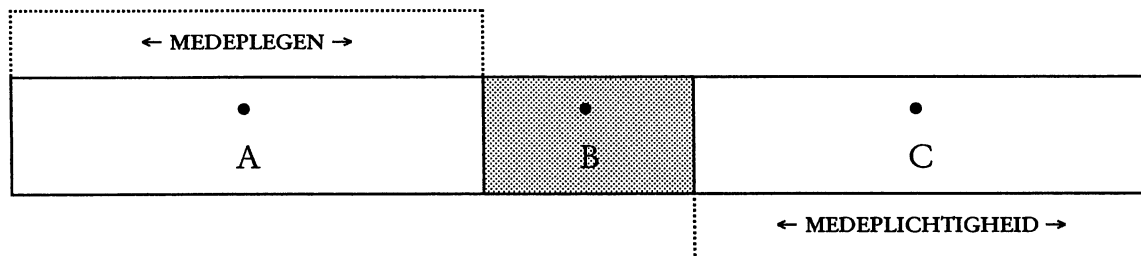
conclusie komen dat de Hoge Raad lijfelijke aanwezigheid bij de uitvoering van een delict niet langer nodig acht voor een veroordeling wegens medeplegen. Ik denk dat die conclusie te ver gaat, zoals mag blijken uit HR 19 oktober 1993, NJ 1994, 50 (Sportkantine). De Hoge Raad kreeg hier het volgende geval voorgelegd:

Op een avond gaat P. met zijn vrienden naar het clubgebouw van de jeu de boules-vereniging in Best. P. is ervan op de hoogte dat deze vrienden via het forceren van een klepraam het gebouw gaan binnendringen. Hij blijft echter buiten op de uitkijk staan. Als zijn vrienden weer met drie flesjes bier en allerlei snoepgoed naar buiten komen, gaan ze dat met z'n allen, inclusief P., in de buurt van het clubgebouw nuttigen.

Een geheel geval van (directe) medeplichtigheid, dunkt me: er is noch een gezamenlijke uitvoering (verdachte bleef buiten), noch is er iets dat het gebrek aan lijfelijke aanwezigheid bij de uitvoering compenseert (verdachte was niet het kwade genius als Angela G. op p. 196). Toch had het hof hem veroordeeld wegens het *medeplegen* van diefstal.⁵ De Hoge Raad achtte een dergelijke veroordeling echter onbegrijpelijk, omdat noch was gebleken van uitvoerings-handelingen van P., noch kon worden aangetoond dat “verdachte ter uitvoering van een gezamenlijk plan zo nauw en volledig met anderen heeft samengewerkt dat op grond daarvan kan worden aangenomen dat hij het ten laste gelegde tezamen en in vereniging met die anderen heeft begaan”. Een beslissing die er naar mijn idee op neerkomt dat het niet aangaat de eis van gezamenlijke uitvoering *routinematig* te laten vallen. In een concreet geval mag dat alleen als daar iets tegenoverstaat van een intensieve samenwerking. En als van dat laatste ook niet blijkt, komt alleen een veroordeling wegens *medeplichtigheid* in aanmerking.

Ik ben zo diep op dit toch weinig wereldschokkende arrest ingegaan omdat aan de hand hiervan goed kan worden geïllustreerd hoe u moet omgaan met prototypen en grijze gebieden op het terrein van de deelneming. Daarvoor eerst een schema, waarin enige van de tot nog toe besproken casussen een plaats krijgen:

5 Misschien liet het hof voor deze veroordeling de *gezamenlijke* consumptie van de buit zwaar meetellen. Deze vorm van deelneming-achteraf, die kan worden gerubriceerd als een vorm van heling (art. 416), mag echter niet worden gebruikt om deelneming-tijdens te bewijzen.



- A Harry S. en Gerrit K. (p. 199)
- B Angela G. (p. 196)
- C Het Sportkantine-arrest (p. 202)

Zoals u ziet bevindt geval-A zich hoog en droog in het witte gebied van het medeplegen: de casus Harry/Gerrit voldoet aan *beide* kenmerken daarvan. Geval-B zit in het grijze gebied tussen de twee prototypen in omdat slechts voldaan is aan *een van beide* kenmerken; nu uit de context blijkt dat dat gemis ruimschoots wordt goedge maakt door Angela's actieve rol in het geheel, mag het prototype van het medeplegen tot dit soort gevallen worden opgerekt. Dat oprekken van het prototype is toegestaan tot we het grijze gebied verlaten en terecht komen in een ander wit gebied, dat van de medeplichtigheid. Daar bevindt zich geval-C. Die casus voldoet aan *geen van beide* kenmerken van medeplegen: verdachte is hier een duidelijke tweederangsdeelnemer, die slechts als medeplichtige mag worden aangemerkt.

U ziet dat er in deze wijze van analyseren een duidelijk onderscheid bestaat tussen *geheide* gevallen van medeplegen en van medeplichtigheid, maar dat beide prototypen niet waterdicht van elkaar zijn afgegrensd. De grens tussen beide bestaat veeleer uit een brede grijze band, waar de context bepaalt welk van de twee prototypen mag worden opgerekt. In dit analyseschema spaart men dus zowel de kool (= een duidelijk onderscheid tussen twee deelnemingsvormen) als de geit (= een *fuzzy edge* daartussen).⁶

Bij medeplegen doet het er dus niet toe wie breekt of wie wegneemt, wie met het delict begint of wie het delict afmaakt: men is – vooropgesteld dat de activiteiten passen binnen het gemeenschappelijk opzet – over en weer aansprakelijk voor elkaars handelingen. Dat kan zeer ver gaan. Indien men bijvoorbeeld medepleger is van een oplichting die in Amsterdam wordt voltooid, is men medepleger van een feit begaan in Nederland. Daar doet niet aan af dat men zijn

⁶ Het idee dat prototypes van elkaar zijn gescheiden door een brede band waarin vooral de context speelt, dank ik aan Jackendoff 1994, p. 180–3 en 198–202.

bijdrage heeft geleverd *buiten* Nederland. Vergelijk HR 6 april 1954, NJ 1954, 368 (Singapore):

Op papier verkoopt Ferdy W. in Amsterdam krokodillen- en leguanenhuiden aan Lodewijk Schlemiel. Ferdy haalt Schlemiel over tot betaling van ruim f 90.000 door documenten over te leggen waaruit blijkt dat de internationaal bekende deskundige Sonny T. de huiden geïnspecteerd en in vaten heeft gedaan. Deze Sonny, wiens medewerking aan de transactie door Ferdy was bedongen, werkt mee aan de oplichting door in Singapore de vaten te vullen met waardeloze rommel als zout en jute.

Sonny wordt veroordeeld wegens het *te Amsterdam* begaan van het medeplegen van oplichting (art. 47 lid 1 onder 1° jo. 326). (Voor de duidelijkheid heb ik gefingeerde namen gebruikt.)

Men kan ook worden veroordeeld wegens poging tot medeplegen van binnen het Nederlands grondgebied brengen van cocaïne, welk delict niet verder komt dan een (strafbare) poging omdat de koeriers met hun 46 kilo coke werden aangehouden op de luchthaven van Parijs. Dat merkte de organisator van het drugstransport: hij werd veroordeeld wegens die poging tot medeplegen begaan *te Parijs*. En dat terwijl hijzelf nog geen voet in Frankrijk had gezet (HR 24 januari 1995, NJ 1995, 352).

Vóór we overgaan tot de subparagraaf over doen plegen, moet er aandacht worden besteed aan een nieuwe ontwikkeling bij het medeplegen, te weten het medeplegen door een gebrek aan distantie.

Waarom de stilzwijgende aanwezigheid bij een delict mag worden gezien als het medeplegen daarvan, werd door de negentiende-eeuwse Spaanse rechtsgeleerde Pacheco als volgt aangegeven:

Degene die stilzwijgend maar met het geweer aan de voet bij een beroving aanwezig is, vergroot de macht van de bende.

Het is vermoedelijk dezelfde reden die ten grondslag ligt aan een recente uitbreiding van het medeplegen. In een van deze zaken, HR 9 april 2002, DD 02.051, lagen de feiten als volgt:

Ter uitvoering van een strafexpeditie tegen hem wordt het slachtoffer T. door verdachte en zijn mededader Johnny bij een club opgehaald en in hun auto gezet. Na een korte rit wordt T. buiten de auto door Johnny getrapt en geslagen. Als Johnny weer is ingestapt, wordt de vluchtende T. achtervolgd en doodgereden. De verdachte maakt dit alles mee zonder in te grijpen.

Door de Hoge Raad werd het element van non-distantie zwaar aangezet: door te blijven en niet in te grijpen waar dat had gekund of gemoeten, steunde verdachte het gedrag van Johnny. Werd in HR 20 januari 1998, NJ 1998, 426 (reeds besproken op p. 194) het gebrek aan distantie nog gebruikt om het voorwaardelijk opzet te funderen, in deze zaak speelde de non-distantie een *zelfstandige* rol: de raad vroeg zich niet meer af of het de bedoeling van verdachte was geweest zijn mededader te steunen, maar abstraheerde daarvan en paste een objectivering toe. Volgens de raad was namelijk de ‘uiterlijke verschijningsvorm’ – bekend uit de pogingsleer (p. 159 e.v.) – van verdachtes passiviteit beslissend, dus de indruk die zijn stilzwijgende aanwezigheid op anderen, en in het bijzonder op het slachtoffer, had gemaakt (vgl. het citaat uit Pacheco). Op deze wijze wordt het bewijs van medeplegen wel heel gemakkelijk: in plaats van aan te tonen dat men bewust heeft samengewerkt, mag medeplegen worden afgeleid uit het feit dat men heeft nagelaten zich van zijn mededader te distantiëren. Het is zelfs zo dat de aarzeling van verdachte op het lichaam van het – mogelijk reeds overleden – slachtoffer in te steken (HR 28 mei 2002, DD 02.050) of het feit dat verdachte er als versteend bij stond toen zijn eigen vader werd vermoord (HR 20 augustus 2002, DD 02.052), geen enkele rol speelde, aangezien die psychische reserve hun er niet toe had gebracht afstand te nemen van hun mededader(s). Kortom: een soort medeplegen door nalaten.

Tot nu toe heeft deze jurisprudentie zich beperkt tot bijzonder gruwelijke zaken (de genoemde zaken gaan alledrie over het medeplegen van moord), maar of dat zo blijft valt te bezien. Dat moet u zelf nagaan, want boeken kunnen u alleen informeren over de stand van zaken tot aan het moment waarop ze uitkomen. Die kunnen ook wel een voorspelling bevatten over de grote lijnen waarin de jurisprudentie zich zal ontwikkelen, maar kunnen niets zeggen over de specifieke details daarvan. Net als trouwens de meteoroloog die u beslist kan vertellen dat volgend jaar de winter kouder zal zijn dan de zomer, maar niet in staat is te voorspellen of het dat jaar met de kerst zal gaan sneeuwen.

8.2.2 *Doen plegen*

Laten we beginnen met een voorbeeld:

Arco V. vraagt de 32-jarige Joep Lindebloesem, die de verstandelijke vermogens van een kind van zeven heeft, om de vrouw van eerstgenoemde eens te laten schrikken. Joep, die altijd wel voor een geintje te vinden is, stemt daarin toe. Wat Arco hem echter in handen drukt, is geen onschuldig alarmpistool maar een doorgeladen Walther. Joep schiet op Arco's vrouw, doch mist haar rakelings.

Arco wordt vervolgd wegens het doen plegen van poging tot doodslag op zijn vrouw (art. 287 jo. 45 jo. 47 lid 1 onder 1°).

Dit is inderdaad het prototype van doen plegen dat de wetgever van 1886 voor ogen stond. In die tijd heerste namelijk sterk het zogenoemde naturalistische daderschap, dat erop neerkwam dat alleen diegene die *eigenhandig* het delict uitvoerde als dader kon worden aangemerkt. In deze opvatting is alleen Joep de dader van de poging tot doodslag op Arco's vrouw. Teneinde ook degene te kunnen bestraffen die een ander gebruikt voor hem het vuile werk op te knappen, introduceerde de wetgever de deelnemingsvorm 'doen plegen'. Langs die weg kan Arco, die gebruikmaakt van Joeps geringe geestelijke vermogens, worden bestraft als doen pleger van het feit. In de klassieke opvatting van doen plegen is het voorts een voorwaarde dat de *materiële* dader (degeen die eigenhandig het feit uitvoert, i.c. Joep) er geen weet van heeft dat hij wordt gebruikt door de *middellijke* dader (degeen die het feit laat uitvoeren, i.c. Arco): de materiële dader (Joep) mag opzet noch schuld hebben.

Die eis dat de materiële dader slechts een van niets wetende 'verlengde hand' (in het Latijn *manus ministrae*) van de middellijk dader mag zijn, heeft de jurisprudentie echter al snel laten vallen. Dat gebeurde in HR 19 december 1910, W 9122 (Terpen):

Art. 1 van de verordening van de gemeente Leeuwarderadeel verbiedt eigenaren van terpen deze af te graven. Veehouder P. heeft door een aantal werklieden zijn terp laten afgraven en wordt vervolgd wegens het doen afgraven van de terp.

De kantonrechter acht het ten laste gelegde bewezen en veroordeelt P. Hiertegen gaat P. in hoger beroep. Hij voert aan dat overtreding van art. 1 pas strafbaar is indien hetzij de eigenaar zelf heeft afgegraven, hetzij de tussenpersonen heeft gebruikt als *manus ministrae*, dat wil zeggen als figuren zonder opzet, schuld of toerekenbaarheid. Nu echter was gebleken dat de tussenpersonen zich volledig bewust waren van hun illegale afgraverij, zijn zij strafbaar en niet de eigenaar van de terp.

De rechtbank stelt een onderzoek in en komt tot de conclusie dat de werklieden heel goed wisten wat ze deden; ze zijn dus niet als *manus ministrae* aan te merken, zodat P. niet strafbaar kan zijn. De rechtbank vernietigt het vonnis van de kantonrechter en ontslaat P. van rechtsvervolging.

Het OM – dat P. veroordeeld wil zien – gaat daarop in cassatie. Het stelt dat de rechtbank eraan is voorbijgegaan dat art. 1 een kwaliteitsdelict is dat slechts *eigenaren* verbiedt terpen af te graven. Nu de werklieden geen eigenaar zijn, zijn ze reeds om die reden straffeloos. Een onderzoek naar de vraag of de werklieden nu wel of geen *manus ministrae* waren, is dus overbodig. De Hoge Raad kan zich in dit cassatiemiddel vinden en vernietigt het vonnis van de rechtbank.

Ik heb dit arrest zo uitvoerig samengevat omdat er zulke merkwaardige dingen gebeuren: een rechtbank die vindt dat de daders schuld hebben en een ontslag van rechtsvervolging uitspreekt, een OM dat in cassatie gaat omdat het een onderzoek naar de schuld van de daders overbodig acht en een Hoge Raad die een ontslag van rechtsvervolging vernietigt op grond van de straffeloosheid van de daders. De reden voor deze omkering van de normale gang van zaken ligt in de rolverdeling tussen middellijke en materiële dader: de een is pas strafbaar als de ander straffeloos is (en omgekeerd), terwijl de constructie van het doen plegen niet kan worden gebruikt als *beiden* strafbaar of straffeloos zijn. In tekening:

MIDDELIJKE DADER (= DOEN PLEGER)	MATERIËLE DADER (= PLEGER)	
		→ MIDDELIJKE DADER AANSPRAKELIJK
		→ MATERIËLE DADER AANSPRAKELIJK
		→ DOEN PLEGEN NIET TE GEBRUIKEN
		→ DOEN PLEGEN NIET TE GEBRUIKEN

Grijs is strafbaar, wit is straffeloos.

In een zaak waarin verdachte terechtstaat wegens doen plegen, is het een goede strategie voor zijn raadsman met modder te gooien naar de materiële dader; in dat geval moet het OM voor diens straffeloosheid opkomen. De rechter kan dan de middellijk dader veroordelen door te benadrukken dat de materiële dader straffeloos is.

De eis dat de materiële dader slechts een van niets wetende ‘verlengde hand’ van de middellijk dader mag zijn, werd in het Terpen-arrest dus gereduceerd tot de eis dat de materiële dader om de een of andere reden zelf niet kan worden gestraft (i.c. omdat ze de kwaliteit van eigenaar misten). Teneinde de materiële dader straffeloosheid te verzekeren, was de Hoge Raad zelfs bereid een buitenwettelijke schulditsluitingsgrond te erkennen. Dat gebeurde in het overbekende HR 14 februari 1916, NJ 1916, 681 (Melk en water), waar een baas terechtstond die zijn knechtje verdunde melk had *doen* afleveren. Nu de knecht straffeloos was op grond van AVAS, kon zijn baas worden bestraft. Deze beslissing werd door Van Hattum als volgt becommentarieerd:

En zo kon zich het voor onze rechtsgeschiedenis merkwaardige feit voordoen dat de Hoge Raad de meest fundamentele regel van strafrecht ‘geen straf zonder

schuld' voor de eerste maal erkende en toepaste *teneinde een schuldige te kunnen straffen*. [Mijn cursivering.]

Laten we nog wat oefenen met het doen plegen:

Een – uiteraard fictieve – bepaling uit de APV luidt:

Het is de eigenaar van enig onroerend goed verboden aan dit onroerend goed een andere vlag aan te brengen dan de Nederlandse driekleur.

De plaatselijke woningbouwvereniging Ús Hûs, eigenaar van huurappartementen, weet haar huurders over te halen tijdens de Elfstedentocht de Friese vlag buiten te hangen. Wegens die overtreding van de aangehaalde APV-bepaling vervolgt het OM de woningbouwvereniging; haar wordt ten laste gelegd dat zij “een andere vlag dan de Nederlandse driekleur heeft doen aanbrengen”. Ter terechtzitting voert de directeur van Ús Hûs het volgende verweer:

Deze constructie van doen plegen is absurd. De huurders zijn weliswaar niet strafbaar, maar dat is toeval omdat de delictsomschrijving spreekt van “eigenaar”. Het is in strijd met de bedoeling van de wetgever óns strafbaar te achten als de huurders vanwege zo’n formaliteit niet strafbaar zijn.

Hoe beoordeelt u dit verweer?

Het verweer kunt u verwerpen door uit de tweede volzin vijf woorden te lichten, daar een punt achter te zetten en de rest te negeren. Cruciaal is namelijk “De huurders zijn niet strafbaar”. De reden voor hun straffeloosheid is irrelevant, al is het geen toeval dat woningbouwvereniging Ús Hûs daar zo laatdunkend over doet: door met modder te gooien naar de huurders (de materiële daders) kan de woningbouwvereniging (de middellijk dader) de dans ontspringen.⁷ De conclusie moet dus zijn dat de woningbouwvereniging strafbaar is wegens het doen aanbrengen van de Friese vlag omdat (1) de APV-bepaling zich richt tot de eigenaar, en (2) de huurders geen eigenaar zijn en dus niet kunnen worden gestraft.

Tot slot van deze subparagraaf wil ik aandacht vragen voor HR 11 september 1990, NJ 1991, 276, een arrest dat is omgebouwd tot de volgende casus:

7 De derde volzin van het verweer zou juist zijn als u er het gecursiveerde gedeelte aan toevoegt: “Het is in strijd met de bedoeling van de wetgever *van 1886* ...” Dat zou kloppen, want die eiste dat de materiële dader slechts een van niets wetende manus ministrae was. Zoals we echter zagen, is die eis al lang verlaten.

Art. 68, tweede lid, van de Algemene Wet inzake de Rijksbelastingen stelt het doen van een onjuiste aangifte strafbaar. Dit is de niet-opzettelijke variant. Het opzettelijk doen van een onjuiste aangifte is uiteraard ook strafbaar, en wel op grond van het tweede lid van art. 69. Nu deed zich het volgende geval voor:

Nero A. wordt vervolgd wegens het doen plegen van een onjuiste belastingaangifte. Hij heeft ervoor gezorgd dat de belastingaangifte van zijn echtgenote onjuiste gegevens bevatte door bewust een lager inkomen op te geven dan zij in werkelijkheid verdiende. Nu is hij wel zo slim geweest niet zelf het formulier in te vullen, maar dat aan zijn echtgenote over te laten. Die was er echter niet van op de hoogte dat ze iets onjuists opgaf.

Ter terechtzitting neemt Nero een handboek materieel strafrecht ter hand. Daaruit citeert hij de passage dat het voor veroordeling wegens doen plegen noodzakelijk is dat de materiële dader, de uitvoerder, straffeloos is. Hij verzoekt de rechters hem te ontslaan van strafvervolging. Immers, zo betoogt Nero, mijn echtgenote is wel degelijk strafbaar. Weliswaar niet wegens het *opzettelijk* doen van een onjuiste aangifte (art. 69 lid 2), maar wel wegens het niet-opzettelijk doen daarvan (art. 68 lid 2 AWR). De rechters zitten met de vraag hoe ze Nero desondanks kunnen veroordelen.

Kunt u hen op weg helpen?

Om Nero veroordeeld te krijgen, moet zijn vrouw straffeloos zijn. Daarvoor zie ik twee mogelijkheden:

- 1 Ken haar een beroep op AVAS toe voor het *niet-opzettelijk* doen van een onjuiste aangifte. Een dergelijke principiële uitspraak gaat ver, maar een precedent is er al: in het Melk en water-arrest volgde de Hoge Raad deze weg om een schuldige te kunnen straffen.
- 2 Beperk de vraag naar haar strafbaarheid tot datgene waar Nero haar voor heeft gebruikt, te weten het *opzettelijk* doen van een onjuiste aangifte; zij wist daar niets van, zodat haar opzet ontbreekt en zij wat dat betreft straffeloos is. Deze weg volgde de Hoge Raad – zij het niet expliciet – in het aangegeven arrest.

Die tweede mogelijkheid ligt tevens in de lijn van de ontwikkeling dat straffeloosheid niet hoeft te betekenen dat de persoon in kwestie van alle smetten vrij is. Zo ook met de materiële dader bij het doen plegen. Misschien vulde Nero's vrouw het aangifteformulier in met een gestolen pen, klaarde zij het klusje terwijl ze een lijntje cocaïne snoof, of had ze tijdens de aangifte haar auto geparkeerd staan langs een ononderbroken gele streep. In al deze gevallen is ze evenmin straffeloos, maar die strafbaarheid staat los van datgene waar ze als materieel dader voor is gebruikt: het *opzettelijk* doen van een onjuiste aangifte.

Laten we nu overgaan tot een vorm van deelneming die – wat de straffeloosheid van de materiële dader betreft – het spiegelbeeld is van doen plegen: het uitlokken. Hier wordt geëist dat de uitvoerder *juist wel* zelf aansprakelijk is.

8.2.3 *Uitlokken*

Uitlokken kunt u zien in de volgende dialoog tussen een voetbaltrainer en een achterspeler, die (voetbaltechnisch gezien) al lang de pensioengerechtigde leeftijd bereikt heeft en daarom op het punt staat te worden geloosd. In dit onderonsje wordt de achterspeler ertoe overgehaald een spits met een zwakke enkel – Robert Ekster van De Biesstreek – “uit de wedstrijd te schoppen”. De trainer begint het gesprek:

- Als we van De Biesstreek willen winnen, moet Ekster worden uitgeschakeld. Kun jij daarvoor zorgen?
- Hoe dan?
- Nou, bijvoorbeeld door een sliding die wat ongelukkig uitvalt.
- Ja, maar dan riskeer ik een rode kaart.
- Dat geeft niet: ik heb een opstelling in mijn hoofd die ervan uitgaat dat *jij* van het veld wordt gestuurd. Met die opstelling kunnen we ook met tien man winnen van een vleugellam De Biesstreek.
- Ik blijf het een rotstreek vinden Ekster zó uit de wedstrijd te schoppen. Met die enkel van 'm kan dat best het einde van zijn carrière zijn.
- Het hoort toch bij het professionele voetbal om ook de fysieke zwakheden van je tegenstander uit te buiten? Niemand zal je erop aankijken als je dat doet. Trouwens, wanneer ik je vertel dat je contract voor twee jaar wordt verlengd als je Ekster uit de wedstrijd schopt, hoe denk je er dan over?
- Ja, dat zou alles anders maken. Maar hoe weet je dat?
- Dat hoorde ik van de voorzitter. Die verlenging op voorwaarde schijnt besloten te zijn op een vergadering van het clubbestuur.
- Dan zal ik zien wat ik kan doen.

Dit is uitlokken ten voeten uit: degene die feitelijk de klus zal klaren (= de uitgelokte) wil eerst niet en oppert allerlei bezwaren; hij laat zich echter overhalen als de uitlokker hem een worst voor de neus houdt (i.c. de belofte van een contractsverlenging). In een notendop:

verzoek → weigering → worst voor de neus → akkoord

Als de uitgelokte dan overgaat tot het plegen van datgeen waartoe hij uitgelokt is (of in ieder geval tot een strafbare poging komt), is de uitlokker strafbaar mits

ook de uitgelokte dat is. Indien dat laatste niet het geval is (de druk op de feitelijke uitvoerder was bijv. zo groot dat “hij niet kon worden geacht zijn wil in vrijheid te hebben bepaald” – een geval van overmacht), komt niet langer uitlokken in aanmerking maar doen plegen.

In art. 47, eerste lid, onder 2° geeft de wet een limitatieve opsomming van de zogeheten uitlokkingsmiddelen, dat wil zeggen dat er pas een strafbare uitlokking is indien de uitlokker een van deze middelen heeft gebruikt. De wet noemt giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging, misleiding, gelegenheid, middelen en inlichtingen. U zou u kunnen afvragen of er nog iets is wat *niet* door deze batterij wordt bestreken, maar daaromtrent kan ik u snel uit de droom helpen (bij voorbaat mijn excuses voor het wat scabreuze taalgebruik, maar in dit geval is dat onontbeerlijk):

Ayelt V. heeft een kennis – Piet S. – die vooraanstaat bij iedere brand, zo fascinerend vindt hij die. Als Piet weer eens van een bijzonder spectaculair brandje terugkomt, zegt Ayelt geringschattend tegen hem: “Wat ben je toch een lul. Altijd maar kijken naar vuurtjes die door een ander zijn aangestoken, maar te schijterig om zelf eens de boel in de hens te steken.” Erop gebrand die aantijging te weerleggen, gaat Piet die avond met een jerrycan benzine en een pak lucifers op weg naar een pand aan de Goudkust.

De wet noemt niet neerbuigende uitlatingen, opmerkingen of blikken die erop neerkomen dat iemand iets niet kan/wil/durft. Daarmee blijft het – toch veelvoorkomende – fenomeen van de uitdaging (plus het erop ingaan) buiten het bereik van art. 47, eerste lid, onder 2°.

Zoals reeds in 8.1 is opgemerkt, gaat de aansprakelijkheid van de deelnemer niet verder dan tot waar zijn opzet (evt. voorwaardelijk) op is gericht. Voor medeplegen en doen plegen (de deelnemingsvormen van art. 47 lid 1 onder 1°) vloeit dit voort uit het accessoire karakter van de deelneming. Voor het uitlokken (art. 47 lid 1 onder 2°) geldt dit evenzeer, maar het is ook nog eens uitdrukkelijk bepaald in art. 47, tweede lid:

François S. haalt Godfried N. tegen betaling over om Paul Havermout een pak slaag te geven. François draagt Godfried op ervoor te zorgen dat het niet tot zwaar lichamelijk letsel komt. “Een paar klappen is mij genoeg”, zo zegt hij. Godfried geeft Havermout inderdaad slechts enige slagen in het gezicht, maar omdat laatstgenoemde contactlenzen draagt, leiden deze betrekkelijk onschuldige klappen ertoe dat net- en hoornvlies van zijn rechteroog ernstig beschadigd raken. Havermout moet daardoor twee maanden in het Oogziekenhuis liggen.

Waaraan heeft François zich strafbaar gemaakt?

Slechts aan uitlokken van eenvoudige mishandeling dat evenwel zwaar lichamelijk letsel ten gevolg heeft gehad (art. 300 lid 2): met “benevens hun gevolgen” doelt de wet op strafverhogende gevolgen die onttrokken zijn aan opzet- of schuldverband. Als die gevolgen redelijkerwijs aan de uitgelokte toe te rekenen zijn, draait ook de uitlokker daarvoor op.

Dan nog iets omtrent het opzet in zijn algemeenheid. In Proloog Opzet en Culpa zagen we dat de bewuste geest slechts beperkt toegang heeft tot wat er in ons omgaat (p. 45 e.v.): zo heeft de man die van plan is de slijter te beroven, er geen idee van welke spierbewegingen hij achtereenvolgens uitvoert als hij daar naartoe loopt. In Proloog Causaliteit kwam naar voren dat dat aan het opzet inherente kenmerk ook speelt als iemand een ander herhaaldelijk in de buik steekt met een slagersmes (p. 95): we mogen niet de eis stellen dat hij *exact* weet door welke verwondingen zijn slachtoffer om het leven komt, zolang verdachte maar weet dat het steken met een mes in de buikstreek dodelijk is. Diezelfde *cloud of unknowing* hangt ook over het opzet bij het uitlokken, zoals te zien was in HR 29 april 1997, NJ 1997, 654 (Kleurenkopieerapparaat), een zaak die door de AG als volgt werd samengevat:

Verdachte had een kleurenkopieerapparaat nodig om vals geld te kunnen maken. Hij heeft twee anderen ertoe bewogen dit apparaat voor hem te stelen. Daartoe heeft hij een beloning van f 1500 in het vooruitzicht gesteld; tevens heeft hij gezegd waar het feit moest worden gepleegd en welk apparaat moest worden weggenomen. De dieven hebben het voorstel uitgevoerd. Een van hen heeft de ruit van de aangewezen winkel ingegooid; de ander is naar binnen geklommen en heeft een kopieermachine gepakt en meegenomen. Nadien bleek dat de dieven een verkeerde machine, namelijk een zwart-witkopieerapparaat hadden gestolen. Om die reden heeft verdachte, naar hij stelt, de toegezegde beloning niet uitgekeerd.

In deze zaak beriep verdachte zich erop dat zijn opzet niet – zelfs niet voorwaardelijk – gericht was op het stelen van een zwart-witapparaat. Hij had namelijk per se een kleurenapparaat willen hebben en stond er beslist niet onverschillig tegenover dat de diefjes met het verkeerde apparaat aan kwamen; sterker nog, hij had geweigerd hun de toegezegde beloning te geven toen ze toch een zwart-witapparaat bleken te hebben gestolen. De weg van het voorwaardelijk opzet lijkt daarmee afgesloten, maar die hoeft naar mijn idee ook niet te worden begaan. Ik denk dat het geval van het kleurenkopieerapparaat nog valt onder het aan het opzet inherente kenmerk dat, als je opzettelijk iets aan een ander overlaat, je nooit *precies* weet wat er gaat gebeuren. Het is net als met het delegeren van een klus: degene aan wie de klus wordt gedelegeerd, kan iets wat voor jou belangrijk is een ondergeschikt detail vinden en daar geen of weinig

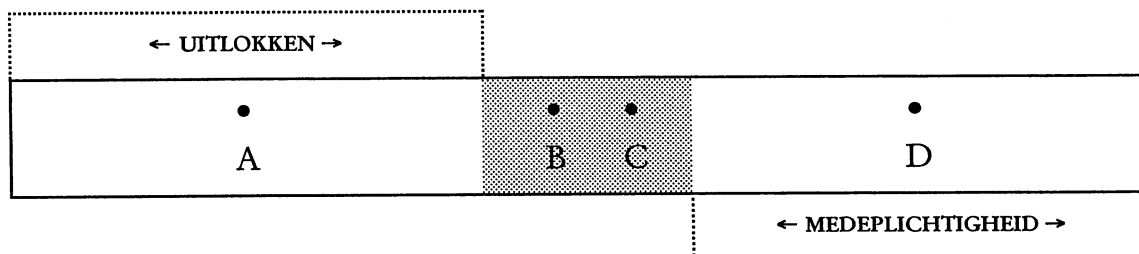
aandacht aan besteden. Als je dus veel ‘noten op je zang hebt’ en wilt dat een en ander perfect wordt uitgevoerd, moet je het niet delegeren maar het zelf doen. Zo ook met het uitlokken in deze zaak, in feite een vorm van delegatie van de diefstal. De uitlokker loopt daarbij altijd het risico dat de uitgelokten niet precies doen wat was overeengekomen dat ze zouden gaan doen. En voor dat aan het opzet inherente risico heeft de uitlokker maar in te staan. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat wanneer iemand een ander uitlokt voor hem een derde te mishandelen maar nog wel in leven te laten, en de uitgelokte de derde meteen om het leven brengt, dat de uitlokker dan aansprakelijk is voor uitlokken van doodslag en niet voor het uitlokken van zware mishandeling (eventueel met de dood als gevolg). In dit geval is het verschil in opzet bij de uitlokker het verschil tussen leven of dood, en gaat het niet om een klein verschil in de specificatie van gestolen spullen. Zo’n pietluttig verschil zou er wel zijn als ik mijn medestudent uitlok voor mij een boek te gaan stelen, erbij zeg dat ik alleen een gebonden exemplaar wil, maar de medestudent toch met de ingenaaide versie komt aanzetten. Dat verschil komt gewoon voor mijn rekening.

Met de volgende casus verlaten we het uitlokken:

Simon G. raakt in een louche café aan de praat met Evert Q. Beiden zijn geroutineerd inbreker. Evert vertelt Simon dat hij die nacht wil gaan inbreken bij een politicus die op Keizersgracht 38 woont. “Daar moet je niet zijn,” zegt Simon, “die vent heeft een heel geniepige alarminstallatie. Je kunt beter nummer 32, 36 of 42 nemen.” Terwijl Simon zich met andere gasten onderhoudt, breekt Evert in op Keizersgracht 42.

Dit is geen uitlokken meer, maar medeplichtigheid door het geven van inlichtingen: Simon lokt Evert niet uit, maar vult alleen diens toch al aanwezige opzet verder in. In jargon: Simon ‘concretiseert het reeds bestaande opzet’.

Tussen het concretiseren van een reeds bestaand opzet (= medeplichtigheid) en het overhalen van een tegenspuiterend iemand (= uitlokken) ligt nog een heel gebied. Denk maar aan de huurmoordenaar die van u tienduizend euro krijgt als hij uw vijand ombrengt. Vanwege zijn beroep heeft de man uiteraard het ‘generieke’ opzet mensen te elimineren, maar lokt u hem uit of concretiseert u zijn bestaande opzet als u hem 10.000 euro biedt om X te liquideren? Een schema kan wellicht uitkomst bieden:



- A De voetballer die een tegenspeler uit de wedstrijd zal schoppen (p. 210)
- B De huurmoordenaar
- C Angela G. (p. 196)
- D Simon en Evert (p. 213)

Eerst het schema in zijn geheel. We zien dat geval-A in het witte gebied van het uitlokken ligt: het patroon is hier ‘verzoek → weigering → worst voor de neus → akkoord’. Met geval-B betreden we het grijze gebied tussen uitlokken en (indirecte) medeplichtigheid: de huurmoordenaar mag dan een *generieke* bereidheid hebben mensen van kant te maken, hij is alleen bereid X om te brengen als u hem daarvoor tienduizend euro geeft. Geval-C ligt ook nog in het grijze gebied, maar is een stap verder naar rechts: de vrienden zijn daar toch al bereid in te breken in panden waar iets te halen valt, zodat de mededeling “Voorstraat 17” niet meer dan koren op hun molen is. Geval-D ligt weer helemaal in een wit gebied, nu dat van de medeplichtigheid: de door Simon verstrekte informatie verandert Everts opzet van ‘een inbraak op Keizersgracht 38’ in ‘een inbraak op Keizersgracht 42’.

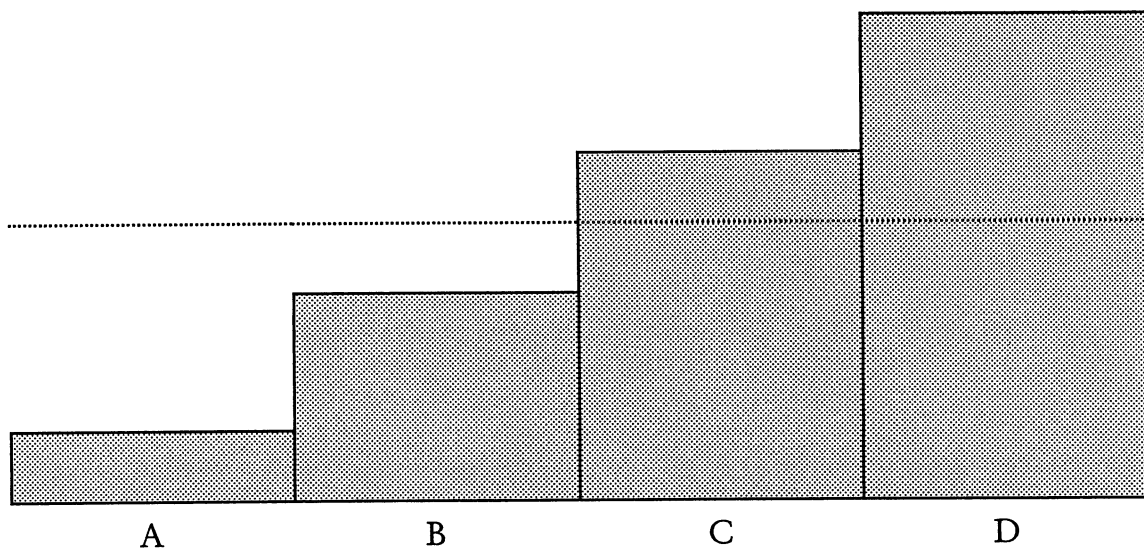
Dan het grijze gebied tussen A en D. In de jurisprudentie wordt vaak de indruk gewekt dat er een *of-of*-verband bestaat tussen enerzijds het concretiseren van bestaand opzet en anderzijds het uitlokken. Dat zien we bij de vraag of een agent-provocateur het feit uitlokt dan wel slechts het opzet van de dader concretiseert. Zo klaagde in HR 4 december 1979, NJ 1980, 356 (Tallon) de verdediging erover dat hun cliënt door een politie-infiltrant tot de drugstransactie was uitgelokt: de Hoge Raad weerlegde deze klacht met de constatering dat verdachte door het optreden van de infiltrant “niet tot andere handelingen was gebracht dan waarop zijn opzet reeds gericht was”. Daartegenover staat echter andere jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HR 29 september 1992, DD 93.077, waarin het de vraag was of de organisator van cocaïne-transporten zijn koeriers had uitgelokt dan wel hun reeds bestaande opzet had geconcretiseerd. De raad redeneerde hier als volgt: de drugskoeriers waren toch al bereid te vliegen naar om het even welke luchthaven, maar deden dat in een concreet geval alleen tegen een riant beloning. Als iemand die dan bood, lokte hij hen uit, ook al concretiseerde hij daarmee misschien slechts hun bestaande opzet. Er

hoeft dus niet altijd een keuze te worden gemaakt tussen *of* concretiseren van bestaand opzet *of* uitlokken, want het kan ook zijn: concretiseren van bestaand opzet *en toch* uitlokken. De huurmoordenaar die voor tienduizend euro X ombrengt, wordt naar mijn idee dan ook door u uitgelokt, al concretiseerde u misschien slechts zijn bestaande opzet. Geval-B staat daarmee op één lijn met geval-A, terwijl geval-C – als we al zouden moeten kiezen tussen uitlokken en medeplichtigheid – meer bij geval-D hoort.

Toen ik een eerdere versie van deze proloog aan studenten liet lezen, kreeg ik vaak het volgende commentaar:

Wat is het strafrecht eigenlijk maf. Het feit namelijk dat de voetballer zich heeft laten omkopen, bewijst dat hij net zo'n generiek opzet heeft als de huurmoordenaar: evenals de huurmoordenaar is hij bereid de wet te overtreden als daar iets tegenoverstaat.

Hoe slim een dergelijk commentaar ook oogt, het heeft één gebrek: het is te zwart-wit. Het tracht ons namelijk wijs te maken dat de aanwezigheid van opzet een kwestie is van ja of nee en niet een van gradaties, zoals de tekening laat zien:



- A De voetballer die zich laat omkopen
- B De huurmoordenaar
- C Angela's vrienden
- D Evert Q.

Het strafrecht gaat er niet van uit dat mensen toonbeelden van deugdzzaamheid zijn die onder geen enkele omstandigheid het respect voor de wet verliezen; het gaat integendeel uit van de veel reëler veronderstelling dat ieder van ons bereid is dingen te doen die we normaliter niet zouden doen *mits de beloning hoog genoeg is*. Die minimale bereidheid – voorwaarde voor het kúnnen uitlokken – is met een klein stukje grijs aangegeven in kolom-A, het geval van de voetballer. In het geval van de huurmoordenaar (kolom-B) stijgt die bereidheid tot een algemene bereidheid dingen te doen die mensen normaliter niet doen; het wachten is daar alleen op iemand die het juiste bedrag biedt. In de kolommen C en D overschrijdt het al bestaande opzet een drempelwaarde die met een stippellijn is aangegeven. *Boven* die stippellijn is enig overhalen niet meer nodig; in C niet omdat de vrienden met graagte tot het gevraagde overgaan en in D niet omdat het plan al klaar ligt. *Onder* de stippellijn is ‘over de streep trekken’ nog nodig; vandaar dat we in A en B spreken van uitlokken. Het feit dat in beide gevallen wordt uitgelokt, betekent echter niet dat in beide gevallen het reeds bestaande opzet identiek is, zoals het commentaar op p. 215 ons wil doen geloven. Het strafrecht is dus niet maf, maar het denken in zwart/wit is dat.

Eén punt spreekt wellicht vanzelf, maar rechtvaardigt niettemin een expliciete bespreking: de keuze voor een deelnemingsvorm (uitlokken of medeplegen bijv.) hoeft er niet steeds een te zijn van ‘of-of’. Onder omstandigheden kan ‘en-en’ namelijk ook in aanmerking komen. Kijk maar:

Op zijn wekelijkse stapavond raakt Michel O. aan de praat met Jared P. Michel vertelt Jared dat hij dringend 20.000 euro nodig heeft om zijn speelschulden bij een groep Joegoslaven af te lossen, maar dat hij niet zou weten hoe daaraan te komen. “Dan zet je toch een kraak,” antwoordt Jared, “ik weet een zakenman die vijf schilderijen aan de muur heeft hangen die ik voor zowat honderdduizend aan een heler kan verkopen.” “Maar je kunt toch niet zomaar bij iemand inbreken?” sputtert Michel tegen. “O nee? Wou je dan wachten tot die Joego’s je te grazen nemen? Trouwens, als ik je nou eens aanbood het samsam te doen en de opbrengst te delen”, repliceert Jared. Daarop zwicht Michel. In Jareds bestelauto rijden de twee naar de kapitale drive-invilla van de zakenman, waar ze het alarm onklaar maken, een bovenlicht forceren en de woning binnen gaan. Als Michel in de woonkamer op de eerste etage de schilderijen ziet hangen, begrijpt hij meteen waarom Jared zo genereus aanbood *samen* te gaan inbreken: de vijf doeken zijn zo groot en onhandelbaar dat niemand die in zijn eentje onbeschadigd de trap af krijgt. Met z’n tweeën is die klus echter in tien minuten geklaard.

Hier is Jared zowel uitlokker van (het medeplegen van) inbraak als medepleger daarvan (vgl. HR 1 juni 1993, NJ 1994, 55), iets wat hem cumulatief ten laste

mag worden gelegd. Het OM hoeft in dit geval dus geen keuze te maken tussen uitlokken *of* medeplegen.

8.2.4 Medeplichtigheid

Zoals we zagen is de medeplichtige, die is genoemd in art. 48, een tweederangs-deelnemer. Art. 49, eerste lid, bepaalt dan ook dat de straf bij medeplichtigheid met een derde verlaagd wordt.⁸ Dat kan tot ingewikkelde rekensommen leiden als het delict waaraan men medeplichtig is niet verder is gekomen dan een (strafbare) poging, waar ook al een derde van de straf af gaat. Neem bijvoorbeeld de uitkijk bij een gewapende bankoverval, welke overval na een begin van uitvoering wordt verijdeld. Welke straf kan de uitkijk maximaal krijgen? Daarvoor zijn twee wijzen van berekenen, een langzame en een snelle. De langzame methode gaat eerst na wat de straf is voor poging tot afdreiging (art. 45 jo. 317). Op afdreiging staat 9 jaar. Bij poging daartoe gaat daar een derde (= 3 jaar) van af. En $9 - 3 = 6$ jaar. Vervolgens wordt nagegaan wat medeplichtigheid aan die poging oplevert. Dat is $6 - (1/3 \times 6) = 6 - 2 = 4$ jaar. De snelle methode zegt dat de straf bij poging tweederde is van het gronddelict en bij medeplichtigheid weer tweederde daarvan. En $2/3 \times 2/3 = 4/9$. $4/9 \times 9 = 4$ jaar. Beide methodes werken feilloos als de straf op het gronddelict deelbaar is door negen, zoals 9 jaar of 18 maanden ($4/9 \times 18 = 8$ maanden). Wat echter als dat niet zo is? Daarvoor heb ik mijn spreadsheetprogramma aan het werk gezet, dat de volgende tabel genereerde:

8 Deze strafvermindering betreft alleen de straftoemeting bij veroordeling wegens medeplichtigheid: op grond van art. 78 – en het gelijkkluidende art. 129 Sv – telt de vermindering met een derde niet mee bij (onder meer) het bepalen of voor dit feit een transactie mogelijk is (art. 74), het berekenen van de verjaringstermijn (art. 70) en het nagaan of het een geval betreft waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. In al deze gevallen geldt medeplichtigheid aan diefstal als het zelfstandig begaan van diefstal, waarop vier jaar staat (art. 310).

STRAF GRONDDDELICT AFGEROND OP JAREN	STRAF GRONDDDELICT IN MAANDEN	MAXIMUMSTRAF MEDEPLICHTIG- HEID AAN POGING (IN MAANDEN)	MAXIMUMSTRAF MEDE- PLICHTIGHEID AAN POGING (AFGEROND OP JAREN)
	9	4	
1	12	5,33	
1 jaar en 6 maanden	18	8	
2	24	10,67	
2 jaar en 3 maanden	27	12	1
3	36	16	1 jaar en 4 maanden
3 jaar en 3 maanden	45	20	1 jaar en 8 maanden
4	48	21,33	1 jaar en 9,33 maanden

Uit deze tabel kunt u afleiden dat de maximumstraf die op medeplechtigheid aan een poging tot een gronddelict is gesteld, steeds iets minder is dan de helft van de straf die op dat gronddelict staat (snelle rekenaars hadden dat al afgeleid uit het feit dat de vermenigvuldigingsfactor $4/9$ bedraagt). Dat betekent dat wanneer een rechter straf oplegt wegens medeplechtigheid aan een poging tot diefstal (art. 310), hij altijd goed zit als hij ruim onder de helft (= 2 jaar) blijft en bijvoorbeeld tot 1 jaar en 9 maanden komt. Het berekenen van de *exacte* grens (= 1 jaar en 9,33 maanden) kan hij dan overlaten aan een griffier met een zakjapanner.⁹

Er zijn twee vormen van medeplechtigheid, de directe (art. 48 onder 1°) en de indirecte (art. 48 onder 2°). De directe medeplechtigheid bestaat uit het opzettelijk behulpzaam zijn bij een misdrijf dat door een ander wordt gepleegd; deze vorm is, met name in verhouding tot het medeplegen, al uitvoerig aan de orde geweest bij de bespreking van het Sportkantine-arrest (p. 202). De indirecte medeplechtigheid bestaat uit het opzettelijk verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen tot het plegen van een misdrijf; ook medeplechtigheid door het geven van inlichtingen is, maar nu in verhouding tot het uitlokken, al uitvoerig aan de orde geweest bij de behandeling van de casus-Simon en Evert (p. 213). Mij resteert dus niet veel meer dan een paar losse eindjes.

⁹ Ik ben zo diep op dit betrekkelijk onbenullige punt ingegaan omdat het vragen naar de maximaal op te leggen straf een geliefde noodsprong is voor docenten – mijzelf inclusief – die nog verlegen zitten om een examenvraag.

- 1 Ook bij medeplichtigheid beperkt de aansprakelijkheid zich tot datgene waarop het opzet van de medeplichtige is gericht. Dat vloeit niet alleen voort uit het accessoire karakter van de deelneming (zoals bij het medeplegen), maar ook – evenals bij het uitlokken (zie p. 211) – uit een expliciet wettelijk voorschrift, te weten art. 49, vierde lid.
- 2 Omdat de overige deelnemingsvormen een actief optreden van de deelnemer vereisen (wellicht met uitzondering van het medeplegen door gebrek aan distantie – zie p. 204), is deelneming door nalaten daar zo goed als ondenkbaar. Dit ligt anders bij de medeplichtigheid, waar men medeplichtig kan zijn door het opzettelijk bieden van gelegenheid. Denk aan een nachtwaker die nalaat een ronde over het parkeerterrein te maken teneinde zijn kompanen de kans te geven een auto te stelen (vgl. HR 21 februari 1921, NJ 1921, 465).
- 3 Waarom is in de volgende casus de medeplichtigheid van Onno K. niet strafbaar?

Emmy L. krijgt een lift van een Lotus, die bestuurd wordt door Onno K. Emmy heeft geen rijbewijs. Op een gegeven ogenblik vraagt ze Onno of *zij* niet eens rijden mag. Onno brengt de auto tot stilstand en laat Emmy achter het stuur plaatsnemen. Op het moment dat ze weggrijdt, volgt evenwel controle door de politie, die constateert dat zij geen rijbewijs heeft. Onno wordt vervolgd als medeplichtige aan Emmy's rijden zonder rijbewijs (art. 107 lid 1 WVV).

U kunt zich nu het hoofd breken over de vraag of Onno direct dan wel indirect medeplichtig is geweest, maar dat is vergeefse moeite. Immers, slechts medeplichtigheid aan een *misdrijf* is strafbaar. Dat blijkt niet alleen uit de tekst van art. 48, maar het is ook nog eens uitdrukkelijk bepaald in art. 52. En rijden zonder rijbewijs is een overtreding (art. 107 lid 1 jo. 177 lid 1 onder a jo. 178 lid 2 WVV). Net als bij de niet-strafbare poging tot overtreding (zie Proloog Poging, p. 147), verwachten uw docenten van u enige alertheid omtrent het onderscheid misdrijven/overtredingen.

8.3 Niet-accessoire deelnemingsvormen

Sommige vormen van deelneming zijn strafbaar zonder dat er een delict (of een strafbare poging daartoe) is gevolgd. In één geval is die niet-accessoire vorm van deelneming in het Algemeen Deel van het wetboek opgenomen – de poging tot uitlokking van art. 46a –, maar meestal zijn die deelnemingsvormen als zelfstandig delict in het Bijzonder Deel omschreven. Neem het aanbieden van medeplichtigheid, dat strafbaar is gesteld in art. 133.

Waarom zijn de meeste niet-accessoire deelnemingsvormen als zelfstandig delict omschreven? Daarvoor is een eenvoudige reden: vaak zit er voor de wetgever weinig anders op. Hij kan namelijk niet anders indien de gedraging van de ‘hoofddader’ niet iets strafbaars oplevert, zoals het plegen van zelfmoord. Aangezien de wetgever deze ultieme wanhoopsdaad zoveel mogelijk wenste te voorkomen, wilde hij ook het assisteren daarbij tegengaan. Aan de medeplichtigheidsbepalingen had hij echter niets: de weg van de reguliere deelneming is alleen begaanbaar als de zelfmoord (of een poging daartoe) strafbaar zou zijn, wat niet het geval is. Vandaar art. 294, dat de hulp bij zelfmoord verbiedt.¹⁰ Eenzelfde type redenering geldt voor art. 133, dat verbiedt medeplichtigheid aan te bieden. Indien u zich een knuppel aanschaft om daarmee een eventuele insluiper van katoen te geven, is dat slechts een niet-strafbare voorbereidingshandeling en nog lang geen begin van uitvoering van zware mishandeling (art. 302). En dus maakt ook de winkelier die u de knuppel aanbiedt, zich niet aan iets strafbaars schuldig. Althans, als zijn gedrag niet in de speciale voorziening valt die in 8.3.2 wordt besproken.

Er bestaan meer niet-accessoire deelnemingsvormen dan hier zijn vermeld. Een voorbeeld is art. 140, dat verbiedt deel te nemen aan een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft. In deze paragraaf beperk ik me echter tot de twee vormen die in de eerste alinea zijn genoemd.

8.3.1 *Poging tot uitlokken*

Een poging tot uitlokken kan zich in twee vormen voordoen:

- A De uitlokker tracht iemand te bewegen, maar die persoon laat zich niet bewegen. Dit is dus letterlijk een *poging tot uitlokken*.
- B De uitlokker tracht iemand te bewegen, die persoon laat zich ook bewegen, maar begint niet met het feit waartoe hij uitgelokt is (of komt niet tot een strafbare poging daartoe). Hoewel het eigenlijke uitlokken gelukt is, geldt ook dit als een *poging tot uitlokken*: het gronddelict is niet gevolgd.

In situatie-B is het nagenoeg irrelevant waarom de uitgelokte niet aan zijn delict toekwam. Het kan zijn dat hij na de (op zich geslaagde) uitlokking nog eens had nagedacht, had besloten er maar van af te zien en daarom niet eens met de uitvoering was begonnen; het kan ook zijn dat hij wel een begin van uitvoering had gemaakt, maar de verdere uitvoering vrijwillig had opgegeven. In beide

10 Art. 294 bevat overigens nog steeds een spoor van accessoriteit: de hulp bij zelfmoord is alleen strafbaar indien de zelfmoord ook werkelijk volgt.

gevallen blijft de uitlokker echter strafbaar omdat hij gepoogd heeft een delict uit te lokken.

De reden waarom de uitgelokte niet aan het delict is toegekomen, noemde ik hiervoor *nagenoeg* irrelevant, want er is één reden die de strafbaarheid van de uitlokker wel degelijk opheft: indien de uitlokker op eigen initiatief de uitgelokte ‘terugfluit’, is op hem de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 46b van toepassing. Een voorbeeld van dat terugfluiten ziet u in de onderstaande casus:

Adriaan P. ziet zeer op tegen zijn *colloquium doctum*, vooral tegen het onderdeel Frans. Voor vijfhonderd euro beweegt Adriaan de vloeiend Frans- en Nederlands-sprekende Laurent zich als Adriaan voor te doen en in diens plaats het examen af te leggen.

De avond voor het onderdeel Frans belt Adriaan naar Laurent op met de mededeling dat Laurents medewerking – helaas – niet meer nodig is: voor de vertaling van de Duitse tekst »Dort wo du nicht bist, dort ist das Glück« heeft Adriaan die dag een niet-compensabele drie gescoord, zodat hij toch al is gezakt.

Hier heeft Adriaan zich *niet* schuldig gemaakt aan een poging tot het uitlokken van oplichting (art. 46a jo. 326), omdat hij er zelf voor heeft gezorgd dat de oplichting niet heeft plaatsgevonden. Daarmee is “het misdrijf niet voltooid ten gevolge van omstandigheden die afhankelijk zijn van de wil van de dader”, zoals de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 46b zegt.

Die bijzondere strafuitsluitingsgrond geldt zowel bij de reguliere poging (zie daarover Proloog Poging, p. 167) als bij de poging tot uitlokken. In het eerste geval (de reguliere poging) is “de dader” als bedoeld in art. 46b de feitelijke uitvoerder; in het tweede geval (de poging tot uitlokken) is dat degeen die tracht uit te lokken en juist niet de feitelijke uitvoerder. Wie in beide gevallen de feitelijke uitvoerder als “de dader” ziet, komt bij de poging tot uitlokken al snel tot absurde resultaten, die niet te rijmen zijn met de ratio van de vrijwillige terugtred (zie Proloog Poging, p. 161 e.v.). Ga maar na. Degeen die een ander tracht uit te lokken is strafbaar als (1) de uitgelokte niet op de uitnodiging ingaat en (2) de uitgelokte wel op de uitnodiging ingaat, maar de zaak afblaast voor het tot een begin van uitvoering komt. Zou in geval (2) de uitlokker moeten worden beloond met straffeloosheid als de uitgelokte de zaak afblaast *zonder dat de uitlokker daar iets aan gedaan heeft*? Dat zou grotesk zijn. Kijk maar:

De 22-jarige Evelien M. heeft zich slecht voorbereid op een schriftelijk tentamen strafrecht dat zij de volgende ochtend moet afleggen. Zij vraagt daarom haar introverte en verlegen jaargenote Mariska, die op juridisch terrein even goed als zij

op relationeel terrein geremd is, in haar plaats het tentamen te maken. Mariska voelt daar eerst niet voor, maar als Evelien toezegt een afspraakje voor haar te regelen met Eveliens charmante en extraverte huisgenoot Leon, op wie Mariska in stilte verliefd is, besluit Mariska aan Eveliens verzoek te voldoen.

Wanneer Mariska de volgende morgen opstaat, bedenkt ze zich – geheel in haar stijl – dat zij op het tentamen weleens een docent kan tegenkomen die haar kent; die docent zal dan onmiddellijk zien dat zij Evelien M. niet is. Daarop kiest Mariska voor zekerheid en blijft thuis, het tentamen latend voor wat het is.

In deze casus is het geheel en al aan Mariska's eigen weifelachtigheid te danken (vanuit Eveliens oogpunt 'te wijten') dat de oplichting niet van de grond komt; in tegenstelling tot Adriaan in de vorige casus heeft Evelien er niets aan gedaan om Mariska te weerhouden. Daarom betrek ik bij de poging tot uitlokking de "omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk" niet op het vrijwillig terugtreden van de feitelijke uitvoerder (= Mariska), maar op dat van degeen die tracht uit te lokken (= Evelien). Nog even voor alle duidelijkheid: Evelien maakt zich dus schuldig aan een poging tot uitlokken van oplichting, waarbij zij zich er *niet* op kan beroepen dat ze vrijwillig is teruggetreden.

Het terugfluiten van de uitgelokte moet wel succesvol zijn, zoals mag blijken uit HR 18 september 1995, NJ 1996, 40 (Mislukt vrijwillig terugtreden):

Door hun geld te beloven, lokt D. drie jongens uit een bepaalde auto te stelen. D. rijdt met de jongens mee om de auto aan te wijzen, maar die blijkt er niet te staan. Daarop geeft D. te kennen dat ze het maar moeten laten zitten. De jongens gaan echter door en weten na vier mislukkingen de auto toch te stelen. D. wordt vervolgd wegens uitlokking van diefstal. Hij beroept zich erop dat *zijn* opzet niet meer op die diefstal gericht was. De Hoge Raad ziet dit als een beroep op vrijwillige terugtred, dat wordt verworpen omdat vrijwillig terugtreden niet meer mogelijk is als het feit waartoe is uitgelokt eenmaal is gevolgd.

Deze beslissing roept het beeld op van de uitlokker die door zijn uitlokkingsdaad 'de geest uit de fles laat'. Hij kan zich alleen op vrijwillige terugtred beroepen als hij de geest tijdig in de fles terug weet te krijgen (= de door hem uitgelokten inderdaad weet te weerhouden). Lukt hem dat niet, dan is *hij* aansprakelijk wegens voltooide uitlokking. Eenzelfde beeld kwamen we ook al tegen bij de voltooide poging, waar vrijwillig terugtreden moet bestaan uit het actief verhinderen dat het gevolg intreedt: vergelijk de casus van de man die de Van Brienenoordbrug in de lucht laat vliegen (Proloog Poging, p. 164).

De vier besproken gevallen kunnen we als volgt op een lijn uitzetten:

		← VOLTOOIING →
• A	• • B C	• D
← TERUGFLUITEN DOOR UITLOKKER MOGE- LIJK →		

- A De potentiële uitvoerder laat zich niet bewegen; het eventuele terugfluiten komt daarmee nog niet in beeld. De uitlokker is strafbaar wegens poging tot uitlokken (art. 46a).
- B De casus Adriaan en Laurent (p. 221). De uitlokker (= Adriaan) is *niet* strafbaar wegens poging tot uitlokken (art. 46a) omdat hij de uitgelokte met succes terugfluit.
- C De casus Evelien en Mariska (p. 221). De uitlokker (= Evelien) is strafbaar wegens poging tot uitlokken (art. 46a) omdat de uitgelokte het feit heeft afgeblazen *zonder* dat Evelien daar iets aan heeft gedaan.
- D De casus uit het Mislukt vrijwillig terugtrekken-arrest (p. 222), waar het terugfluiten geen succes had. De uitlokker is strafbaar wegens *voltooide* uitlokking (art. 47 lid 1 onder 2°).

Net als bij de gewone poging is ook een poging tot uitlokken alleen strafbaar als er wordt getracht uit te lokken tot een *misdrif*. Ook wordt de poging tot het uitlokken van een misdrijf met dezelfde straf bedreigd als een gewone poging tot dat misdrijf, de hoofdregel van art. 46a. De maximale straf bij poging tot uitlokken van verkrachting (art. 242) is dus gelijk aan die voor poging tot verkrachting, dat is $12 - (1/3 \times 12) = 12 - 4 = 8$ jaar.

8.3.2 Aanbieden van medeplichtigheid

Een andere niet-accessoire vorm van deelneming is als zelfstandig delict omschreven in art. 133. De delictsomschrijving luidt: “Hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding aanbiedt inlichtingen, gelegenheid of middelen te verschaffen om enig strafbaar feit te plegen, wordt gestraft met ...”, kortweg het aanbieden van (indirecte) medeplichtigheid.

Die delictsomschrijving is, met name in het intro, ongelukkig geformuleerd: door te spreken van “Hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, aanbiedt ...” wordt allicht de indruk gewekt dat je strafbaar bent als je *hetzij* in het openbaar, *hetzij* mondeling, *hetzij* bij geschrift of afbeelding medeplichtigheid aanbiedt. Die interpretatie van art. 133 is echter onjuist, al was

het maar omdat het hier om een misdrijf tegen de openbare orde gaat. Voor “in het openbaar” is namelijk niet voldoende dat de medeplichtigheid wordt aangeboden *in een openbare ruimte* (zoals tijdens een privégesprek in een café), maar moet het gaan om een *openbaar* aanbod, dat wil zeggen een aanbod dat eenieder kan bereiken. U maakt zich dus pas schuldig aan het aanbieden van medeplichtigheid indien u in dat café op tafel springt en luidkeels uw medeplichtigheid aanbiedt aan wie het maar horen wil (dan doet u uw aanbod mondeling). Wat ook kan is dat u uw aanbod doet in een advertentie, al dan niet verluchtigd met plaatjes (dan doet u dat bij geschrift of afbeelding). Om alle misverstanden te vermijden, kunt u de delictsomschrijving van art. 133 beter lezen als “Hij die mondeling of bij geschrift of afbeelding *een openbaar aanbod doet tot het verschaffen van* inlichtingen, gelegenheid of middelen om enig strafbaar feit te plegen, wordt gestraft met ...” (wijziging gecursiveerd).

Vervolgens de vraag hoe het zit met de eis van het opzet. Hoewel het hier een misdrijf betreft, gebruikt de delictsomschrijving van art. 133 nergens het woord “opzettelijk”. Niettemin ligt in ‘aanbieden’ (of in ‘een aanbod doen’) een nogal zware opzetvorm besloten, aangezien je niet iets per ongeluk kunt aanbieden. Het feit dat het opzet in ‘aanbieden’ is ingeblikt, betekent twee dingen: in de eerste plaats moet het aanbieden zelf opzettelijk geschieden, en in de tweede moet het opzet op alle bestanddelen slaan die na het woord ‘aanbieden’ zijn geplaatst, inclusief ‘om enig strafbaar feit te plegen’. De aanbieder moet dus weten dat wat hij aanbiedt, zal worden gebruikt om een delict mee te plegen. Dit was overduidelijk het geval in Rechtbank Heerenveen 22 oktober 1891, W 6094, die een handelaar veroordeelde wegens het aanbieden van medeplichtigheid omdat hij de volgende – letterlijk overgenomen – advertentie in de krant had laten zetten:

Stroopers!

We hebben steeds in voorraad éénloops achterlaadgeweren centraal kal. 12, voor slechts $f\ 9$, = onbreekbaar hazenstrikken-draad.

Wat in ‘aanbieden’ ligt besloten, is niets minder dan een positief weten, zodat het voorwaardelijk opzet tekortschiet. Dat betekent dat wanneer een handelaar honkbalknuppels aanbiedt en het hem eigenlijk een zorg zal zijn of daarmee anderen worden doodgemept, die handelaar niet voldoet aan de eisen van art. 133. Nog minder voldoet de enkele wetenschap dat een honkbalknuppel *kan* worden gebruikt om een supporter van de tegenpartij mee dood te slaan. Welke sportzaak zal er anders nog honkbalknuppels in de etalage durven hebben?

Nog even samenvatten: als iemand (indirecte) medeplichtigheid aanbiedt, valt dat onder art. 133 indien (1) het aanbieden *zélf* in het openbaar heeft plaats-

gevonden, en (2) het aanbod in de volle wetenschap geschiedt dat daarmee de doelgroep wordt geassisteerd bij het plegen van een strafbaar feit. Pas als aan beide eisen wordt voldaan, is men strafbaar. Die strafbaarheid ontstaat door het enkele aanbod, *ook als niemand daarop ingaat*: art. 133 is niet-accessoir.

8.4 Deelneming aan deelneming

Zoals we zagen bepaalt art. 78 dat deelneming aan een misdrijf zelf ook een misdrijf is. Brengt dat met zich dat men deel kan nemen aan dát misdrijf – bestaande uit deelneming aan een misdrijf –, met andere woorden: kan men deelnemen aan deelneming? Het antwoord is ja: deelneming aan deelneming is zowel denkbaar als strafbaar. Zo kunt u medeplichtig zijn aan uitlokken van verduistering in dienstbetrekking door het geld te verschaffen dat wordt gebruikt om de computerverkoper ertoe te bewegen de op zijn werk aanwezige software quasi-legaal op de harde schijf van uw partners computer te zetten, uitlokker zijn van medeplichtigheid aan diefstal met inklimming door iemand gratis rijlessen te beloven als hij de ladder tegen het huis laat staan, medepleger zijn van uitlokken van mishandeling door de uitgelokte voor te spiegelen dat hij het alleenrecht op zijn vriendin behoudt door zijn rivaal in elkaar te slaan terwijl uw kompaan hem vijfhonderd euro belooft als hij die man een pak rammel geeft, doen pleger zijn van uitlokken van moord door een nietsvermoedend tussenpersoon de huurmoordenaar het geldende tarief te laten bieden als hij X voor u omlegt, of medeplichtig zijn aan medeplegen van valsheid in geschrifte door hand- en spandiensten te verlenen aan een bevriend echtpaar dat hun belastingaangifte gezamenlijk vals invult. En dat in alle soorten en maten. Als deelneming aan deelneming (= deelneming in het kwadraat of deelneming²) strafbaar is, is er echter niets dat ons belet bovenstaande bewerking te herhalen; we kunnen voor ‘deelneming aan deelneming’ een andere deelnemingsvorm schuiven en zo komen tot deelneming aan deelneming aan deelneming (= deelneming³). En zo ook tot deelneming⁴, deelneming⁵, deelneming⁶ enzovoorts *ad infinitum*. Kortom, *the sky* – of beter gezegd uw fantasie – *is the limit*.

Het lijkt u misschien onwaarschijnlijk dat iemand zich schuldig maakt aan medeplichtigheid aan doen plegen van uitlokken tot medeplichtigheid aan het uitlokken van oplichting (= deelneming⁵); toch is dat precies wat er gebeurt in onderstaande casus, een variant op de eerdergebruikte casus Adriaan en Laurent (p. 221) die ten dele ingegeven is door HR 24 januari 1950, NJ 1950, 287 (Examen):

Adriaan P. ziet zeer op tegen zijn colloquium doctum, vooral tegen het onderdeel Frans. [Vanaf hier wijkt de casus af van de eerdere variant.] Hij gaat daarom naar

zijn lerares Frans Juliette B., vertelt haar dat hij liever een remplaçant stuurt dan dat hij zelf het onderdeel aflegt en vraagt Juliette of zij geschikte kandidaten kent. Juliette voelt eerst niets voor dit opzetje, maar smelt als Adriaan zijn vierjarig zoontje Martijn naar Juliette laat toerennen, die bij haar op schoot kruipt, haar met zijn grote blauwe ogen aankijkt en zegt: “Je t’aime.” (Martijn voert hier een ingestudeerde act op, die hem de vorige avond is aangeleerd door zijn moeder – en Adriaans vrouw – Mirza P.) Juliette geeft een grijnzende Adriaan daarop de naam van de vloeiend Frans- en Nederlandssprekende Laurent. Voor vijfhonderd euro beweegt Adriaan Laurent in zijn plaats te gaan. Op de dag van het examen doet Laurent zich voor als Adriaan, vertaalt de tekst « Honni soit qui mal y pense » en scoort een tien. Een week later ontvangt Adriaan bericht dat hij zijn colloquium doctum met goed gevolg heeft afgelegd.

Bij de analyse van dit relaas heb ik de stappen van een nummer voorzien en de conclusies gecursiveerd. (1) Laurent doet zich voor als Adriaan; *Laurent is de oplichter*. (2) Laurent werd hiertoe voor vijfhonderd euro door Adriaan uitgelokt; *Adriaan is uitlokker van oplichting*. (3) Op zijn beurt kreeg Adriaan Laurents naam van zijn lerares Juliette; *Juliette is medeplichtig aan het uitlokken van oplichting*. (4) Die medeplichtigheid heeft Adriaan uitgelokt door misleiding; *Adriaan is uitlokker van medeplichtigheid aan het uitlokken van oplichting*. (5) De misleiding heeft hij gecreëerd door zijn zoontje een act te laten opvoeren; *Adriaan is doen pleger van uitlokken van medeplichtigheid aan het uitlokken van oplichting*. (6) Moeder Mirza heeft Martijn de act aangeleerd; *Mirza is medeplichtig aan het doen plegen van uitlokken van medeplichtigheid aan het uitlokken van oplichting*. Even de weg terug: Mirza is medeplichtig (door het instrueren van haar zoontje) aan doen plegen (door Adriaan) van uitlokken (van Juliette) tot medeplichtigheid (omdat zij de naam van Laurent geeft) aan uitlokken (van Laurent) van oplichting (gepleegd door Laurent) (de art. 48 onder 2° jo. 47 lid 1 onder 1° jo. 47 lid 1 onder 2° jo. 48 onder 2° jo. 47 lid 1 onder 2° jo. 326).

U ziet wat voor hoofdbrekens het kost een weliswaar geraffineerd opgezette maar toch alleszins voorstelbare gang van zaken juridisch uiteen te rafelen. U kunt zich dan ook afvragen of u niet soep aan het lepelen bent (= de concrete situatie probeert te begrijpen) met een vork (= het juridische instrumentarium van de samengestelde deelneming). Inderdaad, dé zwakke stee in de deelneming aan deelneming is dat u gedwongen bent vloeiende bewegingen te reduceren tot een serie stilstaande beelden, waarvan u telkens moet nagaan of wel is voldaan aan de eisen die deze deelnemingsvorm stelt, of de deelnemer wel weet heeft van zijn plaats in het geheel, et cetera. Veel beter ware het direct in te zoomen op de regisseur van het geheel, te weten Adriaan. Of dat kan, hangt ten nauwste samen met de verschuiving van een naturalistisch naar een functioneel dader-

schap. Dat onderwerp kan ik echter beter behandelen in het kader van de volgende proloog, Proloog Corporaties.

9 Naschrift Deelneming

Al sinds Proloog Poging is de overtuiging gegroeid dat men geen poging kan ondernemen een culpoos delict als dood door schuld te plegen. Uit die onmogelijkheid kan worden afgeleid dat ook het medeplegen van een culpoos delict ondenkbaar is; in Proloog Deelneming was getracht de absurditeit daarvan te laten zien aan de hand van een casus.

Tegen deze achtergrond moet de eerste paragraaf worden gezien; 9.1 is bedoeld als een poging een eigen opvatting te formuleren, met behulp waarvan de problemen konden worden opgelost waar de casus toe had geleid die nota bene had moeten illustreren hoe absurd het medeplegen van een culpoos delict is. In de tweede paragraaf wordt eveneens getracht tot zo'n eigen mening te komen via een casus voor het vak Oefenrechtbank; ditmaal gaat die over een punt dat in de literatuur niet goed uit de verf komt: de poging tot medeplichtigheid, die niet strafbaar zou zijn. De slotparagraaf over het restant gaat in op een nieuwe lijn in de jurisprudentie, te weten de passieve medeplichtigheid; ook dit fenomeen is getracht te verhelderen met een casus.

9.1 Dubbel opzet

Uit de aard van het leerstuk van de deelneming vloeit voort dat iedere deelnemer moet beschikken over een dubbel opzet. Enerzijds moet dat gericht zijn op de samenwerking tussen de deelnemers (het 'nabije' opzet), en anderzijds op het door de deelnemers beoogde delict (het 'verdergelegen' opzet). De tweede

pool van het dubbele opzet – het verdergelegen opzet – is voor medeplichtigheid neergelegd in een expliciete wettelijke bepaling, te weten art. 49, vierde lid. Daarin is gestipuleerd dat “bij het bepalen van de straf alleen die handelingen in aanmerking komen die de medeplichtige *opzettelijk* heeft gemakkelijk gemaakt of bevorderd, benevens hun gevolgen” [mijn cursivering]. Uit het feit dat de wetgever zich uitdrukkelijk had uitgesproken over medeplichtigheid (en in art. 47 lid 2 in nagenoeg dezelfde bewoordingen over uitlokken), maar niets had bepaald over medeplegen, kan worden afgeleid dat het bestaan van nabij opzet voldoende is voor een veroordeling wegens medeplegen. Dat wil zeggen dat alleen hoeft te blijken dat men bewust heeft samengewerkt met een ander, zonder dat die bewuste samenwerking was gericht op het plegen van een delict. Die opvatting komt erop neer dat de eis van het dubbele opzet onverkort blijft gelden voor medeplichtigheid, maar bij medeplegen wordt gereduceerd tot een enkel opzet, dat slechts hoeft te bestaan uit een bewuste samenwerking. Als deze a contrario-interpretatie van het vierde lid van art. 49 al juist is, zijn daar grote bezwaren tegen, omdat die een andere mogelijkheid volledig buiten beschouwing laat: de wetgever zou de eis van dubbel opzet bij medeplegen, de meest intensieve vorm van deelneming, zo vanzelfsprekend hebben kunnen vinden dat hij daar niets over gezegd heeft, en alleen een expliciete bepaling heeft opgenomen waar twijfel zou kunnen bestaan. Dat is in ieder geval *mijn* insteek.

9.1.1 *Medeplegen van culpose delicten*

Uit de eis van het dubbel opzet vloeit voort dat het opzet van de medeplegers ook gericht moet zijn op het realiseren van een gronddelict. Dat betekent dat het medeplegen van een culpoos delict ten enenmale onmogelijk is. Daarvoor zou immers noodzakelijk zijn dat de medeplegers met elkaar hebben afgesproken om *niet* te denken aan eventuele gevolgen. En aangezien het onmogelijk is om met opzet te vergeten ergens aan te denken,¹ is de eis van dubbel opzet in combinatie met een culpoos delict een onmogelijkheid. Dat wilde ik in de eerste en tweede druk van Prologen niet alleen zeggen, maar die absurditeit ook laten zien. Daarvoor was het volgende verhaal bedacht:

Na zijn afstuderen betreft Ybo Z. een flat die zich op de zesde etage bevindt. In die flat is door de vorige bewoners een geheel ontstemde en aftandse concertvleu-

1 Zen kent talloze *mondo's* waarin een leerling verteld wordt dat hij de verlichting bereikt als hij niet denkt aan ...; vervolgens denkt hij er steeds aan dat hij niet moet denken aan ..., en dus denkt hij voortdurend aan ...; eerder een voorschrift voor een obsessie met ... dan een 'bevrijdende gedachte' (als dat al geen oxymoron is).

gel achtergelaten, die zo groot is dat hij niet in de lift past. Tijdens de *house-warming party* laat Ybo zich ontvallen dat hij graag van die sta-in-de-weg af wil, maar daartoe geen mogelijkheid ziet. Zijn vrienden vragen hem waarom hij niet de weg kiest waarlangs de vleugel ook gekomen moet zijn: via schuifpui en balkon. Een van de vrienden kijkt over het balkon naar beneden en ziet dat daar een dichtbegroeide groenvoorziening is aangelegd waar geen enkel pad doorheen loopt. Na diens “Kom op mannen, over het balkon met het krenge”, sjoeren de acht vrienden plus Ybo in eendrachtige samenwerking de vleugel het balkon op en weten het loodzware ding over de balustrade te werken. Even later weerklinkt het geluid van brekend hout en plotseling aangespannen snaren.

Aan het oog onttrokken door hoogopgegroeide struiken staat daar echter een man te wachten tot zijn hond de behoefte heeft gedaan. De man wordt verpletterd door de van zeshoog komende vleugel en is op slag dood. (Koopmans 1999, p. 117.)

Desalniettemin bleek men niet erg onder de indruk van mijn bedenksel. Integendeel, op college werd de casus van de piano gebruikt om studenten duidelijk te maken dat ook een culpoos delict kan worden medegepleegd. Ter staving daarvan noemde men het voorbeeld van minister Modderman waarin twee bouwvakkers samen een zware balk van een bouwstelling af laten vallen, waardoor een toevallig onderlangs lopende passant wordt gedood; volgens de minister hebben beide bouwvakkers zich daarmee schuldig gemaakt aan het medeplegen van dood door schuld. Dat voorbeeld zou duidelijk moeten maken dat culpose delicten kunnen worden medegepleegd *ook als de participanten alleen opzet hebben op hun samenwerking*.

Casus plus voorbeeld resulteerden in een dilemma. Enerzijds leek het onmiskienbaar dat in bepaalde gevallen culpose delicten wel degelijk kunnen worden medegepleegd; anderzijds was het even onmiskienbaar dat er geen medeplegen kan zijn als men het dubbel opzet reduceert tot een enkel opzet, dat slechts hoeft te bestaan uit het bewust samenwerken. Een eerste deel van de oplossing bestond uit een (intern) beraad over de eis van dubbel opzet. Ik stelde categorisch dat die eis ook gold voor het medeplegen, maar kon ik me daarvoor ergens op beroepen? Zoals we zagen kan dat in ieder geval niet op de wet, want die zwijgt daarover. Ook niet op de wetsgeschiedenis: minister Modderman achtte het medeplegen van culpose delicten mogelijk als de participanten alleen hadden samengewerkt. Hoe kwam ik dan wel aan die eis? Het antwoord lag in de intuïtie achter de eis van dubbel opzet, een eis die daarmee als een metafoor wordt opgevat. Deze intuïtie heeft een oorsprong die als volgt beredeneerd kan worden. Het strafrecht kent een aantal leerstukken die vóór (of om) delicts-omschrijvingen kunnen worden geplaatst, en als het ware een kader vormen dat aan het plegen van dat delict zwaardere eisen stelt dan voor het delict-zonder-

kader gelden. Een van die leerstukken is de deelneming. Deelnemingsvormen worden om een delictomschrijving heen geplaatst, en hebben een eigen invloed op de eisen die daaraan gesteld worden. Zo moet een deelnemer niet alleen opzet hebben op zijn eigen deelnemingshandelingen (zijn nabije opzet), maar zijn opzet moet ook zijn gericht op het voltooiën van een handeling die als delict wordt aangemerkt (zijn verdergelegen opzet). De intuïtie achter de eis van dubbel opzet – en dan vooral de eis van een verdergelegen opzet – lijkt dan ook even zinnig als onontbeerlijk: zonder op de een of andere manier in de gaten te hebben dat je een bijdrage levert aan iets dat als delict geldt, kan je deelnemingshandeling je niet verweten worden. Daarmee geldt de eis van dubbel opzet (in de zin van een juridisch-technische metafoor voor deze intuïtie) voor *alle* vormen van deelneming, dus inclusief het medeplegen. Als we die eis niet als een metafoor zien, overkomt ons een ramp: de letterlijke eis van dubbel opzet is niet te combineren met een culpoos delict. Die onverenigbaarheid is *logisch* op te lossen door het vereiste van dubbel opzet te laten vallen, een uitweg die door velen wordt gekozen. Mijns inziens gooit die echter met het badwater ook het kind weg: in die opvatting wordt een culpoos delict medegepleegd als er nabij opzet is (bestaande uit opzet op de samenwerking) zonder dat de eis wordt gesteld dat de participanten in de gaten hebben dat ze een bijdrage leveren aan een delict. Aangezien dat laatste cruciaal is voor alle vormen van deelneming – dus ook voor het medeplegen – is die logische oplossing niet meer dan een schijnoplossing. Beter ware het om de eis van het verdergelegen opzet te handhaven, maar die eis in zoverre te clausuleren dat men slechts in de gaten hoeft te hebben gehad een bijdrage te leveren aan iets dat achteraf kan worden aangemerkt als een culpoos delict. Hoe dat “in de gaten hebben” er dan uit kan zien, is een vraag van later orde (zie daarvoor p. 234); vooralsnog is het zaak een aantal concrete gevallen van het medeplegen van culpose delicten te bezien om te kijken of, en op welke wijze dan, het verdergelegen opzet gestalte kan krijgen. Het tweede deel van de oplossing bestond daarom uit het mijmeren over het voorbeeld van de minister.

Dat voorbeeld is vrij bijzonder. Het is naar mijn idee nauwelijks voorstelbaar dat de bouwvakkers bij het laten vallen van de balk *niet* het – desnoods vluchtige – gevoel hebben gehad van “Als dat maar goed gaat”. Bij het de revue laten passeren van mogelijke scenario’s kwam ik meestal uit op de situatie dat de bouwvakkers dat onbehaaglijke gevoel konden onderdrukken door uit te gaan van het gegeven dat ze dit altijd deden en het nog nooit riskant was gebleken. In een mogelijke casus liet ik daarom een van de twee niet zo’n bouwvakker zijn die op zijn routine vaart, maar iemand die nog met frisse ogen naar het gebeuren kijkt: dat was bijvoorbeeld een scholier die op de bouwstelling een

vakantiebaantje had aangenomen. Als zijn collega hem vroeg samen de balk op te tillen en naar beneden te kieperen, zou zijn eerste vraag zijn “Is dat niet bloedlink?” Het antwoord van de ervaren bouwvakker zou dan een geruststellende reactie zijn in de trant van “Ach, dat doen we altijd zo en er is nog nooit wat gebeurd”. Als door het laten vallen van *hun* balk dan wel een man dodelijk getroffen wordt, zou de scholier tegenover de politie kunnen verklaren: “Was ik maar op mijn eigen gevoel afgegaan, en had ik me niet door die collega laten imponeren! Dan had ik niet meegedaan en had die man nog geleefd.” Op die wijze bezien hebben beiden hun verdergelegen opzet slechts onderdrukt (in het geval van de bouwvakker doordat hij klakkeloos afgaat op zijn ervaringen uit het verleden, en in het geval van de scholier doordat hij zich heeft laten overreden door zijn collega), maar is dat wel degelijk aanwezig geweest. Daarom kunnen beiden worden veroordeeld wegens het medeplegen van dood door schuld, hoewel er geen letterlijk verdergelegen opzet is.

Het derde deel was een contemplatie van het geval van de piano, waarin *mutatis mutandis* hetzelfde speelt als in het voorbeeld van de minister. Immers, het kan haast niet anders dan dat ieder van de participanten het gevoel heeft gehad dat hij op het punt stond iets ‘hachelijks’ te ondernemen: iemand die aanstalten maakt een loodzware piano van zeshoog naar beneden te laten vallen, moet wel iets door de geest spoken van “Zou dat wel goed gaan?” (Dat is ook de reden waarom een van hen over het balkon naar beneden keek, weinig risico bespeurde en pas toen de anderen aanspoorde.) Wat er dan verder met dat ‘minimale bewustzijn’ gebeurt, kan van individu tot individu verschillen: bij de een wordt dat onderdrukt door het beroep op mannelijke solidariteit dat in de casus wordt gedaan (“Kom op mannen, over het balkon met het kreng”), bij een ander groeit dat uit tot een volwaardig voorwaardelijk opzet doordat hij, voor de keuze gesteld tussen meedoen of een spelbreker te zijn, ervoor kiest mee te doen (waarbij hij hoopt dat alles goed gaat, maar als het dat niet doet, *soit*). Natuurlijk zijn er meer mogelijkheden, maar het idee van het minimale bewustzijn staat centraal: dat zorgt ervoor dat we niet in de situatie terechtkomen dat culpose delicten kunnen worden medegepleegd door alleen een bewuste samenwerking, zonder oog voor de gevolgen die deze samenwerking kan hebben.

Het vierde – en laatste – deel van de oplossing biedt de evolutionaire psychologie. Hierin is het nagenoeg een axioma van allerlei evolutionair vastgelegde trekjes (zoals angst voor het een of ander) niet te bekijken wat ze betekenen in de huidige leefomstandigheden, maar wat ze betekenden in de leefwereld waarin die trekken evolutionair tot stand zijn gekomen. Daaruit vloeit voort dat er een lijst gemaakt kan worden van levensbedreigende omstan-

digheden waarvoor de mens in het Pleistoceen angst moest hebben. Dat zijn spinnen en slangen (in Afrika vaak giftig), hoogtes, onweer, grote carnivoren, duisternis, bloed, vreemdelingen, opsluiting en diep water. Die angsten zijn allemaal evolutionair vastgelegd, ook al vervullen ze in de moderne tijd geen functie meer. Aan de andere kant zijn we in het geheel niet bang voor dingen waar we thans wel degelijk bang voor zouden moeten zijn: hard rijden, vuurwapens, rijden zonder veiligheidsriem, aanstekervloeistof, haardrogers bij badkuipen, kortom voor alle potentieel levensbedreigende dingen die in de laatste 10.000 jaar zijn uitgevonden.

Die laatste observatie is aanleiding geweest voor de derde druk van Prologen een nieuwe casus te bedenken waarin het medeplegen van dood door schuld ondenkbaar is. Het betreft een geval van twee klussende buurmannen die op amateuristische wijze een verwarmingselement boven de badkuip bevestigen (casus en bespreking daarvan zijn te vinden op p. 193 e.v. van de proloog):

De buurmannen Jut en Jel hebben besloten samen de badkamer van Jel grondig op te knappen. Ter uitvoering van dat voornemen witten ze op een zaterdagochtend het plafond, betegelen de wanden en brengen – omdat de badkamer nogal koud is – een elektrisch verwarmingselement aan boven het voeteneinde van de badkuip, ongeveer anderhalve meter boven het bad. Daarbij werken ze zo innig samen en gaan zo in hun werk op dat het niet meer na te gaan is wie nu precies wat heeft gedaan. Hoe dan ook, de volgende morgen gaat Jels vrouw uitgebreid baden. Nadat ze ongeveer twintig minuten in de badkuip heeft gelegen, begint het (naar behoren werkende) verwarmingselement wat geluiden te maken; vervolgens komt dit van de muur af vallen, vermoedelijk omdat het toch niet zo goed verankerd is als Jut en Jel hadden aangenomen. Als het verwarmingselement met het badwater in contact komt, gebeurt er iets rampzaligs: door de plotselinge stroomstoot van 220 V wordt Jels vrouw geëlectrocuteerd en overlijdt ter plekke.

Gehoord door de politie leggen beide mannen een gelijkkluidende verklaring af, die erop neerkomt dat “U zich misschien niet voor kunt stellen dat we er niet eens aan gedacht hebben dat zo’n elektrisch verwarmingselement boven het bad linke soep is, maar dat hebben we écht niet. Ongelofelijk stom van ons!”

In deze casus hebben Jut en Jel zich afzonderlijk schuldig gemaakt aan het plegen van dood door schuld, maar het medeplegen daarvan is een brug te ver. Het is onmiskenbaar dat ze bewust hebben samengewerkt: die samenwerking was zelfs zo innig dat niet meer na te gaan is wie nu wat gedaan heeft. Voor het medeplegen geldt echter ook nog dat het risico van iemands dood beiden voor de geest moet hebben gestaan toen ze samen aan het werk waren, alsmede dat ze over en weer van elkaar wisten dat dat risico hun niet ontgaan was. En van weten is geen sprake (laat staan van een wederzijds weten dát ze het weten),

zelfs niet in de meest extensieve interpretatie van het voorwaardelijk opzet: de dood van Jels vrouw komt voor beiden als een volslagen verrassing, waar ze bij het klussen in de verste verte niet aan gedacht hadden.

Hoe is dit 'voor de geest staan' in te passen in de dichotomie opzet/culpa die in het strafrecht gebruikelijk is? De oplossing daarvoor heb ik al aangedragen in Naschrift Opzet en Culpa (p. 79), en die zal ik hier herhalen:

In een geval als dit [de daar besproken casus betrof een student die vuilniszakken met daarin lege flessen van grote hoogte naar beneden liet vallen] kan het bijna niet anders dan dat er iets in de geest van de dader heeft rondgewaard dat hem er attent op heeft gemaakt iets 'links' te gaan ondernemen. Wellicht zullen neurochirurgen dit verschijnsel objectief aanmerken als "het afvuren van een klein aantal neuronen", maar subjectief wordt dit afvuren doorgaans ervaren als een bang voorgevoel, een onbestemd gevoel van dreigend onheil, een 'rilling over de rug', of iets dergelijks. Het punt is dat dergelijke sensaties zo vaag en vluchtig zijn dat ze het stadium van een gedachte nog niet bereiken. Nu ze onder die 'drempelwaarde' blijven, kan ook niet gezegd worden dat de dader aan het risico gedacht heeft, en ofwel gehoopt heeft dat het niet zou intreden (= voorwaardelijk opzet), ofwel erop gerekend heeft dat het dat niet zou doen (= bewuste culpa). Gevallen waarin dit 'minimale bewustzijn' nog niet is uitgegroeid tot een volwaardig voorwaardelijk opzet of een volwaardige bewuste culpa, zijn dus eigenlijk gevallen in een voorfase daarvan. Hoewel het bestaan van zo'n onbestemd gevoel langs empathische weg uit de context kan worden afgeleid ("In die situatie kan het bijna niet anders dan dat de dader zoiets ervaren heeft"), is het nagenoeg onmogelijk dat met wettige bewijsmiddelen aan te tonen. Gevallen in de voorfase van voorwaardelijk opzet en bewuste culpa zouden daarom vervolgd kunnen worden als het begaan van een culpoos delict.

Dat zou betekenen dat er een vervolging wegens een culpoos delict kan worden ingesteld in twee heel verschillende situaties. Een ervan is een situatie waarin evolutionair vastgelegde angsten een rol spelen, zoals de angst voor hoogtes, duisternis of diep water. Dat is de casus van de piano, alsmede het voorbeeld van minister Modderman: in beide gevallen wordt een zwaar voorwerp van een hoogte naar beneden gegooid. In deze gevallen kan het culpose delict ook worden medegepleegd. Voorwaarde voor een veroordeling is allereerst dat komt vast te staan dat de participanten bewust hebben samengewerkt; daarnaast moet de rechter ervan overtuigd zijn dat er over en weer een 'minimaal bewustzijn' is geweest. De tweede situatie is er een waarin evolutionaire angsten niet spelen, het minimale bewustzijn ontbreekt en de enige fout van de daders is geweest dat ze niet goed hebben nagedacht. Dat is de casus van Jut en Jel. In deze situatie kan een culpoos delict *niet* worden medegepleegd: op geen enkele wijze kan

worden voldaan aan de tweede pool van het dubbele opzet bij het medeplegen, te weten dat het opzet van de medeplegers ook moet zijn gericht op het delict dat ze hopen te realiseren.

9.1.2 *Roekeloosheid*

In het strafrecht wordt het gegeven dat een vervolging wegens een culpoos delict in twee uiteenlopende situaties kan worden ingesteld, meestal vertaald in de opvatting dat er twee gradaties van culpa bestaan. Dat gebeurde in de Wet van 22 december 2005 (Stb. 2006, 11), die in werking is getreden op 1 februari 2006. Onderdeel van deze wetswijziging is een verhoging van de maximumstraf voor het culpose delict tegen leven en lichamelijke integriteit in de Wegenverkeerswet (art. 6 WVV) “indien de culpa bestaat in roekeloosheid” (art. 175 lid 2 WVV). Tevens zijn soortgelijke voorzieningen toegevoegd aan de culpose delicten in het Wetboek van Strafrecht (zie lid 2 van de art. 307 en 308 Sr). Nu wordt het begrip ‘roekeloosheid’ in de Wet niet gedefinieerd, zodat we daarvoor te rade moeten gaan bij de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel dat tot deze Wet leidde. Daarin wordt roekeloos gedrag omschreven als “zeer onvoorzichtig gedrag waarbij welbewust en met ernstige gevolgen onaanvaardbare risico’s worden genomen” (Kamerstukken II 2001/02, 28 484, nr. 3, p. 10). Naast de standaardindicaties daarvoor als het rijden onder invloed en een forse overschrijding van de maximumsnelheid, noemt de MvT niet alleen het niet-verlenen van voorrang door het negeren van een rood verkeerslicht, het spookrijden en het rijden in een zeer ondeugdelijk voertuig (p. 11), maar ook het lezen van een kaart tijdens het rijden (p. 12).

Hoewel de teneur van die MvT vrij moralistisch is (daarop kom ik op p. 236 nog terug), is over roekeloosheid ook iets niet-moralistisch te zeggen: de vorige subparagraaf bevat een aanwijzing daarvoor. Roekeloos zijn namelijk die gedragingen die inspelen op onze oude, evolutionair verankerde angsten. Die spelen in de casus van de mannen die de piano over het balkon werken, alsmede in het voorbeeld van de bouwvakkers die een zware balk van de bouwstelling kieperen. In die gevallen speelt de angst voor hoogtes een rol; daarom zijn die handelingen te kwalificeren als roekeloos. Niet roekeloos zijn daarentegen Jut en Jel: die zijn hooguit – in hun woorden – “ongelofelijk stom”. De angst voor leeuwen, tijgers en slangen zal bij de roekeloosheid zelden of nooit een rol spelen (behalve misschien in het geval van de kwajongens die vanaf een viaduct een levende cobra in een auto-met-open-dak laten vallen), maar wel een *exaptatie* daarvan die zich vooral in het verkeer voordoet: het niet bewaren van een

risico-afstand.² Een fraaie illustratie van het fenomeen van de risico-afstand ‘in het wild’ is te zien in natuurdocumentaires over bijvoorbeeld de Serengeti-vlakte in Afrika. Daarin valt op dat de prooidieren zich betrekkelijk weinig aantrekken van de roofdieren die om hen heen sluipen: ze gaan gewoon door met grazen, zonder ook maar in het minst geagiteerd te raken. Dat wordt alleen anders als een roofdier niet meer de risico-afstand in acht neemt. Dan slaan de prooidieren in een fractie van een seconde massaal op hol. Het lijkt wel alsof ieder prooidier een cirkel om zich heen heeft waar het roofdier niet binnen mag komen: zolang het roofdier daarbuiten blijft is er niets aan de hand, maar zodra het erbinnen komt slaat het prooidier op de vlucht. Zo ook in het verkeer. Iedere automobilist heeft als het ware een cirkel om zich heen waarbinnen een andere automobilist niet mag komen. Als die andere automobilist de cirkel niet eerbiedigt, manifesteert zich dat bij de eerste zelfs op een fysiologisch niveau: hij krijgt hartkloppingen en gaat overmatig zweten. Dat gebeurt bijvoorbeeld als de tweede automobilist te dicht achter hem rijdt, hem te snel nadert en pas op het laatste moment naar de linkerbaan uitwijkt om in te halen, of hem snijdt bij het afslaan. Eenieder weet dat uit eigen ervaring. We zijn allemaal weleens met iemand meegereden van wie u, nadat u veilig thuisgekomen bent, hebt gezworen dat u nooit meer bij die persoon in de auto zult stappen: “De rijstijl van die ene bezorgt me de zenuwen; vandaag of morgen rijdt die zich nog eens dood!” Tien tegen een dat u tot dat voornemen komt omdat uw chauffeur de risico-afstand ten opzichte van andere chauffeurs *structureel* niet in acht neemt, bijvoorbeeld doordat hij die afstand niet aanpast aan zijn snelheid: hij rijdt zowel 70 km p/u in een woonwijk vol spelende kinderen als op de snelweg, waar al het overige verkeer 100 rijdt.

In het geval van de risico-afstand is de band tussen de roekeloosheid en de evolutionair verankerde angsten nog aantoonbaar aanwezig. Wat echter als die band wordt doorgesneden en in plaats daarvan het begrip ‘roekeloos’ moralistisch wordt ingekleurd? Dat gebeurde al in de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel dat leidde tot de wijzigingen die op 1 februari 2006 in werking zijn getreden (zie p. 235). De omschrijving van roekeloosheid in de MvT was immers als volgt:

Zeer onvoorzichtig gedrag waarbij welbewust en met ernstige gevolgen onaanvaardbare risico's worden genomen.

2 Exaptatie is een technische term die evolutionair-biologen gebruiken voor het overplanten van een vaardigheid van context-A naar – de daarvoor niet bestemde en/of bedoelde – context-B.

Als we de moralistische elementen in deze omschrijving van een nummer voorzien en cursiveren, ziet die er zo uit:

- (1) *Zeer onvoorzichtig* gedrag waarbij welbewust (2) *en met ernstige gevolgen*
(3) *onaanvaardbare* risico's worden genomen.

Als we die gecursiveerde elementen vervolgens weglaten, komen we tot deze omschrijving van roekeloos gedrag:

Gedrag waarbij welbewust risico's worden genomen.

Bestaat er een verschil tussen 'het *bewust* nemen van een risico' dan wel 'het *welbewust* nemen van een risico'? Het *bewust* nemen van een risico duidt erop dat je hebt nagedacht over het bestaan van een risico. En dat is het begin van zowel bewuste schuld als voorwaardelijk opzet: in het eerste geval ben je je bewust van het risico, maar heb je al te lichtvaardig aangenomen dat het niet zou intreden; in het tweede geval zal het je eigenlijk een zorg zijn of het intreedt. Geldt die mate van bewustzijn ook voor *welbewust*? Voor het antwoord op de vraag of de toevoeging van het voorvoegsel 'wel-' aan 'bewust' iets meer is dan een – betrekkelijk irrelevante – stilistische variatie, is misschien een antwoord te vinden in de Algemene Nederlandse Spraakkunst, die grossiert in dit soort subtiliteiten. En inderdaad, er is meer aan de hand dan je op het eerste gezicht zou denken. In de semantische indeling van de adjectieven (= de bijvoeglijke naamwoorden, ook als die bijwoordelijk gebruikt worden) stond namelijk de volgende passage:

ABSOLUTE ADJECTIEVEN noemen we die adjectieven waarvan de interpretatie niet afhankelijk is van enig criterium buiten de bepaalde zelfstandigheid. Een zekere eigenschap, enz. komt aan een bepaalde zelfstandigheid toe of niet. De interpretatie van RELATIEVE ADJECTIEVEN daarentegen is afhankelijk van al dan niet persoonlijke criteria die de taalgebruiker kan aanleggen. Het genoemde onderscheid is van belang omdat er een syntactisch (c.q. morfologisch) verschijnsel mee correspondeert. Relatieve adjectieven zijn namelijk ... in principe op een of andere manier gradueerbaar door middel van afleiding en samenstelling, comparatie of toevoeging van een graadaanduidend bijwoord: voorbeelden hiervan zijn respectievelijk *hypermodern*, *reuzeleuk*, *steengoed*; *natter*, *grootst*; *vrij groot*, *erg blij*. Absolute adjectieven kennen deze mogelijkheden niet. Gevallen als *erg Frans*, *nogal metalen*, *vierkanter* zijn dan ook uitgesloten, of alleen in bijzondere toepassingen gebruikelijk.

... Opgemerkt moet nog worden dat de betekenis van een aantal adjectieven zowel absoluut als relatief kan zijn, naargelang ze in een letterlijke of afgeleide zin

gebruikt worden. Vergelijk bijvoorbeeld ... het adjectief *vierkant*, dat in strikt wiskundige zin absoluut te noemen is, maar in de betekenis 'lijkend op een vierkant' relatief. In het laatste geval kan men bijv. zeggen:

Dit doosje is *vierkanter* dan dat daar.

(ANS 1997, p. 385–6.)

Een fraai voorbeeld van het onderscheid absoluut/relatief adjectief is het absolute adjectief 'gelijk', dat George Orwell als volgt parodieerde:

ALLE DIEREN ZIJN GELIJK
MAAR SOMMIGE DIEREN ZIJN
MEER GELIJK DAN ANDERE

De ironische, sarcastische of zelfs cynische strekking van dit aforisme uit de roman *Animal Farm* (Orwell 1945, p. 63) is zo evident dat opname daarvan in de Grondwet – in de vorm van “Alle mensen zijn gelijk, maar sommigen zijn meer gelijk dan anderen” – onmogelijk zou zijn.³

De toevoeging van 'wel-' aan 'bewust' maakt *welbewust* dus relatiever dan *bewust*, net zoals *goudschoon* relatiever is dan *schoon*. 'Goudschoon' geeft aan dat iets eigenlijk helemaal niet schoon is, maar dat alleen een kniesoor daarop let. Zo geeft ook 'welbewust' aan dat men zich eigenlijk helemaal niet zo bewust is geweest, maar dat men dat wel had moeten zijn: dat oordeel is de kern van de culpa – daarom is 'roekeloosheid' een vorm van culpa en niet van (voorwaardelijk) opzet. Het beoordelende moment in *welbewust* is complex en lastig in woorden te vangen; het bestaat eruit dat het risico evident zou zijn geweest als men de situatie enigszins tot zich had laten doordringen, maar dat dat besef *ten onrechte* geen kans heeft gekregen. Waarom het geen kans heeft gekregen – en dus ook niet heeft kunnen uitgroeien tot een volwaardig opzet of een volwaardige culpa – is meestal een gevolg van het feit dat men het niet in zijn imago vindt passen bang uitgevallen, teerblesnaard of fijngevoelig te zijn, kortom, de kenmerken te vertonen van een 'watje'. Die correctie van het imago – die niet te maken heeft met hoe men *is*, maar hoe men op anderen *overkomt* – is razendsnel en doorgaans onbewust: men is er zo op gebrand te laten zien 'een van ons' te zijn dat de aandacht voor risico's wordt onderdrukt (de casus van de piano, waarin het beroep op solidariteit alle scrupules overboord zet). Sterker

- 3 In deze zin wordt een absolute categorie relatief gebruikt. Iets is namelijk óf evident (vanzelfsprekend, zonneklaar) óf niet; iets kan niet zo evident zijn *dat* ..., net zomin als een tekst zo perfect kan zijn dat die geen verbetering meer behoeft.

nog, het roekeloze gedrag kan juist aantrekkelijk worden *doordat* men met het vertonen ervan – met name in het verkeer – kan laten zien dat men niet een van die lullo's is die als makke schapen aansluiten aan het eind van de file, die blijven wachten voor een rood verkeerslicht of die zich in hun voortgang laten ophouden door een slome voorligger.⁴

Dat is meteen de reden waarom een jurist die openstaat voor zijn intuïtie zal besluiten dat de eerste situatie er een is van roekeloosheid, maar de tweede juist niet:

Op het onderhavige gedeelte van de snelweg geldt een maximumsnelheid van 120 km p/u, een snelheid die de meeste automobilisten op de linkerbaan ook rijden. De automobilist achter de eerste drie wagens zint dit – in zijn ogen – 'slakkegangetje' niet, want blijkens zijn rijgedrag wenst hij zich niet te laten ophouden door slome voorgangers: hij gaat vlak achter hen rijden, terwijl hij luid claxonneert en met het grote licht knippert. De eerste twee auto's verschuiven ijlings naar de rechterbaan, maar nummer drie reageert anders. Die verhoogt zijn snelheid tot 140 km, in de hoop zo van de bumperklever af te komen. Dat gebeurt echter niet, want ook die verhoogt zijn snelheid. Door zijn onervarenheid is de bestuurder van no. drie echter niet gewend om zo snel te rijden, zodat hij een oneffenheid in het wegdek te veel corrigeert. Daardoor verliest hij de macht over het stuur en slaat over de kop. Als de brandweer zijn lichaam uit het wrak heeft gezaagd, blijkt de bestuurder reeds overleden.

En nu de tweede situatie:

Met haar twee kinderen op de achterbank brengt een moeder hen met de auto naar het kinderdagverblijf. Onderweg zitten de kinderen elkaar over en weer te treiteren, iets dat met veel geklier, gescheld en gejammer gepaard gaat. Om hen tot de orde te roepen, draait moeder zich geïrriteerd om naar haar kroost op de achterbank. Daarbij stuurt zij onbedoeld de auto wat te ver naar rechts, zodat haar voertuig terecht is gekomen op het gedeelte van de rijbaan dat – blijkens de roodachtige kleur van het asfalt – bestemd is voor fietsers. Zij merkt nog dat haar auto op het fietspad is gekomen, en draait zich daarom snel weer terug. Daarmee is ze echter al te laat: zij rijdt een fietser tegen het achterwiel, die daardoor komt te vallen en met zijn hoofd tegen de stoeprand slaat. Als de fietser naar het

4 Het verbazingwekkende is dat deze hele ingewikkelde constellatie, die vermoedelijk meer schakeringen bevat dan er kleuren zijn in een herfstbos (vgl. het citaat uit Chesterton in Naschrift Poging, p. 179), in één woord kan worden samengevat: *welbewust*.

ziekenhuis is gebracht, kan men slechts constateren dat de aanrijding hem fataal is geworden.⁵

De bumperklever werd zo afgeleid door zijn wens te weerleggen zo'n lullo te zijn dat het riskante van zijn rijden *ten onrechte* niet de kans heeft gekregen tot zijn bewustzijn door te dringen. Daarmee heeft hij welbewust risico's genomen, in de zojuist omschreven precieze betekenis van *welbewust*. Daarentegen hebben overwegingen omtrent haar imago in het geheel niet gespeeld bij de moeder: die raakte gewoon geïrriteerd en maakte dáárdoor een grove fout. De bumperklever kan dus vervolgd en veroordeeld worden wegens roekeloosheid, maar de moeder slechts wegens gewone culpa.

9.1.3 *Medeplegen van overtredingen*

Uit de eis van dubbel opzet bij medeplegen vloeit ook voort dat bij het medeplegen van overtredingen beide polen van het opzet aanwezig moeten zijn, hoewel bij het plegen daarvan dat opzet op geen enkele wijze met wettige bewijsmiddelen bewezen hoeft te worden: het is voldoende dat een rechter ervan overtuigd is dat (a) de participanten bewust hebben samengewerkt, en (b) bij hen sprake was van een minimaal bewustzijn, iets waar ze zich bovendien over en weer van elkaar bewust zijn geweest. Om te laten zien dat zo'n minimaal bewustzijn ook nodig is bij het medeplegen van overtredingen, had ik voor een studente die een scriptie wilde schrijven over 'deelneming aan culpose delicten en overtredingen' een casus gemaakt over een voorval dat me in de jaren tachtig van de vorige eeuw was overkomen. Omdat de casus autobiografisch is, zijn de oorspronkelijke namen van de participanten in stand gelaten; ik zal echter over Peter en Erik in de derde persoon praten. De casus gaat over het medeplegen van zwartrijden in de metro, een delict dat toentertijd als overtreding strafbaar was gesteld in de APV:

De 37-jarige Erik zit door een spierziekte in een rolstoel. Desondanks gaat hij geregeld met een vriend, de 35-jarige Peter, naar de nabijzijnde grote stad om daar boeken en cd's te kopen, en wat rond te kijken. Sinds Erik er een jaar geleden mee opgehouden is zelf een auto te besturen, doen ze dit op de volgende manier: Peter haalt met zijn auto Erik van diens huis op, rijdt naar het centrum van de stad, parkeert daar en gaat met Erik plus rolstoel de stad door. In de loop der tijd is het echter steeds moeilijker geworden de auto in het centrum te parkeren; de laatste keer konden ze die pas kwijt op vijf kilometer van het centrum. Dat was

5 Als een voorbeeld van 'gewone' culpa is deze casus ook gebruikt in Koopmans 2007, p. 98.

bepaald geen pretje, zo eind november en een temperatuur van maar enkele graden boven nul. Daarom stelt Peter deze keer een (deels) andere manier voor: “We gaan met mijn auto naar de rand van de stad, parkeren hem daar op het halflege parkeerterrein bij het metrostation en gaan met de metro het centrum in.” Zo gezegd, zo gedaan. Omdat beider ervaring met het openbaar vervoer dateert van hun middelbareschooltijd, verwachten ze dat er wel iemand zal komen om hun een kaartje te verkopen. Dat gebeurt echter niet, zodat zij, vóór ze het goed en wel beseffen, al op het perron staan. Op dat moment komt er ook nog een metro richting centrum aan, zodat beiden maar zonder kaartje instappen. Als de metro eenmaal rijdt, realiseert Erik zich dat ze aan het zwartrijden zijn; hij voelt dat er in zijn vriend Peter, die hij al bijna vijftien jaar kent, hetzelfde omgaat. Dat wil niet zeggen dat Erik zich druk maakt over een eventuele controle, want met zijn rolstoel kan hij zich overal wel uit kletsen. Als de metro echter in het centrum is aangekomen en ze zijn uitgestapt, kan hij het niet laten tegen Peter op te merken dat zwartrijden “toch wel erg gemakkelijk wordt gemaakt”, iets dat Peter beaamt.

De volgende keer dat ze naar de stad gaan, gaan ze weer met de metro. Nu heeft Peter zich kennelijk laten informeren over de te volgen procedure en stempelt hij op eigen initiatief het vereiste aantal strippen af bij de poortjes aan de ingang van het metrostation. En zo doen ze dat in het vervolg altijd.

Deze casus gaat een stap verder dan die in de proloog is geïntroduceerd. Daarin maken twee studiegenoten zich schuldig aan het medeplegen van een winkeldiefstal, hoewel ze niet van tevoren afspraken hadden gemaakt; in hun geval werd de deelnemingsrelatie gelegd door een “blik van een nanoseconde”, waaruit een wederzijds begrijpen voortvloeide (p. 200). In bovenstaande casus wordt niet eens een blik uitgewisseld, want het wederzijds begrijpen komt tot stand enkel en alleen doordat de medeplegers elkaar goed kennen; de opmerking van Erik na het zwartrijden is bedoeld om – ten overvloede – bevestigd te krijgen dat het gebeuren Peter niet ontgaan is. Opvallend aan de casus is voorts dat het minimaal bewustzijn bij Erik is uitgegroeid tot een volwaardig voorwaardelijk opzet op het zwartrijden: hij zit al te overwegen wat hij zal doen als hij betrapt wordt, en neemt aan dat hij zich er wel uit kan kletsen. (Dat voorwaardelijke opzet hoeft overigens nimmer te worden bewezen.)

De opvatting dat aan de vereisten voor medeplegen voldaan wordt zodra er bewust wordt samengewerkt, zou ik willen typeren als *autistisch*. Dat lijkt in eerste instantie een scheldwoord; die term wordt hier echter niet in zijn connotatieve maar in zijn denotatieve betekenis gebruikt. Zoals Baron-Cohen 1995 (aangehaald op p. 66 e.v. van Naschrift Opzet en Culpa) namelijk aangeeft, bestaat autisme uit een gebrekkige ontwikkeling of geheel ontbreken van een viertal mechanismen. Eén daarvan is een mechanisme dat hij de Gezamenlijke

Aandacht noemt. Daarbij moet de aandacht van een van de participanten niet alleen zijn gericht op een object of persoon buiten hen, maar de tweede participant moet dat ook weten. Zoals Baron-Cohen dat op p. 44 omschrijft, ziet de eerste stap in dat mechanisme er als volgt uit (de gebruikte notatie lijkt op eerste gezicht op algebra, maar is door zijn suggestie van ruimtelijkheid niettemin verhelderend):

[Mama ziet (ik zie de bus)]

of

[John ziet (ik zie het meisje)]

Als Peter en Erik op een zonnige zomerdag hun wandeling door de stad onderbreken door plaats te nemen op een van de terrasjes, is de kans groot dat ieders aandacht uitgaat naar het vrouwelijk schoon dat daar loopt te flaneren. Dat kan als volgt worden omschreven:

[Erik ziet (Peter kijkt naar de vrouwen)]

en eveneens

[Peter ziet (Erik kijkt naar de vrouwen)]

Bij de volgende stap ontstaat een echte triadische relatie tussen Peter, Erik en het flanerend vrouwelijk schoon. Daarvoor is nodig dat Peter en Erik van elkaar weten dat ze de vrouwen aan het bekijken zijn. Die triadische relatie kan – met gebruikmaking van dezelfde notatie – als volgt worden geformuleerd:

{[Erik ziet (Peter kijkt naar de vrouwen)] + [Peter ziet (Erik kijkt naar de vrouwen)]}

U ziet dat () is ingebed in [], dat op zijn beurt weer is ingebed in { }; daarom stelde ik hierboven dat die notatie een suggestie van ruimtelijkheid bevat.

Het leggen van zo'n triadische relatie gebeurt op een niveau waar de bewuste geest niet of nauwelijks toegang toe heeft (zie over de beperkte toegang tot informatie p. 45 e.v. van Proloog Opzet en Culpa). Daarom is een beschrijving in woorden zo moeizaam en ingewikkeld, en neemt zoveel tijd in beslag. Die complexiteit en tijdrovendheid zijn overigens niet meer dan een artefact van de *beschrijving* ervan in woorden, want het leggen van die relatie gebeurt razendsnel

en in een oogwenk, zoals ieder van u uit eigen ervaring weet. Die beperkte toegang voor de bewuste geest verklaart tevens waarom de taal zo'n ondergeschikte rol speelt bij het mechanisme van de Gezamenlijke Aandacht. Als namelijk Peter (of Erik) zou opmerken "Een truitje waarbij het hele middenrif bloot gelaten wordt, staat schitterend bij goed-geproportioneerde tienermeisjes, maar is afzichtelijk bij vrouwen die te dik of te oud zijn", is dat niet meer dan een indicatie dat de triadische relatie reeds aanwezig is. Maar ook zonder een dergelijke opmerking is de Gezamenlijke Aandacht al lang en breed op zijn plaats. Die ondergeschikte rol van de taal laat ook zien dat wat ik het "minimale bewustzijn" heb genoemd, meer dan genoeg is voor het leggen van een triadische relatie, hoewel zo'n bewustzijn volstrekt onvoldoende zou zijn om het opzet te bewijzen: daarvoor is nodig dat dat minimum uitgroeit tot een volwaardig opzet.

Het zal u duidelijk zijn dat veel van het gestelde in zowel proloog als naschrift begrepen kan worden in termen van (a) een individueel aanwezige schuldvorm (om beter aan te sluiten bij 'diadisch' en 'triadisch' zal ik dat hier het 'monadische' aspect noemen), (b) een diadische relatie tussen de medeplegers die bestaat uit hun samenwerking, en (c) een triadische relatie tussen de medeplegers en datgene wat ze beogen na te streven, iets dat *achteraf* kan worden aangemerkt als het plegen van een delict. Zo kan ook het dubbele opzet worden begrepen, al is het misschien niet zo verstandig het fenomeen van de deelneming te analyseren in 'talige' termen als dubbel opzet: die analyse suggereert een grotere toegankelijkheid voor de bewuste geest dan eigenlijk gerechtvaardigd is. Maar als we desondanks die analyse maken, is de ene pool van dubbel opzet, het opzet op het eigen handelen en op de samenwerking, respectievelijk het monadische en diadische aspect (het nabije opzet), terwijl de andere pool van het dubbel opzet – het verdergelegen opzet – ziet op het triadische aspect. In mijn optiek is dat triadische aspect essentieel voor het medeplegen: alleen een diadische relatie tussen de medeplegers is voor een echt *medeplegen* onvoldoende. Dat maakt de casus van Jut en Jel zo bijzonder. Immers, het monadische aspect is bij beiden in voldoende mate aanwezig (beiden hebben culpa), het diadische aspect is er eveneens (er wordt innig samengewerkt), maar het triadische aspect schittert door afwezigheid: zowel Jut als Jel wordt totaal verrast door het gevolg van hun samenwerking (de elektrocutie van Jels vrouw). Daarom wijken Jut en Jel af van de andere gevallen in het naschrift: in de casus van de piano die van zeshoog over het balkon wordt gewerkt en in het geval van het zwartrijden in de metro is het triadische aspect volop aanwezig, zij het niet in een geverbali-seerde vorm. Maar dat niet alles woordelijk wordt uitgespeld (of zelfs maar uitgespeld *kan* worden), doet er niet toe. Zoals we immers zagen over de

bescheiden rol van de taal bij de Gezamenlijke Aandacht, moet er op dit terrein meer in overweging worden genomen dan alleen datgene wat onder woorden is gebracht. Ook een jurist is tot die wijdere blik in staat: juristen zijn tenslotte geen autisten. (In het vervolg van dit naschrift wordt niet meer gesproken over diadische en triadische relaties maar doorgedaan in gewoon Nederlands; ik wil u echter niet onthouden waarom de opvatting dat medeplegen ook zonder triadische relatie mogelijk is, als autistisch wordt aangemerkt.)

Uit de drie voorgaande subparagrafen mag geconcludeerd worden dat het bezien van de eis van dubbel opzet als metafoor en niet langer als letterlijke eis, twee tegengestelde effecten heeft op de omvang van de strafbaarheid. Enerzijds wordt die uitgebreid, omdat het niet meer nodig is op zoek te gaan naar een vorm van opzet: een gezamenlijk minimaal bewustzijn volstaat. Anderzijds wordt de strafbaarheid ingeperkt, omdat het gezamenlijke minimale bewustzijn steeds aanwezig moet zijn: als dat er niet is, wordt er niet medegepleegd, ook al is er nog zo intensief samengewerkt.

Laat ik tot slot wat speculeren. Een intrigerende vraag is of het minimale bewustzijn niet dicht aanligt tegen de passieve en gelaten variant van het voorwaardelijk opzet. Zoals bij de bespreking van de hiv-arresten in Naschrift Opzet en Culpa (p. 79) al is gesteld, is die variant niet voldoende om poging tot een opzettelijk gepleegde zware mishandeling (art. 302 Sr) aan te nemen; de variant zou echter wel volstaan om verdachten te veroordelen wegens poging tot zware mishandeling door schuld (art. 309 Sr). Dat laatste is volgens mij precies wat er in die zaken aan de hand was: de mannen waren er weliswaar niet op uit hun besmetting (waarvan ze op de hoogte waren) over te dragen, maar blijkens hun stilzwijgen voelden ze wel 'nattigheid'. Ook in andere gevallen zou het minimale bewustzijn kunnen volstaan voor voornemen bij de poging tot een culpoos delict. Neem bijvoorbeeld de motorrijder die roekeloos door een woonwijk rijdt (de echte roekeloosheid, en niet die van de MvT). Als op een haar na een kind wordt doodgereden, zou een vervolging wegens poging tot dood door schuld zo gek nog niet zijn. De beslissing dat minimaal bewustzijn *in zijn algemeenheid* ook zou volstaan voor voornemen bij de poging tot een culpoos delict, heeft echter gigantische – en deels onvermoede – implicaties. Daarom wil ik het vooralsnog laten bij het 'spelen met een gedachte' zonder die om te buigen tot een aanbeveling of voorstel.

9.2 Poging tot medeplichtigheid

Aanleiding voor deze paragraaf is mijn ervaring als begeleider van studenten bij een casus voor het onderdeel strafrecht van het vak Oefenrechtbank. Bij die begeleiding werd duidelijk dat sommige studenten klakkeloos afgaan op een abstracte uitspraak in een handboek zonder te kijken wat er in concreto aan de hand is. Dat kwam naar voren uit hun reacties op een casus over medeplichtigheid bij een overval op een juwelier. De kern van deze casus kan als volgt worden weergegeven:

Joop en Marcel zijn van plan samen een juwelier te overvallen. Aangezien die is gevestigd aan een drukke winkelstraat in het bochtige centrum van de stad, hebben ze een snelle vluchtauto en een kundig chauffeur nodig. Marcel kent wel iemand: zijn vriend Clinton, die taxichauffeur is en in een vierdehands BMW rijdt. Met Clinton spreken ze af dat die hen voor 10% van de opbrengst met de BMW van de te overvallen zaak naar huis zal scheuren.

Terwijl Joop en Marcel op de afgesproken ochtend bezig zijn met hun overval, staat Clinton met draaiende motor voor de zaak. Plotseling begint de motor van de BMW te sputteren en slaat af. "Shit, vergeten te tanken!" Net op dat moment komen Joop en Marcel met de buit de zaak uit rennen. Met gebaren maakt Clinton hun duidelijk dat hij hen niet rijden kan, zodat ze zich te voet uit de voeten maken. (Als de casus-Clinton Wiersma is deze, in de vorm van vier processen-verbaal, opgenomen in de bijlagen bij dit proefschrift, p. 326 e.v.)

In deze casus kan Clinton niet worden veroordeeld voor *voltooide* medeplichtigheid, want datgene wat afgesproken is (het naar huis rijden van Joop en Marcel) vindt niet plaats doordat de benzine van de vluchtauto op is. De vraag is dan ook of Clinton veroordeeld kan worden wegens *poging* tot medeplichtigheid. Een aantal studenten reageerde op deze vraag met de mededeling dat in de boeken uitdrukkelijk stond dat poging tot medeplichtigheid niet strafbaar was. Tegenover studenten die deze mening in hun onderzoeksnotitie naar voren brachten, werd aangegeven dat abstracte uitspraken in boeken alleen betekenis hebben voor de situatie die men bij het doen van zo'n uitspraak voor ogen heeft. Als men zegt dat een poging tot medeplichtigheid niet strafbaar is, kan men namelijk drie uiteenlopende situaties voor ogen hebben, die langs een tijdlijn kunnen worden uitgezet.

- 1 De eerste is er een waarin een *echte* poging tot medeplichtigheid plaatsvindt. Dat zijn de gevallen waarin de medeplichtigheidsrelatie niet eens tot stand komt. Als de hoofddader bijvoorbeeld een gewapende overval wil gaan plegen, kan de would-be medeplichtige hem mededelen: "O, maar dan heb ik wel een pistool voor je. Zal ik dat even gaan halen?" De hoofddader zou nu kunnen opmerken:

“Je denkt toch niet dat ik een overval ga plegen met een echt pistool? Nee hoor, dat is me veel te link. Een alarmpistool is voor mij genoeg: dat is ook geschikt iemand te dwingen geld af te geven. Je hoeft dus geen moeite te doen.” Dat geval, waarin het aanbod tot medeplichtigheid wordt afgeslagen, is inderdaad een niet-strafbare *poging* tot medeplichtigheid.

- 2 De tweede situatie is er een die *geldt als* een poging tot medeplichtigheid, en die ook niet strafbaar is. Dat is er een waarin de medeplichtigheidsrelatie wel gelegd wordt, maar het gronddelict niet plaatsvindt. Een voorbeeld is dat de hoofddader ingaat op het aanbod tot medeplichtigheid (“OK, haal dat pistool maar even”), maar waarin hij, als het pistool bij hem afgeleverd is en hij zijn voornemen nog eens de revue laat passeren, bedenkt dat het meenemen van een echt pistool toch wel linke soep is, en de overval dan maar afblaast. Ook dit geldt als een poging tot medeplichtigheid: om medeplichtig te zijn, moet je ergens medeplichtig *aan* zijn, en hier gaat het gronddelict helemaal niet door (dit is de casus van HR 15 juni 1965, NJ 1966, 145 (Zuringzout), een arrest dat door sommige schrijvers wordt besproken als een geval van de niet-strafbare *mislukte* medeplichtigheid).

Overigens, als het gronddelict wel door zou gaan, maar in een vorm waarbij de medeplichtige in het geheel niet betrokken is (de overval gaat wel door, maar zonder dat er gebruik wordt gemaakt van het pistool – de hoofddader neemt een alarmpistool mee), is de medeplichtige niet medeplichtig aan een gronddelict *waarbij zijn medeplichtigheid een rol heeft gespeeld*.

- 3 De derde situatie is er een waarin de poging tot medeplichtigheid in beginsel strafbaar is. Dat is een situatie waarin (a) de medeplichtigheidsrelatie gelegd is, (b) het gronddelict, of een strafbare poging daartoe, plaatsvindt in een vorm waarbij de medeplichtige betrokken is, maar (c) de medeplichtigheid *zelf* niet voltooid wordt. In dat geval is de medeplichtigheid strafbaar mits er een begin van uitvoering mee is gemaakt en er geen vrijwillige terugtred is. De casus-Clinton voldoet aan al die eisen: voor wat betreft (a) heeft Clinton niet eens een aanbod hoeven doen, maar is hij door de anderen gevraagd; wat (b) betreft is het gronddelict, exact in de vorm zoals afgesproken, niet alleen begonnen maar zelfs voltooid; en is (c) ten slotte ook geen probleem, want Clinton heeft al een begin van uitvoering gemaakt: hij heeft – vóór de auto (tegen zijn wil) begon te sputteren en af te slaan – al met draaiende motor bij de bank gestaan. Wie met een beroep op het Zuringzout-arrest stelt dat deze poging tot medeplichtigheid niet strafbaar is, verzuimt te zien dat het feitelijk gebeuren van de casus-Clinton onder de derde situatie valt en niet onder de tweede.

9.3 Restant uit proloog

Vóór de beslissingen uit 2002 omtrent het medeplegen door een gebrek aan distantie heeft dit gebrek ook al een (impliciete) rol gespeeld bij een andere vorm van deelneming, te weten de *medeplichtigheid*. In HR 12 december 2000, NJ 2002, 516 kwam namelijk een geval aan de orde dat door annotator Knigge als volgt werd samengevat:

De verdachte woont met twee andere mannen ('honden-Peter' en 'slome Peter') in één huis. Slome Peter wordt door de verdachte regelmatig mishandeld. Op een gegeven moment bewerkt de verdachte slome Peter dusdanig met een stuk van een houten trapeuning dat deze 'absoluut' niet meer kan lopen. Ongeveer twee weken later zit slome Peter zwaargewond op het toilet. Er is overal bloed. Het lijkt erop dat het slachtoffer opnieuw is mishandeld (door de verdachte of door honden-Peter?), maar de bewijsmiddelen geven daarover geen uitsluitsel. Duidelijk is wel dat slome Peter steeds harder en 'wolfachtig' huilt om hulp. Omdat de verdachte daar 'gek' van wordt, trekt hij zich terug in de woonkamer en draait daar de stereo open. Na middernacht komt honden-Peter dronken thuis. Hij trapt slome Peter dood, naar hij later zei omdat hij zich "irriteerde aan" het gekerm en daarvan niet kon slapen. Verdachte ziet het allemaal gebeuren, maar grijpt niet in.

In deze zaak was verdachte door het hof veroordeeld wegens passieve medeplichtigheid aan doodslag, een veroordeling die de Hoge Raad in stand liet.

Eén moeilijkheid bij het beoordelen van deze zaak is dat uit het arrest weinig blijkt omtrent de relatie tussen de drie mannen. Het enige wat de AG vermeldt is dat de verdachte door slome Peter werd verzorgd omdat verdachte geen uitkering meer had en dat honden-Peter bij hen in huis woonde. Wellicht betreft het een geval waarin weldoener/slachtoffer een morele superioriteit ontleent aan het feit dat hij in staat is een ander te helpen, iets dat bij de hulpontvanger tot een zekere wrok kan leiden; als deze situatie lang genoeg voortduurt, kan een en ander op de geschetste wijze exploderen. Maar bij gebrek aan nadere informatie is dat maar speculeren.

Hoe dan ook, de raadsman van verdachte had tegen deze veroordeling beroep in cassatie ingesteld. Het cassatiemiddel stelde dat verdachte ten onrechte was veroordeeld omdat er op hem geen zorgplicht (*Garantenstellung*) had gerust. Daarmee sloot de raadsman aan bij een al oude lijn in de jurisprudentie waarbij men alleen medeplichtig door nalaten kan zijn als men door die nalatigheid een zorgplicht schendt (vgl. HR 21 februari 1921, NJ 1921, 465). Dat type arresten gaat niet alleen over de nachtwaker die met opzet zijn ronde achterwege laat teneinde zijn kompanen de kans te geven een auto te stelen (proloog p. 219),

maar ook aan de moeder die zonder in te grijpen toelaat dat haar dochter door moeders nieuwe vriend wordt mishandeld, of aan de ingehuurde oppas die de buurjongen de gelegenheid geeft zich aan het kind te vergrijpen omdat zij zich niet heeft kunnen losrukken van een tv-uitzending. In dergelijke gevallen wordt er een door wet of overeenkomst opgelegde zorgplicht geschonden, zodat alle drie kunnen worden aangemerkt als medeplichtige door nalaten aan respectievelijk een diefstal, een mishandeling en een seksueel delict.

De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep en oordeelde dat het hof verdachte terecht had veroordeeld wegens passieve medeplichtigheid aan doodslag. De raad kwam tot dat oordeel omdat de omstandigheden van dit geval dermate extreem waren dat het evident was dat op verdachte een rechtsplicht tot ingrijpen was komen te rusten, zodat hij, door zich terug te trekken op zijn kamer en de stereo op tien te zetten, opzettelijk gelegenheid had gegeven tot doodslag. En daarmee had hij zich schuldig gemaakt aan medeplichtigheid. Weliswaar lichtte de raad twee aspecten uit de situatie (a. verdachte wist dat slome Peter volstrekt weerloos was en b. door zijn voorafgaande mishandelingen had hij zelf het nodige bijgedragen aan diens weerloosheid), maar verhief die aspecten niet tot criterium waarmee aangegeven kon worden in welke gevallen er een rechtsplicht tot ingrijpen ontstond.⁶ Dat betekent dat zich nog andere situaties kunnen voordoen waarin de medeplichtigheid door nalaten strafbaar is. Het zou me bijvoorbeeld benieuwen wat de Hoge Raad zou beslissen in onderstaande zaak, waarin het culpa in causa-achtige element ontbreekt dat hierboven onder b. is omschreven:

Honden-Peter (*nomen est omen*) en verdachte behoren beiden tot de top van de Organisatie, een drugssyndicaat; verdachte woont in een huis dat aan de Organisatie toebehoort en waarvan Peter één kamer gebruikt. Binnen die Organisatie is Peter belast met het waarschuwen en bestraffen van bendeleden die niet helemaal in de pas lopen. Daarvoor heeft hij een probaat middel ontwikkeld: in bedoelde kamer heeft hij een grote kooi gebouwd waarin niet-conforme bendeleden één voor één worden opgesloten. Vervolgens laat honden-Peter ook twee door hem afgerichte rottweilers in de kooi, die hij het commando geeft "Pak ze!" Als hij het bij een waarschuwing wil laten, roept hij de honden terug voordat ze het bendelid hebben aangevallen; als hij over wil gaan tot bestraffing, laat hij het slachtoffer door de honden verscheuren. Op een avond heeft Peter weer een man in de kooi opgesloten en de honden erbij gelaten. Om niet te worden gestoord door het geblaf van de honden en de angstschreeuwen van het slachtoffer, heeft verdachte zich onder het motto 'Dat zijn mijn zaken niet' teruggetrokken in zijn kamer en

6 Annotator Knigge acht het significant dat de Hoge Raad niet meer praat over "zorgplicht", maar alleen nog over een "rechtsplicht tot ingrijpen".

is, met in de cd-speler de Negende van Beethoven, de partituur van die symfonie gaan lezen.

Indien het slachtoffer door de honden wordt verscheurd, heeft verdachte zich dan schuldig gemaakt aan passieve medeplichtigheid aan de door honden-Peter gepleegde moord en zo ja, waarom? (Als de casus-Joseph Braambos is deze, in de vorm van vier processen-verbaal, opgenomen in de bijlagen bij dit proefschrift, p. 335 e.v.)

Ik ben geneigd deze vraag met ja te beantwoorden; voorwaarde voor een bevestigend antwoord is dat verdachte in staat is geweest in te grijpen. Dat hangt vooral af van de relatie tussen hem en honden-Peter. Ingrijpen door verdachte zou niet mogelijk zijn geweest als hij doodsbang voor honden-Peter was en niet tegen hem had durven ingaan omdat hij bang was dat Peter dan zijn honden op hém zou loslaten. Dat was het echter wel geweest als de twee een gelijkwaardige positie in de Organisatie hadden ingenomen of verdachte een hogere status had gehad dan honden-Peter: dan had hij Peter op andere gedachten kunnen brengen zonder zelf veel risico te lopen. Op deze wijze bezien gaat het argument van non-distantie ook hier een rol spelen: als verdachte zich had kunnen distantiëren, was er voor hem een rechtsplicht tot ingrijpen ontstaan; als hij dat niet had gekund, was er ook geen rechtsplicht ontstaan. In dat laatste geval was verdachte *niet* medeplichtig aan de moord geweest, in het eerste wel.⁷

9.4 Meerwaarde van intuïtieve benadering

Bij Naschrift Deelneming is het contrast tussen de intuïtieve en de intellectuele benadering scherper dan bij alle andere naschriften. Dat komt doordat het juridische fenomeen van de deelneming een intermenselijke relatie veronderstelt.

9.4.1 *Analoog/digitaal*

Onderwerpen als het aangaan, onderhouden en verbreken van zo'n relatie zijn bij uitstek het domein van analoge communicatie, terwijl het digitale intellect met dergelijke onderwerpen slechts moeizaam uit de voeten kan (zie het schema analoog/digitaal op p. 9 van de Algemene inleiding). Enerzijds brengt dat met

7 In het kader van het vak Oefenrechtbank is ook deze casus aan studenten voorgelegd. De raadsman van verdachte bleek veel gewicht toe te kennen aan het feit dat zijn cliënt niets had bijgedragen om het slachtoffer in een weerloze positie te brengen, hét grote verschil met de oorspronkelijke casus van honden-Peter. Daarentegen leunde het OM in hoge mate op de gruwelijkheid van de zaak. Welk aspect zal prevaleren, is voor mij de vraag: daarom vroeg ik me in het voorgaande af hoe de Hoge Raad over deze zaak zou oordelen.

zich dat een juridisch begrip als ‘dubbel opzet’ moet worden beschouwd als een digitale metafoor voor een analoog inzicht: zo wordt “het opzet van de medeplegers moet zijn gericht op ...” omgezet in “de medeplegers moeten in de gaten hebben dat ...”. Anderzijds betekent de onvoldoende equipage van juridische begrippen dat de materie van de deelneming beter kan worden geanalyseerd aan de hand van een analyse-instrument dat een grotere plaats inruimt voor het analoge. Een goede kandidaat daarvoor is het instrumentarium dat wordt gebruikt bij het onderzoek naar autisme en aanverwante syndromen; dat analyseert die verschijnselen niet in “de taal van het verstand”, maar in “de taal van de ogen” (vgl. de tegenstelling *zintuigen/beschrijvende taal* in genoemd schema). Een voorbeeld is het mechanisme van de Gezamenlijke Aandacht, dat veel beter rechtstreeks benaderd kan worden dan langs de ‘talige’ omweg van de gemeenschappelijkheid van het opzet.

Naschrift Deelneming kan het best worden begrepen als een continue demonstratie van de intuïtie-in-actie, die zijn beslag vindt aan de hand van een keur aan casussen, variërend van het van zeshoog naar beneden werken van een piano, via twee klussende buurmannen, zwartrijden in de metro, de vluchtauto zonder benzine, tot en met een gruwelijke executie. Omdat primair vooropstond te laten zien hoe de intuïtie werkte, is er weinig aandacht besteed aan de vraag of deze intuïtieve benadering kan worden gecombineerd met het juridische instrumentarium van de deelneming, en zo ja, hoe dan. Desalniettemin spreekt vanzelf dat in de casussen die een illustratie zijn van het medeplegen van een culpoos delict (de piano van zeshoog) of een overtreding (het zwartrijden in de metro), de constructie van het medeplegen niet per se nodig is, omdat de participanten ook al kunnen worden vervolgd wegens het zelfstandig begaan van die delicten. Dat maakt het aspect van het medeplegen grotendeels *for the sake of the argument*. Voorts zal het medeplegen pas bewezen kunnen worden als bijvoorbeeld uit een citaat van verdachte(n) naar voren komt dat de Gezamenlijke Aandacht al lang en breed op zijn plaats was; weliswaar is dan het exacte moment waarop de aandacht gezamenlijk werd reeds voorbij, maar dat moment is vrijwel onmogelijk te identificeren, laat staan met wettige bewijsmiddelen aan te wijzen. Op het terrein van de deelneming moet de jurist dus noodgedwongen achter de feiten aan lopen: de deelneming-zelf vindt plaats in *real time*, de juridische analyse daarvan in *virtual time*.

9.4.2 Medeplegen van culpose delicten

Uit het onderzoek naar het medeplegen van culpose delicten kwam naar voren dat culpose delicten ook kunnen worden medegepleegd als de culpa eruit bestaat

dat wordt ingegaan tegen evolutionair verankerde angsten, zodat eenieder die ervaart indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven. Het feit dat de medeplegers zo'n angst koesteren, is voor ieder van hen over en weer kenbaar, zodat dan een triadische relatie kan ontstaan tussen enerzijds de medeplegers onderling en anderzijds het risico waar zij zich aan blootstellen.

Uit het onderzoek naar de roekeloosheid bleken de oude, evolutionair verankerde angsten wederom een centrale rol te spelen. De roekeloosheid is een vorm van culpa en niet van opzet, zodat de dader zich op een of andere manier onbewust moet zijn geweest van de risico's; als evolutionair vastgelegd hadden die echter zo voor de hand gelegen dat hij die bij enige reflectie had beseft. Dat gebrek aan reflectie doet zich voornamelijk voor als overwegingen omtrent de indruk die hij op anderen zal maken, gaan prevaleren boven eventuele risico's. In dat geval neemt hij *welbewust* risico's: hij was zich er weliswaar niet van bewust, maar dat was hij wel geweest als hij niet zo in beslag was genomen door zijn imago. Naschrift Deelneming contrasteert dan ook twee voorbeelden, een van de geïrriteerde moeder die zich omdraait naar haar klierende kroost op de achterbank, even niet oplet en daardoor een fietser doodrijdt, en een van de bumperklever die dodelijk letsel veroorzaakt. In het eerste geval speelt het imago op geen enkele wijze, zodat er niet meer is dan gewone culpa; in het tweede ligt het anders: daar speelt het imago de hoofdrol, wordt het bewustzijn van evidente risico's weggedrukt en is er wel degelijk roekeloosheid.

De combinatie van beide onderzoeken resulteert erin dat met roekeloosheid begane culpose delicten kunnen worden medegepleegd mits de medeplegers een gedeeld minimaal bewustzijn hebben. Dat betekent dat Jon van Stralen, de verdachte uit de Algemene inleiding (p. 2) die samen met een maatje stenen had gegooid naar auto's die onder een viaduct door reden, kan worden veroordeeld wegens medeplegen van dood door schuld op de bestuurster van de Daewoo. Omdat het niet *zijn* steen was die het fatale gevolg had veroorzaakt, lijkt de constructie van medeplegen noodzakelijk om hem bij de dood van de vrouw te betrekken. In tegenstelling tot de hierboven genoemde gevallen is die constructie in deze casus dus verre van frivool!

9.4.3 *Link met huidige jurisprudentie*

In 2006 is het Minerva-arrest gewezen (HR 31 oktober 2006, NJ 2007, 79), waarin verdachte veroordeeld was wegens het medeplegen van het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel door schuld (art. 308 Sr). Het meest opmerkelijke aan dit arrest is dat nagenoeg niemand iets opmerkelijks constateert: noch een van de cassatiemiddelen, noch de Hoge Raad (al dan niet ambtshalve), noch de

A-G geeft aan dat het medeplegen van een culpoos delict niet mogelijk is vanwege de eis van dubbel opzet. De casus van dit arrest wordt door annotator Keijzer als volgt samengevat:

In de Leidse sociëteit Minerva vindt onder een groep studenten het zogeheten leestafelzooien plaats. Volgens mos moet het zittende bestuur trachten te voorkomen dat de leestafel buiten geraakt; wanneer het dat niet kan beletten, moet het aftreden. Onder aanvoering van onder anderen de verdachte in deze zaak sjouwen ca. 30 deels door alcohol benevelde studenten de leestafel, een groot [5 m lang] en zwaar [1000 kg] meubel, met verenigde krachten de trap af en in de richting van een nooduitgang, en rammen ermee tegen de deuren. Een der bestuursleden, bevreesd dat hij door de leestafel zal worden geraakt, probeert dan zich in veiligheid te brengen door tussen de leestafel en de deuren heen te glippen. Hij is echter niet snel genoeg en wordt door het naderende gevaarte getroffen. Daarbij breken zijn beide polsen.

Na als vrijwel enige te hebben opgemerkt dat deze zaak een zeldzaam voorbeeld is van het medeplegen van een culpoos delict, vervolgt de annotator met een analyse die naadloos aansluit bij die van minister Modderman in de casus van de bouwvakkers die tezamen een zware balk laten vallen, waardoor een toevallig onderlangslopende passant dodelijk getroffen wordt. In navolging van die analyse stelt Keijzer dat het opzet van de participanten niet gericht hoeft te zijn op het gevolg van hun gezamenlijke handelen. In het naschrift is betoogd dat deze tweede pool van het dubbel opzet weliswaar niet hoeft te worden gezien als een ‘echt’ opzet, maar dat het voldoende is dat de participanten over en weer in de gaten hebben gehad dat dit gevolg van hun gezamenlijke handelen zeer wel mogelijk was geweest. Uit de objectieve beschrijving van de casus blijkt al onmiddellijk dat het onderhavige gezeul met een vijf meter lange en duizend kilo zware tafel dermate riskant is dat de deelnemers de mogelijkheid van zwaar lichamelijk letsel – of erger – voor de geest moet hebben gestaan (en wellicht is dit ‘minimaal bewustzijn’ bij sommigen reeds uitgegroeid tot een volwaardig voorwaardelijk opzet – “Als het misgaat, *soit*”). Daarmee lijkt de casus van het leestafelzooien sterk op die van de piano die van zeshoog over het balkon wordt gewerkt; daarin is het gedeelde minimaal bewustzijn voldoende voor een veroordeling wegens het medeplegen van een culpoos delict. Wat het minimaal bewustzijn betreft lijkt de leestafelcasus echter geenszins op die van de twee klussende buurmannen waardoor als gevolg van hun samenwerking de vrouw van een van hen wordt geëlektrocuteerd; daarin maakt het ontbreken van een minimaal bewustzijn dat medeplegen zo goed als onmogelijk. Anders gezegd: in het geval van de buurmannen is de culpa ‘gewoon’ en is medeplegen van een

culpoos delict onmogelijk; in het geval van de piano bestaat de culpa uit roekeloosheid, en een van de conclusies van het naschrift is dat gevallen van roekeloosheid kunnen worden medegepleegd. Dat betekent dat de Minervacusus, als een geheid geval van roekeloosheid, toch niet zo bijzonder is: in die zaak kan het culpose delict worden medegepleegd omdat voldaan is aan de als metafoor opgevatte eis van dubbel opzet.

10 Proloog Corporaties

Aan het begin van Proloog Causaliteit stipte ik aan dat ons mens- en wereldbeeld wordt gekenmerkt door een dualisme. Bij de causaliteit manifesteerde dat dualisme zich in een weliswaar vervreemdende, maar nog betrekkelijk onschuldige kloof tussen enerzijds het individu en anderzijds de *Umwelt* en *Mitwelt*. Bij het daderschap wordt het evenwel een stuk venijniger: hierin is de *Eigenwelt* – het individu zelf – aan de beurt.

Gelukkig komt de kloof tussen lichaam en geest meestal slechts zijdelings aan de orde, maar ongelukkig genoeg staat die centraal in het onderwerp van deze proloog: het (corporatieve) daderschap. De strafrechtelijke dogmatiek zag de kern van het daderschap namelijk in de ego-gestuurde of “gewilde spierbeweging”, zoals Van Hamel het uitdrukte. Om een en ander goed over het voetlicht te krijgen, moet ik de materie in een wat ruimer kader plaatsen.

10.1 Naturalistisch daderschap

10.1.1 *Ego-epistemologie*

In de *Eigenwelt* uit het dualisme zich in een splitsing tussen het onbewuste lichaam en de bewuste geest (die bewuste geest wordt ook wel ‘ego’, ‘self’ of ‘ik’ genoemd), waarbij de ego geacht wordt het lichaam te beheersen vanuit een meet- en regelcentrum in het hoofd, ergens achter de ogen en tussen de oren. Een voorname functie van die ego ligt in het beoordelen van de stroom indruk-

ken die via de vijf zintuigen tot ons komt (zien, horen, ruiken, proeven en tasten). Dat is echter niet het enige: waar nodig onderneemt de ego actie. Dat doet hij (of zij – de ego wordt als geslachtsgebonden ervaren) door bewegingen te willen en die wil vervolgens uit te voeren door het sturen van commando's naar de spieren. Al die activiteiten maken van de ego een drukbezet baasje/bazinnetje, dat vrijwel onafgebroken zit te willen, denken, redeneren, taxeren, calculeren en commanderen. Vandaar René Descartes' befaamde dictum *Cogito, ergo sum* – "Ik ben actief, dus ik besta."¹

Normaliter leidt dit dualisme een sluimerend bestaan, waar we weinig hinder van ondervinden. Dat wordt anders als er iets misgaat, bijvoorbeeld doordat we nog steeds roken, te veel (of juist te weinig) eten, ons niet kunnen concentreren, last hebben van slapeloosheid, wat te vaak onze toevlucht nemen tot drugs of alcohol, et cetera. Dan gaan we die kwalen bestrijden door het mobiliseren van de ego met zijn 'wilskracht'. Wat er daarbij precies gebeurt – en of dat werkt – is vers twee, maar in ieder geval is er van buitenaf iets zichtbaar: we trekken een vastberaden gezicht, fronsen de wenkbrauwen, klemmen de kiezen op elkaar, steken de onderkaak vooruit en nemen een Besluit: "En nu is het afgelopen. *Ik* ben tenslotte de baas hier!"

I am the master of my fate
I am the captain of my soul²

Zo'n besluit gaat doorgaans gepaard met een reeks goede voornemens, die evenwel voornamelijk doen wat het spreekwoord al zegt: ze plaveien de weg naar de hel. Die hel bestaat dan uit een gemoedstoestand waarin de ego de rest van de geest beloert en bewaakt met een knuppel: "We hadden toch afgesproken dat ...", "Je zou toch niet meer denken aan ...", gevolgd door een inwendig pak slaag. Op die wijze resulteert de illusie van Descartes niet in het oplossen van problemen, maar in een mentale burgeroorlog.

10.1.2 *Alomtegenwoordigheid*

De ego-epistemologie, die ik omwille van de herkenbaarheid wat badinerend beschreven heb, is in onze cultuur alomtegenwoordig. Niet alleen ons dagelijks

1 In 2.1.4 van Proloog Opzet en Culpa (p. 45 e.v.) is de ego-epistemologie op een wat andere wijze benaderd: daar is de tegenstelling bewust-onbewust geanalyseerd in termen van *toegang tot informatie*.

2 William Ernest Henley, *Invictus*.

leven wordt erdoor beïnvloed, ook grote delen van de (sociale) wetenschap zijn ermee besmet. Bezie maar eens de volgende passage uit het werk van de Amerikaanse econoom Thomas Schelling. Daarin laat hij zien hoe rationeel de consument is waar de economie zo hoog van opgeeft:

Hoe moeten we ons die rationele consument voorstellen, die we allemaal kennen en die sommigen van ons ook zijn, de consument die walgend van zichzelf zijn sigaretten door de wc spoelt met plechtige belofte dat hij ditmaal zijn kinderen niet meer het risico wil laten lopen dat hun ouder aan longkanker overlijdt, en die drie uur later op straat rondzwerft op zoek naar een winkel die nog open is om daar sigaretten te kopen; de consument die een calorierijk middagmaal nuttigt in de weet dat hij daar spijt van krijgt, daar ook spijt van krijgt, niet begrijpt hoe hij zich zo heeft kunnen laten gaan, zich voorneemt het goed te maken met een caloriearm avondmaal, een calorierijk avondmaal nuttigt in de weet dat hij daar spijt van krijgt, en daar ook spijt van krijgt; de consument die voor de tv blijft plakken in de weet dat hij morgenvroeg zwetend wakker zal worden omdat hij zich niet heeft voorbereid op de ochtendbespreking waarvan zoveel van zijn carrière afhangt; de consument die het uitstapje naar het pretpark bederft door in woede uit te barsten als zijn kinderen doen wat hij wist dat ze gingen doen toen hij zich voornam niet in woede uit te barsten als ze het deden? (Schelling 1984, p. 59.)

Hoewel Schelling nergens in dit citaat de ego noemt, is het nu juist die gemoedstoestand die hij zo tragikomisch beschrijft: hoe meer de ego zich aanmatigt de dictator over het lichaam te zijn, des te meer hij te maken krijgt met weerstand en tegenwerking. Die tegenwerking kan – zie zijn voorbeeld van de consument die per se wil afvallen – zelfs uitmonden in een regelrechte sabotage van de usurpator.

10.1.3 *Cultureel contrast*

Het nonsensicale karakter van de ego-epistemologie wordt belicht in oosterse filosofieën als boeddhisme en taoïsme, waarvan de laatste wordt beschreven in Smullyan 1977 en Needham 1956.³ Onder het motto

- 3 Wederzijdse beïnvloeding van het Indiase boeddhisme en het Chinese taoïsme leidde tot het Japanse zen-boeddhisme. Een uiteenzetting omtrent deze ogenschijnlijk bizarre (non-)filosofie vindt u in Watts 1957, een boek dat door zijn intellectuele benadering van het onderwerp uitstekend dienst kan doen de eerste koudwatervrees weg te nemen. Voor het echte werk moet u bij Osho Rajneesh zijn; zie bijvoorbeeld zijn toespraken over (en naar aanleiding van) zen-meesters als Dōgen, Hyakujō, Isan, Jōshū, Ma-tzu, Nansen en Rinzai (Rajneesh 1988b en 1989a–f).

Those who speak do not know
those who know do not speak

behandelt het taoïsme zijn thema's niet aan de hand van abstracte en theoretische uiteenzettingen, maar neemt het zijn toevlucht tot concrete en praktische anekdotes en verhalen. Op het eerste gezicht zijn die verrukkelijk nuchter en parodistisch getint; op het tweede blijken die een onverwachte diepgang te hebben. Daarom kan ik het niet nalaten u het verhaal omtrent tuinder Kuo voor te leggen. Eerst geef ik echter het vermoeden van Needham weer over de herkomst van beide zo uiteenlopende mens- en wereldbeelden (toevoegingen tussen () zijn van Needham, die tussen [] van mij):

Waarom verschillen de oosterse en westerse concepties over orde en regelmaat in de natuur zo van elkaar? [In de westerse conceptie is die afhankelijk van een goddelijke wetgever; in de oosterse komt orde en regelmaat van binnenuit.] Dat zou weleens samen kunnen hangen met waar mensen dagelijks mee omgaan: met dieren [Palestina] of met planten [China]. Herders voeren een actief bevel over hun kudde en brengen die naar plaatsen waar iets te eten valt; zo ontstaat de voorstelling van God als een goede herder die zijn kudde naar grazige weiden leidt. De zeevaart [Middellandse Zee; West-Europa] versterkt deze bevelspsychologie alleen, want de veiligheid aan boord van een schip vereist een onvoorwaardelijke gehoorzaamheid van alle opvarenden aan de kapitein. Vandaar dat het idee van de wetten der natuur wellicht is afgeleid van de heerschappij van herders en kapiteins. Heeft men daarentegen te maken met planten zoals in overwegend agrarische samenlevingen [China], dan veranderen de psychologische omstandigheden drastisch. Hoe minder de boer zich met de groei van zijn gewassen bemoeit, des te beter het dikwijls is. Tot de oogst komt hij er niet aan, zodat de gewassen hun eigen *tao* [= aard, natuur] kunnen volgen. Is het begrip *wu-wei* ('geen gedragingen in strijd met de natuur') niet volledig in overeenstemming met het boerenleven? In Mencius [een Chinese filosoof] staat een beroemd verhaal:

Laat ons niet zijn als de man uit Sung. Er was eens een man uit Sung die het jammer vond dat zijn graan niet hoger opschoot en het dus omhoogtrok. Toen hij thuiskwam, zei hij tegen zijn mensen: "Ik ben moe, want ik heb het graan helpen groeien." Zijn zoon rende meteen weg om te gaan kijken en zag dat het graan geheel verdord was.

Dit punt wordt benadrukt in een citaat over de fameuze tuinder Kuo, die buitengewoon succesvol was in zijn manier van werken:

Op een dag vroeg een klant hem hoe hij dat klaarspeelde, waarop Kuo antwoordde: "Deze oude tuinder kan bomen niet doen leven of gedijen. Hij

kan ze alleen hun natuurlijke neigingen laten volgen. Als je bomen plant, let er dan op dat de wortel recht staat, maak de grond eromheen vlak, gebruik goede teelaarde en stamp die stevig aan. Raak de bomen dan niet meer aan, denk er niet aan, ga er niet naar kijken, maar geef ze de rust voor zichzelf te zorgen en de natuur doet de rest. Ik vermijd alleen mijn bomen te helpen groeien. Ik heb geen speciale kweekmethode, geen bijzondere manier om een overvloedige groei te krijgen. Ik heb geen manier waardoor het fruit vroeg komt of in grote hoeveelheden. Andere tuinders planten met een kromme wortel, vergeten de teelaarde of hopen te veel of juist te weinig aarde op. Of ze zijn te bezorgd om hun bomen en maken zich er ongerust om, zijn steeds heen en weer aan het rennen om te zien of ze goed groeien; soms maken ze krassen in de stam om te zien of de bomen nog leven, of schudden ze eraan om te zien of ze stevig in de grond staan; zo staan ze de natuurlijke ontwikkeling van hun bomen steeds in de weg, en maken van hun zorg en toewijding een last en een vloek. Ik doe zulke dingen gewoon niet. Dat is alles.” (Needham 1956, p. 576–7.)

Het is jammer dat onze westerse cultuur niet zoiets als taoïsme of zen-boeddhisme kent, want door het ontbreken daarvan is de ego-epistemologie gaan gelden als de standaard voor geestelijke gezondheid: het onderschrijven daarvan en het handelen in overeenstemming ermee laat zien dat men uitgaat van – wat Freud noemde – het ‘realiteitsprincipe’. Dat de filosofieën uit het Verre Oosten echter wel degelijk de realiteit in acht nemen, mag u duidelijk zijn geworden uit het relaas van tuinder Kuo. Die is immers stevig geworteld in de werkelijkheid, zij het niet in een werkelijkheid waarin doelen alleen worden bereikt door het ontplooien van een constante stroom activiteiten. Integendeel, Kuo (= de filosoof die Kuo zijn eigen woorden in de mond legt) maakt op treffende wijze duidelijk dat het vaak de pogingen zijn om een doel te bereiken die ervoor zorgen dat dat niet wordt bereikt. We kunnen daarbij denken aan Kuo’s verkrijgen van een mooie oogst, maar beter bekend zijn de hiervoorvermelde doelen waarbij de ego-epistemologie zich rechtstreeks tegen zichzelf keert: ophouden te roken, afvallen, je concentreren, in slaap vallen, ergens niet meer aan denken, stoppen met drinken,⁴ niet blijven plakken voor de tv, of je goede humeur bewaren.

Na dit uitvoerige – en naar ik hoop interessante – cultuurfilosofische entree wordt het tijd de belofte in te lossen die aan het eind van Proloog Deelneming is gedaan: in de volgende paragraaf schets ik dat het naturalistisch daderschap is verschoven naar een functioneel daderschap. Vervolgens laat ik zien dat van daaruit het daderschap van de corporatie zich heeft ontwikkeld. En pas daarna

4 Vergelijk Bateson 1972, p. 309–37.

kan de proloog zich tot zijn eigenlijke onderwerp beperken: het daderschap van de corporatie.

10.2 Functioneel daderschap

Toen het Wetboek van Strafrecht tot stand kwam (1886), was het naturalistische daderschap algemeen gangbaar. In deze opvatting was iemand alleen dader als hij instructies had gezonden naar zijn spieren zich samen te trekken. Dat betekende dat er alleen werd 'afgegraven' door iemand die eigenhandig de spade in de grond stak, er alleen 'gebouwd' werd door mensen die daadwerkelijk metselden en alleen iemand 'vervoerde' die lijfelijk op de bok zat.

10.2.1 *Rol van doen plegen*

In dit denken was het daderschap dus gereserveerd voor de eigenaar van een terp die zelf de spade ter hand had genomen, en niet voor de eigenaar van een terp die zijn werknemers bevolen had die af te graven. Toch hoefde laatstgenoemde niet geheel buiten schot te blijven: voor hem had de wetgever de deelnemingsconstructie van het doen plegen gecreëerd. Oorspronkelijk was dan wel voorwaarde dat – in het jargon van de ego-epistemologie – de aansturing van de spieren van de 'echte' afgravers (= de werklieden) geheel werd overgenomen door de doen pleger, die daarom ook wel de 'intellectuele dader' werd genoemd. De wil van de materiële dader moest echter wel *geheel* worden vervangen door de wil van de intellectuele dader: vandaar dat de rechtbank in HR 19 december 1910, W 9122 (Terpen) – besproken in Proloog Deelneming (p. 206) – meende dat de eigenaar van de terp alleen als 'doen pleger' kon worden aangemerkt indien de materiële dader een van niets wetende 'verlengde hand' van de intellectuele dader was. In het Terpen-arrest bleek de Hoge Raad het met die opvatting niet eens te zijn: er is niet alleen doen plegen als de materiële dader van niets weet, maar ook als hij om een andere reden niet strafbaar is. Met andere woorden: de constructie van het doen plegen kan ook worden gebruikt *indien de materiële dader wel degelijk weet wat hij doet*, dus toch nog enige zeggenschap houdt over het samentrekken van zijn spieren. Die beslissing doet al flink wat water in de wijn van de 'gewilde spierbeweging'.

10.2.2 *Normadressaat*

Een tweede stap van een naturalistisch naar een pragmatisch en contextgebonden daderschap zette de Hoge Raad via de vraag naar de 'normadressaat', dat wil

zeggen via de vraag tot wie de norm zich richt. In het Wetboek van Strafrecht met zijn delictsom schrijvingen die geënt zijn op de gewilde spierbeweging (“Hij die dit-en-dat doet, wordt gestraft met ...”) is het veelal geen probleem te bepalen wie de dader van het delict is; in bijzondere wetten daarentegen werd vaak zonder omwegen vermeld waar het die wet om te doen was: het verbieden van een bepaalde toestand. Zo bepaalde art. 22 van het Reglement van de politie voor de scheepvaart op de Merwede dat “buiten de havens nooit meer dan drie schepen in de breedte van de rivier naast elkaar mogen liggen”. Tot wie richtte die norm zich echter? Tot de schipper van het vierde schip die zijn vaartuig aanmeerde naast de drie anderen die er al lagen of ook tot de schippers van die andere drie? In HR 19 januari 1931, NJ 1931, 1455 (Vier schepen) werd bepaald dat de norm zich uitsluitend richtte tot degene die de verboden toestand in het leven had geroepen, dat wil zeggen tot de vierde schipper. In overeenstemming met deze uitspraak – al wisten we dat toen niet – haalden we op de lagere school een rijmpje aan als er een derde fietser naast ons kwam rijden:

Drie naast elkaar

De buitenste de sigaar

Evenmin wisten we dat die regel niet opging voor het met drie fietsers naast elkaar rijden: in HR 9 maart 1948, NJ 1948, 370 (Drie fietsers) was bepaald dat in dat geval de norm zich richtte tot allen die aan de verboden toestand een eind konden maken, dat wil zeggen tot alle drie. Als we beide uitspraken met elkaar vergelijken, zien we dat de Hoge Raad niet zozeer afgaat op de (al dan niet toevallige) formulering van de delictsom schrijving, maar veel meer context toelaat: het is voor ieder van de drie fietsers nu eenmaal eenvoudiger zich terug te laten vallen dan het voor de eerste, tweede of derde schipper is om te verkassen. Dat toelaten van meer context leidde er zelfs toe dat de Hoge Raad een wettelijke regeling geheel omzeilde door zich niet in staat te achten aan te wijzen wie normadressaat was. In de destijds geldende Begrafeniswet stond namelijk het voorschrift dat “elk lijk moet worden begraven”. In HR 1 maart 1915, NJ 1915, 665 (Crematie) constateerde de Hoge Raad droogjes dat er helaas niet bij stond wie dat dan moest doen. Dat verzuim betekende dat niemand strafrechtelijk aansprakelijk was als een lijk niet werd begraven maar gecremeerd. Langs die weg reduceerde de raad het als weinig zinvol ervaren crematieverbod tot een papieren tijger.

10.2.3 *Van naturalistisch naar functioneel ouderschap*

De derde stap van een fysiologisch naar een contextueel bepaald ouderschap werd vooral na de Tweede Wereldoorlog gezet, toen het handelen in organisatorisch verband steeds belangrijker werd. In plaats van het ego-gestuurde ouderschap en de daarop gebaseerde deelnemingsregeling, introduceerde de Hoge Raad het zogenoemde functionele ouderschap, het ouderschap uit hoofde van een functie die men binnen een organisatie bekleedt. Aanvankelijk beperkte dit functionele ouderschap zich tot organisaties zonder rechtspersoonlijkheid, dus tot eenmanszaken als het kleine garagebedrijf, de taxionderneming met drie auto's of de slijter op de hoek. Bezie eens een betrekkelijk alledaagse casus die in die sfeer speelt:

Het is negen uur precies op de wekelijkse koopavond. De 24-jarige student Nico de B., die zijn beurs aanvult door zaterdag en op de koopavond achter de toonbank te staan, doet daarom de deur van de slijterij op slot. Deze slijterij is eigendom van Gerard Meiregen, die vanaf acht uur die avond – toen de ergste drukte voorbij was – alvast de bestellingen is gaan rondbrengen. Hoewel de strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften eenieder verbieden na sluitingstijd de zaak te openen of geopend te houden, is Meiregen daar zelf niet al te strikt in: “We zijn hier niet zoals op het postkantoor. Als je daar om vijf seconden over twaalf nog iets wilt, is het ‘Sorry meneer, lunchpauze’ en word je in je gezicht uitgelachen.”

Als om drie over negen een chic geklede man aan de voordeur rammelt en geagiteerd op de ruit tikt, besluit Nico dan ook de deur te openen om te vragen wat hij wil. De man deelt mee: “Sorry dat ik zo laat ben, maar heeft u misschien een fles La Voice voor me? Die heb ik nodig omdat mijn baas straks bij me op bezoek komt en die houdt van maltwhisky. Ik ben vanavond al bij vier slijters geweest, maar niemand schijnt dat merk te hebben.” Net als Nico wil zeggen dat ook h_j dat merk niet heeft, schiet hem iets door het hoofd: “Bedoelt u soms Laphroaig?” (Nico spreekt dat correct uit als ‘La-froig’.) “Ja, nu u het zegt, in de naam die mijn collega noemde, zat ook nog een r.” Daarop haalt Nico een fles Laphroaig, rekent 32,50 euro af en als de opgetogen klant met zijn whisky vertrokken is, sluit hij de zaak weer.

Deze casus laat twee dingen zien:

- 1 De fysiologische of naturalistische vader is Nico: die geeft tenslotte zijn spieren instructie naar de voordeur te gaan en die – in strijd met de voorschriften – te openen. Het heeft echter weinig tot geen zin Nico te bestraffen, al was het alleen omdat hij slechts een vervangbare en tijdelijke kracht is. Belangrijker is evenwel dat een dergelijk analyseschema het probleem aanpakt op een te laag

niveau in de organisatie. Nico is namelijk werkzaam in een kader dat is gecreëerd door zijn werkgever Meiregen. Het zou daarom beter zijn de verantwoordelijkheid te leggen bij hen die het kader scheppen dan bij hen die iets doen *binnen* dat kader.

- 2 Het is niet mogelijk Meiregen via de deelnemingsregeling aan te vatten, al was het alleen omdat zijn opzet ontbreekt (Meiregen heeft zelfs geen weet van deze overtreding).⁵ Laten we een aantal vormen van deelneming nog wat nader bezien. Doen plegen valt temeer af omdat Nico om twee redenen zelf strafbaar is: het wettelijk voorschrift richt zich tot eenieder én een succesvol beroep op een strafuitsluitingsgrond zit er niet in (Nico verkoopt een fles whisky aan een klant die daarmee zijn baas wil imponeren en niet een bril aan een klant die anders hulpeloos is). Uitlokken valt af, want er is geen 'overhalen' en geen uitlokkingsmiddel (weliswaar betaalt Meiregen zijn hulpkracht, maar dat is meer een contraprestatie voor verrichte arbeid dan een worst voor de neus om overtredingen te begaan). En ook medeplegen valt af, want Meiregens fysieke afwezigheid wordt niet goedge maakt doordat hij de 'spin in het web' is als Angela G. in Proloog Deelneming (p. 196).

Beide genummerde tekortkomingen heeft de Hoge Raad in één klap opgelost door introductie van het functionele daderschap. In HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (IJzerdraad) besliste de raad dat iemand als functioneel dader mag worden aangemerkt indien hij (1) erover kon beschikken of de verboden handeling plaatsvond (= het machts- of beschikkingscriterium) en (2) die handeling aanvaardde of placht te aanvaarden (= het aanvaardingscriterium). Toegespitst op de casus: ook al is Nico de fysieke dader, Meiregen is de functionele dader indien het in zijn macht had gelegen te voorkomen dat Nico na sluitingstijd de winkel deur opende (*beschikken*). Dat had Meiregen gekund door Nico bijvoorbeeld te instrueren zich buiten zijn aanwezigheid even ambtelijk op te stellen omtrent de sluitingstijden als men op het postkantoor doet. Meiregen had dus kunnen beschikken over Nico's gedrag. Voorts moet Meiregen hetzij ermee hebben ingestemd dat deze klant nog werd geholpen, hetzij zijn fiat hebben gegeven aan soortgelijke handelingen (*aanvaarden*). Het ermee instemmen dat deze klant nog geholpen werd, valt af: Meiregen was fysiek afwezig toen de klant om een fles Laphroaig kwam. Het fiatteren van soortgelijke handelingen staat evenwel recht overeind: uit Meiregens afkeer van de weinig

5 Zoals we zagen in Proloog Deelneming (p. 193), moet de deelnemer een dubbel opzet hebben: enerzijds moet dat gericht zijn op de eigen deelnemingshandelingen en anderzijds op het te realiseren gronddelict, ook al vereist dat gronddelict geen opzet bij degene die het feitelijk pleegt.

klantvriendelijke attitude van het postkantoor mag Nico gerust afleiden dat zijn baas zijn handelen billijkte. Meiregen had Nico's gedrag dus ook aanvaard.

De laatste stap naar een daderschap dat is toegeschreven op handelen in organisatorisch verband, is even zinnig als logisch: gebruik de constructie van het functionele daderschap ook als de functionele dader geen natuurlijk persoon is als Gerard Meiregen, maar een rechtspersoon als Sobrietas bv. Aan dit onderwerp is de rest van de proloog gewijd.

10.3 Corporatief daderschap

In 1976 werd art. 51 ingevoerd, waarin bepaald werd dat strafbare feiten ook kunnen worden gepleegd door rechtspersonen. De wetgever had daarbij het oog op drie categorieën rechtspersonen, waarvan de eerste twee reeds als zodanig zijn aangewezen in het Burgerlijk Wetboek: (1) privaatrechtelijke rechtspersonen als verenigingen, stichtingen, nv's en bv's, (2) publiekrechtelijke rechtspersonen als de Staat der Nederlanden, provincies, gemeenten en waterschappen,⁶ en (3) rechtspersonen die het Wetboek van Strafrecht met zoveel woorden noemt in art. 51, derde lid (zoals rederijen, maatschappen en vof's).

Hoewel de wet geen bepaling bevat die zegt dat sommige feiten niet door een corporatie gepleegd *kunnen* worden, wordt in de literatuur vaak de vraag gesteld of de delictsomschrijving 'zich leent voor een functionele interpretatie'. Het antwoord op die vraag komt erop neer dat delictsomschrijvingen waarvan de kern bestaat uit een fysiek handelen (mishandelen, verkrachten of rijden onder invloed) niet functioneel uitgelegd kunnen worden, terwijl dat wel geldt voor delictsomschrijvingen zonder zo'n fysieke kern (valsheid in geschrifte of belastingfraude). Met andere woorden: zodra er spieren moeten worden samengetrokken, kan het feit alleen door een naturalistische dader worden gepleegd. Ik vermoed dat deze opvatting wordt ingegeven door de ego-epistemologie als beschreven op p. 254 en volgende. Inderdaad heeft een corporatie geen vuisten om mee te mishandelen, geen penis om mee te verkrachten en geen bloed om met een te hoog bloed/alcoholgehalte daarin een auto te besturen (delicten die zich niet voor een functionele interpretatie zouden lenen); een rechtspersoon heeft echter ook geen handen om een valse handtekening mee te zetten of vingers om een belastingdiskette onjuist in te tikken (delicten als valsheid in geschrifte of belastingfraude, die zich daartoe wel zouden lenen). Daarmee gaat deze opvatting er ten onrechte van uit dat functioneel of corporatief daderschap

6 Zie over publiekrechtelijke rechtspersonen de aparte paragraaf 10.3.3.

een kwestie is van het samentrekken van spieren, terwijl het in wezen gaat om het *toeschrijven* van gedrag van een natuurlijk persoon aan een ander natuurlijk persoon respectievelijk een rechtspersoon. Als voorstander van die laatste visie heb ik er dan ook geen bezwaar tegen om Revenge bv als dader van een verkrachting aan te wijzen indien Revenge haar employés heeft opgedragen de vrouw te verkrachten die de praktijken van een bende aan justitie heeft verklikt. En evenmin om Rotax bv dader te laten zijn van rijden onder invloed gepleegd door haar taxichauffeurs, indien Rotax weet dat die chauffeurs alle aangeboden borrels ter plekke consumeren en tevens een dergelijke handelwijze accepteert als een *fact of life*.

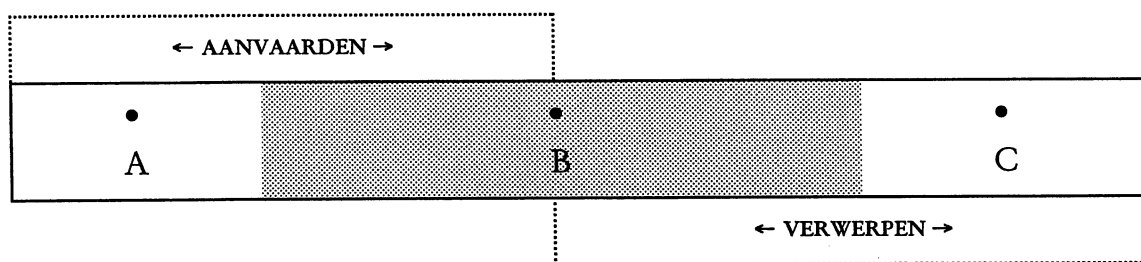
10.3.1 *Corporatie als dader*

In HR 1 juli 1981, NJ 1982, 80 (Kabeljauwvangst) besliste de Hoge Raad dat de IJzerdraadcriteria van overeenkomstige toepassing zijn op het daderschap van de corporatie. Dat wil zeggen dat een feit mag worden toegeschreven aan de corporatie indien zij (1) erover kon beschikken of de verboden handeling plaatsvond en (2) die handeling aanvaardde of placht te aanvaarden. Wederom *beschikken* en *aanvaarden* dus. Dat het niet eenvoudig is met die criteria te werken, laat onderstaande casus zien:

Lieuwe W. is chef-inkoper van Equinox bv, een fabriek van frikadellen en andere vleessnacks. Omdat het bedrijf al jarenlang in de rode cijfers zit, koopt Lieuwe geregeld vlees in voor 20% van de normale prijs, zogenaamd van de veestapel van bedrijven die wegens aanscherping van de milieuvoorschriften hebben moeten sluiten. Lieuwe weet echter wel beter: het gaat hier om vlees van clandestien geslachte kadavers, vlees waarvan hij weet dat de consumptie ervan schadelijk voor de gezondheid kan zijn. In de fabriek van Equinox wordt dit vlees verwerkt in frikadellen, die bij diverse klanten afgeleverd worden. Dankzij Lieuwes zeer goedkope inkoperij boekt Equinox vanaf 2001 weer winst, over 2002 zelfs 9%.

Voor het antwoord op de vraag of Equinox bv dader is van de overtreding van art. 174, moeten we eerst nagaan of (1) Equinox kon beschikken over het gedrag van haar chef-inkoper. Ik ben geneigd die vraag met ja te beantwoorden. Lieuwe doet tenslotte datgene waarvoor hij bij het bedrijf in dienst is – het inkopen van vlees – en verricht geen activiteit die wezensvreemd is aan een vleesverwerkend bedrijf zoals wapensmokkel of drugshandel. Weliswaar heeft Equinox geen volledige controle over wat Lieuwe doet, maar dat is ook niet nodig: het gaat hier meer om het *geregeld* inkopen van kadavervlees dan dat het een incidentje

betreft. Vervolgens (2) het vereiste van ‘aanvaarden of plegen te aanvaarden’. De mate waarin dit gebeurt, kunnen we langs een continuüm uitzetten:



Slechts aan beide uiteinden van dit continuüm treffen we een wit gebied aan, waarin sprake is van een expliciete aanvaarding (A) of een uitdrukkelijke – en meer dan rituele – verwerping (C).⁷ Expliciete aanvaarding (A) is er bijvoorbeeld indien uit de notulen van de Raad van Bestuur van Equinox zou blijken dat er over het inkoopbeleid is gesproken en dat besloten is voortaan ook kadavervlees te verwerken; uitdrukkelijke verwerping (C) kan blijken uit een gesprek tussen de directeur van Equinox en Lieuwe, waarin laatstgenoemde uitdrukkelijk wordt verboden zich in te laten met kadavervlees: “Als ze erachter komen dat we daarmee rommelen, kunnen we de toko wel sluiten.” U zult begrijpen dat die gevallen zich niet snel voordoen, omdat – geval-A – niemand zo gek is dergelijke besluiten in de notulen van de bestuursvergadering op te nemen en – geval-C – geen zichzelf respecterend directeur tegenover zijn ondergeschikten zal laten merken dat hij zelfs maar gedácht heeft aan dat soort illegale praktijken. Negenennegentig van de honderd gevallen bevindt zich dus in het grote grijze tussengebied van B, waar de grens tussen aanvaarden en verwerpen in hoge mate afhangt van (alweer) de context.

Daar komt nog bij dat expliciete aanvaarding of verwerping ook zelden nodig is: veelal kan men het gerust aan een ondergeschikte overlaten zelf na te gaan hoeveel speelruimte hij heeft. Bij bedrijven die opereren in het schemergebied tussen legaliteit en illegaliteit – juist daar speelt het corporatieve daderschap – kan dat overlaten aan de ondergeschikte evenwel ontaarden in dubieuze tactieken als ‘het iets zeggen zonder het te zeggen’: hierin manoeuvreert men een ondergeschikte in een zodanige situatie dat hij maar tot één conclusie kan komen; als hij die echter trekt en daaraan uitvoering geeft, is dat op grond van *zijn* conclusie en niet omdat dat hem van bovenaf is opgedragen. Een voorbeeld van zo’n truc vindt u in de volgende casus:

7 Een rituele verwerping is bijvoorbeeld het rondsturen van een mailtje waarin “alle medewerkers erop gewezen wordt zich te houden aan de wettelijke voorschriften”, indien dat bericht vooral is bedoeld om de verantwoordelijkheid van het bedrijf af te schuiven.

In de loop van 2002 krijgt Edison bv, een fabrikant van diskettes, steeds meer te maken met concurrentie uit Taiwan. Die is in staat gelijkwaardige diskettes aan te bieden voor een prijs die 20% lager is dan die van Edison, zodat Edisons marktaandeel meer en meer begint te slinken. Op 5 april 2002 komt het probleem ter sprake op een vergadering van de directie. De financieel directeur van Edison, Nijkerk, stelt dat het niet kan liggen aan het feit dat de Taiwanese genoeg nemen met een lagere winstmarge, maar dat hun productiekosten lager liggen: "Dat kan alleen doordat ze hun chemisch afval gewoon in de Chinese Zee dumpen. Dat kost ze niets, en door die 20% besparing kunnen ze gemakkelijk tegen ons op." Op de vergadering wordt het besluit genomen te zoeken naar een goedkopere manier om het chemisch afval kwijt te raken. Ter uitvoering van dit besluit roept genoemde Nijkerk daags daarop Boersma, het hoofd van de divisie Disposal, op zijn kamer en zegt: "Jullie overhead is veel te hoog: die moet worden teruggebracht tot een kwart. Zeg eerst dat contract met Chemical Waste Disposal op en zorg dat daar iets anders voor in de plaats komt. *Hoe* je die overhead terugbrengt, zal me een zorg zijn, *als* je 't maar doet. Overigens, als het je lukt, zit er voor jou een promotie tot technisch directeur aan vast. Je verdient nu zo'n 60.000, hè? Je jaarsalaris wordt dan twee ton." Hierop zet Nijkerk zijn computer aan als teken dat het onderhoud afgelopen is. Boersma verlaat de kamer.

In het vervolg van deze casus blijkt Boersma de hint begrepen te hebben: het gevaarlijke chemisch afval levert hij voortaan als een onschuldig residu af bij de vuilverbranding. Als uiteindelijk Edison bv wordt vervolgd als dader van de overtreding van de Wet Chemische Afvalstoffen, wast de top van het bedrijf zijn handen in onschuld en claimt dat Boersma hen verkeerd begrepen heeft. Uit dit voorbeeld moge blijken dat de truc van 'het iets zeggen zonder het te zeggen' voor een bedrijf van twijfelachtig allooi zeer voordelig kan zijn. Als er immers iets fout gaat, kan men altijd de schuld leggen bij degene die feitelijk de beslissing heeft genomen.⁸

Terug naar Lieuwe W. en zijn kadavervlees. In dat geval zagen we dat met het beschikkingscriterium nog wel te werken is; of echter voldaan is aan het aanvaardingscriterium, is – op basis van de voorliggende gegevens – twijfelachtig. Vandaar dat men vaak zijn toevlucht neemt tot HR 27 januari 1948, NJ 1948,

8 Voor de tactici onder u: de truc werkt ook als er iets goed gaat. Dan kan men namelijk zelf met de eer gaan strijken onder het motto "Wij hebben tenslotte de bedrijfscultuur gecreëerd waarin mensen hun eigen verantwoordelijkheid nemen". Een bedrijf moet overigens dit soort manoeuvres behoedzaam hanteren, omdat een gehaide ondergeschikte die ook tégen hen kan gebruiken. Als er namelijk iets fout gaat, kan hij de schuld leggen bij de bedrijfscultuur die hem tot de beslissing gedwongen heeft, en als er iets goed gaat, kan hij zelf met de eer gaan strijken omdat hij degene is die de beslissing heeft genomen. Als de ondergeschikte die contratactiek goed speelt, kan het bedrijf alleen met een gouden handdruk van hem af.

197 (V&D-ameublementen), een oud arrest dat nog uit de tijd dateert dat alleen de Wet Economische Delicten het corporatief daderschap kende. In dit arrest werd beslissend geacht dat het profijt van de verboden handeling toevloede aan de corporatie, het zogeheten *baatcriterium*. Dit bijna oer-Hollandse criterium (“Wie verdient eraan?”) is vooral bedoeld om het daderschap toe te schrijven aan de corporatie indien de winst van de illegale operatie aan haar ten goede komt; omgekeerd is de corporatie geen dader indien de betreffende functionaris de opbrengst in eigen zak steekt. Toegepast op de casus-Equinox leidt dit criterium ondubbelzinnig tot de conclusie dat Equinox bv dader is van de overtreding van art. 174, getuige de laatste zin van de casus (“Dankzij Lieuwes zeer goedkope inkoperij boekt Equinox vanaf 2001 weer winst, over 2002 zelfs 9%.”).

Het onderwijs heeft geleerd dat studenten soms met uiterst merkwaardige antwoorden komen op vragen omtrent corporaties, vermoedelijk omdat ze weinig ervaring hebben met complexe organisaties. Het lijkt daarom nuttig een viertal misslagen expliciet te bespreken. Die misvattingen ben ik alle vier tegengekomen in de beantwoording van een tentamenvraag waarin studenten de casus-Eurosound werd voorgelegd. De casus was bedoeld om de corporatie *geen* dader te laten zijn:

Jan K. is directeur van een bedrijf dat geluidsapparatuur importeert, Eurosound bv geheten. Hij geeft Grijpstuiver, de boekhouder van het bedrijf, opdracht bewijsstukken te fabriceren waaruit zou blijken dat K.’s nieuwe vriendin Nathalie in 2001 veel werkzaamheden voor Eurosound heeft verricht. Door die bewijsstukken te voegen bij haar belastingaangifte 2002 en haar zodoende een aanzienlijke teruggave te bezorgen, hoopt Jan dat Nathalie wat toeschietelijker wordt in haar relatie met hem. Grijpstuiver verzint een reeks werkzaamheden, vult hiervoor een formulier in en ondertekent dit met “J. Grijpstuiver, account manager Eurosound bv”.

De officier van justitie wil een vervolging instellen ex art. 225, eerste lid (valsheid in geschrifte); daarbij wenst hij – indien mogelijk – gebruik te maken van de mogelijkheden die art. 51 hem biedt.

Het in opdracht van de baas invullen en ondertekenen van een formulier met fictieve werkzaamheden van diens nieuwe vriendin – teneinde haar ertoe te brengen dat ze wat toeschietelijker wordt –, is puur een privézaak die niets met Eurosound te maken heeft. Meer systematisch: er is noch sprake van beschikken (geen enkel bedrijf heeft controle over incidentele soloactiviteiten van zijn directeur), noch van aanvaarden (het is zo goed als ondenkbaar dat een bedrijf het billijkt dat hun directeur fictieve werkzaamheden van zijn vriendin door de

boekhouder laat opgeven). Ook het baatcriterium pleit niet voor daderschap van de corporatie: het 'profijt' (in de vorm van een gewilliger Nathalie) vloeit eerder toe aan Jan K. dan aan Eurosound. Niettemin concludeerden ettelijke studenten dat Eurosound bv dader was van de valsheid in geschrifte. Daarvoor voerde men – meestal impliciet – een (of meer) van onderstaande argumenten aan:

- 1 “*Jan K. is directeur van Eurosound, dus Eurosound bv is dader.*”

Het is niet zo dat wanneer een leidinggevende functionaris van een corporatie iets in zijn functie doet, de corporatie *automatisch* dader is. Een dergelijke opvatting ziet namelijk over het hoofd dat die functionaris ook zijn boekje te buiten kan gaan. Een grove bevoegdheidsoverschrijding van directeur Jan K. als in deze casus is niet zozeer een indicatie voor het daderschap van de corporatie, maar veeleer een aanwijzing om Jan via het gewone daderschap aan te vatten als uitlokker (van Grijpstuiver) door misbruik van gezag (meer hierover onder 4).

- 2 “*Het is niet uitgesloten dat ook Eurosound bv profijt heeft.*”

Natuurlijk heeft ook Eurosound profijt, al was het maar omdat de sfeer op de directiekamer verbeterde sinds Jans vriendin wat toeschietelijker geworden is. Een dergelijke redenering geeft echter een veel te ruime interpretatie aan het baatcriterium. Het gaat er daarbij slechts om wie primair baat heeft van de handelingen: vloeit de winst toe aan de corporatie of steekt de functionaris de opbrengst in eigen zak? Het baatcriterium gaat niet zo ver dat de corporatie *geen enkel* voordeel mag hebben: allerlei indirecte voordelen – zoals een betere sfeer op de directiekamer of het feit dat Grijpstuiver nu beter is geworden in ‘creatief boekhouden’ – doen in zijn algemeenheid niet mee.

- 3 “*Laat Eurosound bv maar dader zijn, want dan gaat de boete van de grote hoop.*”

Ik geef toe dat het reilen en zeilen van de betrokken natuurlijke personen dikwijls breed wordt uitgemeten, terwijl de rechtspersoon nauwelijks uit de verf komt en een anonieme en afstandelijke club blijft. Dat maakt het voor u moeilijk u met de rechtspersoon te identificeren, maar het is een koud kunstje de corporatie wat meer te personifiëren:

U bent een kleine belegger. Op aanraden van een kennis heeft u uw spaargeld van de bank gehaald en belegd in aandelen van het tot dan toe zo solide Eurosound bv. Helaas gaat het daar niet zo goed meer mee: over 2002 boekte het niet – zoals verwacht – een winst van 250.000 euro, maar een verlies van datzelfde bedrag. Volgens het accountantsrapport dat bij de jaarstukken is gevoegd, is dat verlies veroorzaakt door het feit dat – na een qua advocatenhonoraria kostbare procedure – de strafrechter aan Eurosound bv een geldboete heeft opgelegd van 400.000 euro wegens valsheid in geschrifte (art. 225 lid 1 jo. 23 lid 7) omdat de boekhouder van het bedrijf aan de vriendin van directeur K. een reeks fictieve aftrekposten had bezorgd. Het rapport waarschuwt dat nog eens zo’n verlies over 2003

niet meer wordt gedekt door de reserves, zodat Eurosound dan failliet gaat. In dat geval kunt u fluiten naar uw spaargeld. Om een faillissement van Eurosound te voorkomen, ondertekent u een petitie waarin wordt opgeroepen directeur K. te vervangen door iemand die zich bij zijn beslissingen meer laat leiden door zakelijke overwegingen dan door zijn hormoonspiegel.

De moraal van dit verhaal is dat het toeschrijven van een strafbaar feit aan de corporatie nimmer in het luchtledige gebeurt. Integendeel, dit toeschrijven aan de corporatie kan wel degelijk persoonlijke – en tragische – consequenties hebben, al komen die niet aan bod bij de presentatie van de casus. U krijgt een evenwichtiger beeld indien u de zaak niet alleen bekijkt als raadsman van de direct betrokkenen, maar ook als belegger die zijn spaargeld in de corporatie heeft gestopt. Een dergelijk bezien van de keerzijde van de medaille behoedt u voor valkuilen als: “Ach, dat concern heeft geld zat; die mérken zo’n boete niet eens!”

- 4 “*Eurosound bv is dader, want anders ontspringen Jan K. en Grijpstuiver de dans.*” Dat is niet waar. Als de corporatie geen dader is, worden de betrokken natuurlijke personen geenszins gevrijwaard van strafrechtelijk ingrijpen. Art. 51 is immers bedoeld om *rechtspersonen* te kunnen aanvatten en niet om de verantwoordelijkheid van de betrokken natuurlijke personen op te heffen. Indien de corporatie namelijk geen dader is, is dat meestal omdat men eigenmachtig is opgetreden ten nadele van het bedrijf: hen aan te vatten via het gewone daderschap ligt dan zelfs meer voor de hand.

Toegespitst op onze casus: buiten kijf staat dat Grijpstuiver fysiek dader is van de valsheid in geschrifte. De casus geeft echter geen informatie op grond waarvan we kunnen bepalen hoe Jan K. in diens vervolging kan worden betrokken. Laten we daarom maar wat veronderstellen. Jan K. zou uitlokker door misbruik van gezag kunnen zijn; voorwaarde is dan wel dat Grijpstuiver iets overweegt van “Weliswaar voel ik er niet voor, maar laat ik het maar doen: dan staat de baas bij me in het krijt en heb ik een goede kans bij de aanstaande reorganisatie te worden ontzien.” Als de pressie op Grijpstuiver echter zo groot is dat diens eigen beslissingsruimte in feite ontbreekt (Jan K. is bijv. een tiran die je nu eenmaal niets kúnt weigeren), dan is Grijpstuiver straffeloos op grond van overmacht: Jan K. wordt daarmee doen pleger van de valsheid in geschrifte. Maar als Grijpstuiver geen eigen beslissingsruimte heeft, is het Jan K. die over diens handelen beschikt: het wordt dan mogelijk het fysieke daderschap van

Grijpstuiver over te slaan en Jan K. rechtstreeks als (functioneel) dader aan te merken.⁹

Hoe dan ook, als Eurosound bv geen dader is, zijn er mogelijkheden te over Jan K. en/of Grijpstuiver via het gewone daderschap, de deelneming of het functionele daderschap aan te vatten. Denk dus niet dat ze vrijuit gaan als het daderschap niet aan Eurosound is toe te schrijven.

Bij het nakijken van het tentamen bleek dat als een beantwoording naar een of meer van die misslagen riekte, de kans groot was dat de student weinig begrepen had van het corporatieve daderschap; als een student ze daarentegen wist te vermijden, was die een aardig eind op weg in het doorgronden van deze materie. Aanbeveling genoeg om die fouten goed op u te laten inwerken, dunkt me.

10.3.2 *Feitelijk leidinggever*¹⁰

Art. 51, tweede lid, begint met: “Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, ...” Dat ‘indien’ moet u lezen alsof het gecursiveerd is, want langs deze weg heeft de wetgever tot uitdrukking gebracht dat vervolging van de feitelijk leidinggever pas mogelijk is *indien* het feit aan de corporatie mag worden toegeschreven. Dat accessoriteitsvereiste betekent dat de feitelijk leidinggever slechts *als zodanig* mag worden vervolgd als de corporatie dader is; het laat evenwel onverlet dat degenen die feitelijk leiding heeft gegeven *als natuurlijk persoon* via het gewone strafrecht kan worden aangevat. Kortom, als de corporatie geen dader is, heeft u niets aan art. 51.

Laten we het vereiste van accessoriteit illustreren aan de hand van een casus:

Taxichauffeur Otto W., als chauffeur in dienst van MaasTax bv, heeft op donderdag 21 oktober 2002 de vaste klant L. opgehaald in Rotterdam; Otto rijdt hem

- 9 Een dergelijke analyse werpt tevens licht op de verhouding doen plegen/functioneel daderschap. Indien de materiële dader namelijk geen eigen beslissingsruimte heeft, voldoet de doen pleger a fortiori aan de IJzerdraadcriteria en kan dus net zo goed zelf als dader worden aangemerkt. Slechts indien de materiële dader nog wel zelfstandig kan beslissen, maar niet strafbaar is omdat hij de vereiste kwaliteit mist (bijv. die van eigenaar, zoals de huurders met hun Friese vlag uit Proloog Deelneming op p. 208), is er nog een bescheiden plaats voor het doen plegen weggelegd.
- 10 Art. 51, tweede lid, onder 2° spreekt over degene die “opdracht geeft tot het feit”, alsmede over degene die “feitelijk leiding geeft aan de verboden gedraging”. De Hoge Raad hecht echter weinig belang aan dit onderscheid: de raad heeft beslist dat bij bewezenverklaring van het ten laste gelegde “opdracht en/of feitelijk leidinggever” de rechter zelfs geen keuze hoeft te maken tussen beide alternatieven. Aangezien in de praktijk ook zelden sprake is van opdrachtgeven, duid ik beide vormen met feitelijk leidinggeven aan.

naar diens huis in Maasmond. Nabij Maasmond kijkt de klant op de meter, die dan op 38,20 staat en zegt: "Ik geef je vijftig euro voor de rit. Geef me dan wel een bonnetje voor dat bedrag: dan heb ik een hogere aftrekpost voor de belastingen. Verder zie je maar." Hoewel er nog ruim acht kilometer te gaan is en een dergelijke handelwijze in strijd is met uitdrukkelijke instructies van MaasTax, zet Otto onmiddellijk de meter af onder het motto "De baas heeft nou genoeg"; bij het huis van L. gekomen betaalt L. vijftig euro contant en schrijft Otto een kwitantie uit met onder ritprijs "50". Op die wijze hoeft Otto slechts 38,20 aan MaasTax af te dragen en kan hij het verschil tussen dat bedrag en de door de klant betaalde vijftig euro in eigen zak steken. Kortom, voor een doordeweeks ritje een aardige fooi, die in feite – en daarin zit het belang voor de klant – niet door de klant, maar door MaasTax wordt betaald.

Als u weinig ervaring hebt met taxi's, duurt het waarschijnlijk even voor u doorhebt wat hier gebeurt: een een-tweetje tussen chauffeur en klant *ten koste van MaasTax*. Dat laatste is al meteen een contra-indicatie tegen het daderschap van MaasTax. Ook de IJzerdraadcriteria pleiten daartegen: MaasTax kan nauwelijks beschikken over het gedrag van haar chauffeurs (ze kan moeilijk met iedere wagen een controleur meesturen) en van aanvaarden is al helemaal geen sprake (Otto's handelen is in strijd met uitdrukkelijke instructies van MaasTax). MaasTax is dus geen dader, zodat de weg van art. 51 afgesloten is. Punt uit.

Op de vraag of de officier van justitie iets aan art. 51 heeft, gaven veel studenten echter als antwoord: "Nee. Otto geeft namelijk geen feitelijk leiding, maar doet 't zelf." Dat antwoord is om twee redenen onjuist. De eerste is een beetje een weetje: ook degenen die het feit zelf uitvoert, is feitelijk leidinggever (in de ego-epistemologie: "Hij geeft feitelijk leiding aan door hemzelf verrichte handelingen" – dat klinkt schizofreen, maar dat is die epistemologie nu eenmaal). De tweede is belangrijker: u mag pas nagaan of iemand feitelijk leidinggever is *indien het feit aan de corporatie mag worden toegeschreven*. Het aangehaalde antwoord geeft dus impliciet – en ten onrechte – te kennen dat MaasTax dader is. Met dat antwoord draait u in feite de correcte volgorde om. Die luidt immers: (1) Is de corporatie dader? en (2) Is X feitelijk leidinggever? U maakt daarvan: (1) Is X feitelijk leidinggever? en (2) Is de corporatie dader? Daarmee slaat u geen acht meer op het accessoire karakter van het feitelijk leidinggeven.

Wanneer is iemand nu feitelijk leidinggever, of beter gezegd, wanneer geeft hij *opzettelijk* feitelijk leiding aan de verboden gedraging? Het prototype daarvan is dat de feitelijk leidinggever de 'spin in het web' is, dus een coördinerende en dirigerende rol vervult: hij geeft bijvoorbeeld opdracht de vervuilde grond op een kipper te laden en instrueert de werknemers waar ze die grond moeten

dumpen. In dat geval heeft hij opzet als oogmerk of als zekerheidsbewustzijn en staat het feitelijk leidinggeven buiten kijf.

Interessanter wordt het indien we ons begeven naar de andere kant van het spectrum van opzet en culpa. Is er ook feitelijk leidinggeven indien iemand toezicht had moeten houden, maar dat niet heeft gedaan? Van zo'n nalatigheid bestaan twee varianten: of hij heeft – ten onrechte – niet aan de mogelijkheid gedacht dat zijn ondergeschikten achter zijn rug om een loopje zouden nemen met de voorschriften (= onbewuste schuld), of hij heeft wel aan die mogelijkheid gedacht, maar heeft deze gedachte wat al te vlot van zich afgezet onder het motto “Dat doen mijn jongens niet” (= bewuste schuld). Over zo'n nalatige leidinggevende overwoog de Hoge Raad in HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 (Slavenburg II):

Van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen kan sprake zijn indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat deze gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.

Alleen culpa volstaat dus niet; de lakse leidinggever moet ook “bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat deze gedragingen zich zullen voordoen”. Dat wil zeggen dat de nalatigheid gepaard moet gaan met ten minste *voorwaardelijk opzet* op de verboden gedragingen. Een en ander kunnen we als volgt in schema zetten:

← FEITELIJK LEIDINGGEVEN →				
Opzet als oogmerk	Opzet bij zekerheidsbewustzijn	Voorwaardelijk opzet	Bewuste schuld	Onbewuste schuld
← GEEN FEITELIJK LEIDINGGEVEN →				

Denk echter niet te snel dat het nu wel duidelijk is; het voorwaardelijk opzet is immers een buitengewoon glibberig begrip. Bezie maar eens de volgende casus:

De 44-jarige Joseph B. is sinds mei 2001 bedrijfsleider bij de Maasmondse Bank bv. Sinds hij de leiding heeft over de afdeling baliemedewerkers, worden geregeld langetermijndeposito's op een valse naam gesteld (art. 225). Justitie stelt een vervolging in tegen de Maasmondse Bank bv en Joseph B. Daarbij speelt het

rapport van een extern organisatieadviesbureau een belangrijke rol. Het rapport concludeert dat Joseph B. zijn taken in belangrijke mate heeft verzuimd:

Achter de façade van autoriteit en professionaliteit stak iets heel anders: met het niet storen-lampje van zijn kamer aan zat B. weliswaar uren achtereen achter zijn computer, maar wat hij daar deed had met bankzaken weinig van doen. Via internet voerde hij namelijk lange amoureuze gesprekken met onder andere een Amerikaanse rechtenstudente en een Chileense econome. B. was er daardoor niet van op de hoogte dat de onder zijn leiding staande balie-medewerkers valsheid in geschrifte pleegden. Juist hij was evenwel bevoegd en redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om deze praktijken te voorkomen. Deze maatregelen heeft hij ten onrechte achterwege gelaten. Dit is hem des te meer aan te rekenen daar hij had kunnen en behoren te weten dat het aantal langetermijndeposito's sinds mei 2001 meer dan verdubbelde, terwijl dat aantal bij andere banken juist aanzienlijk afnam.

De rechtbank veroordeelt de Maasmondse Bank bv wegens valsheid in geschrifte tot een geldboete van 45.000 euro. Kan Joseph B. nu worden veroordeeld als feitelijk leidinggever aan dit feit?

Waarschijnlijk gaat Joseph zo op in zijn gechat op internet dat het hele bank-gebeuren aan hem voorbijgaat. Dat maakt hem een *lousy* superieur, die zeker ontslagrijp is. Het feit dat B. zijn plicht grovelijk heeft verzaakt, betekent in ieder geval dat er culpa is, waarschijnlijk de onbewuste variant daarvan.¹¹ Om hem echter te kunnen veroordelen als feitelijk leidinggever, moet hij op zijn minst voorwaardelijk opzet hebben gehad. Om dat aan te tonen, zou de officier van justitie op de proppen kunnen komen met een getuige die verklaart dat hij Joseph B. reeds begin 2002 heeft aangesproken over het almaar stijgende aantal langetermijndeposito's en dat B. toen schouderophalend weer inlogde op internet. Kan de officier dat niet, dan zie ik het somber voor hem in Joseph veroordeeld te krijgen als feitelijk leidinggever.

Door uitdrukkingen als 'de feitelijk leidinggever en zijn ondergeschikten' wordt trouwens de indruk gewekt dat de feitelijk leidinggever een hooggeplaatst iemand binnen de organisatie is. Meestal is dat ook zo, maar het hoeft niet. De jurisprudentie heeft namelijk bepaald dat ook lagere goden in de organisatie feitelijk leidinggever kunnen zijn (HR 21 januari 1992, NJ 1992, 414 (Manager voetbalvereniging)); sterker nog, de feitelijk leidinggever hoeft niet eens in dienst

11 Ik herinner aan de opmerking van Remmelink dat de onbewuste schuld vaak een zwaardere vorm van culpa is dan de bewuste (Proloog Opzet en Culpa, p. 59).

van de organisatie te zijn, zolang hij het daar maar *feitelijk* voor het zeggen heeft (HR 16 juni 1981, NJ 1981, 586 (Papa Blanca)).

Kan iemand *opzettelijk* leidinggeven aan een culpoos delict? Laten we die vraag in een breder kader plaatsen. Uit de vorige prologen hebt u al begrepen dat een poging tot een culpoos delict niet kan (met uitzondering van de deels opzettelijke, deels culpose delicten waarbij de culpa slechts hoeft te bestaan uit een verwijtbare onwetendheid over de dubieuze herkomst van het aangeschafte – de schuldheiling van art. 416bis; zie Proloog Poging p. 146). Zo'n poging zou immers een mentale acrobatiek vergen die onmogelijk is: er is geen mens die zich kan voornemen uit onachtzaamheid een delict te gaan plegen. Eenzelfde soort onmogelijkheid kwamen we ook al tegen bij die vormen van deelneming waarbij het gezamenlijk opzet van de deelnemers gericht moet zijn op een culpoos delict, zoals bij het medeplegen daarvan (zie Proloog Deelneming p. 193): niemand kan de afspraak met een ander nakomen om *niet* te denken aan eventuele gevolgen. Dat roept de vraag op of iemand opzettelijk feitelijk leiding kan geven aan een culpoos delict. Natuurlijk kan niemand feitelijk leidinggeven aan een delict dat door eigen onachtzaamheid tot stand komt, maar het kan wel als hij feitelijk leidinggeeft aan een culpoos delict dat door een ander (te weten de corporatie) wordt gepleegd. Kijk maar:

Op een dag verwisselt de secretaresse een diskette in haar gloednieuwe computer, waarop het apparaat plotseling uitschakelt. In de hoop dat het ding weer opstart als zij wat aan de systeemkast rammelt, legt zij haar hand op de kast en schudt daar wat aan. Na de derde schudbeweging krijgt zij een stroomstoot van 220 V door haar rechterarm, die haar zes maanden arbeidsongeschikt zal maken. Als blijkt dat zich binnen het bedrijf – dat recentelijk is overgegaan op computers van het merk Dandelion – nog zo'n geval heeft voorgedaan, stelt de automatiseringsafdeling een onderzoek in. Daaruit blijkt dat de binnenkomende stroomkabel van de computers niet goed is vastgesoldeerd, zodat een kleine beweging aan de systeemkast – het verwisselen van een diskette volstaat – tot gevolg kan hebben dat die draad losschiet en de computer zonder stroom komt te zitten. Schudden met de kast kan er dan toe leiden dat de stroomdraad in aanraking komt met de metalen systeemkast, zodat de schudder een stroomstoot van 220 V te verwerken krijgt. Door die gebrekkige fabricage is op de Dandelion-computers de kwalificatie 'levensgevaarlijk' van toepassing. Vervolgens wordt de politie ingeschakeld, die op bezoek gaat bij Dandelion bv. Bij deze Nederlandse fabrikant van computers, die is gevestigd te Maasmond, heeft men een onderhoud met het hoofd van de afdeling Productie. Deze functionaris, ir. Zoethout genaamd, verklaart als volgt.

Het verbaast me niks van die ongelukken met onze computers; hadden we maar niet die eindcontrole-met-de-hand moeten schrappen. Maar wat wil je: Dandelion dreigt failliet te gaan, dus kwam van bovenaf de instructie 20% te besparen op de arbeidskosten. Omdat de hele productie al gerobotiseerd is, kon dat alleen door de menselijke eindcontrole achterwege te laten. En dat was de enige manier waarop we hadden kunnen zien dat de soldeerrobot verkeerd geprogrammeerd was. Of ze boven wisten dat je niet alles aan machines kunt overlaten? Ja natuurlijk: ik heb de directie drie keer een mailtje gestuurd met een waarschuwing dat er allerlei rampen konden gebeuren zonder een degelijke eindcontrole-met-de-hand. Wat dacht je? Geen sjoegie. Niks. Nada. Toen heb ik zelf mijn plan maar getrokken en die controle geschrapt.

Omdat bij het parket de indruk bestaat dat de corporatie zich slechts schuldig heeft gemaakt aan een culpoos delict als het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel door schuld, vormt zich het idee ir. Zoethout te vervolgen als feitelijk leidinggever aan het door Dandelion bv gepleegde delict van art. 308. Maar kan dat wel?

Ja, dat kan. Voorwaarde is dan wel dat de feitelijk leidinggever (= ir. Zoethout) voorwaardelijk opzet heeft, terwijl de corporatie (= de directie van Dandelion) alleen culpa te verwijten valt. Ir. Zoethout heeft inderdaad een loepzuiver voorwaardelijk opzet: uit de laatste volzin van zijn verklaring (“Toen heb ik zelf mijn plan maar getrokken en die controle geschrapt”) blijkt dat hij niet op instructies van de directie gewacht heeft, maar op eigen initiatief de eindcontrole heeft geschrapt. Hij was zich dus bewust van het risico en heeft dat voor lief genomen. Daarentegen is de directie niet meer dan culpa te verwijten als ir. Zoethouts mailtjes op de directievergadering ter sprake zijn gekomen en daarover is opgemerkt: “Ach, die Zoethout is zo’n overdreven paniekzaaier die overal apen en beren ziet. Het zal allemaal wel op zijn pootjes terechtkomen. Niet op reageren dus.” Overigens, als de directie in dezelfde gemoedstoestand had verkeerd als ir. Zoethout, maar niet reageert omdat ze erop speculeert dat hij zelf de eindcontrole wel zal schrappen – de truc die we eerder zagen in de casus-Edison op p. 266 – hebben *beiden* voorwaardelijk opzet. Een vervolging wegens een opzetdelict als art. 300, eventueel met zwaar lichamelijk letsel als gevolg, ligt dan eerder in de rede.

Bij wijze van recapitulatie wil ik u een casus voorleggen aan de hand waarvan u kunt nagaan of u het gestelde in deze en de vorige subparagraaf begrepen hebt:

Mr. Jacob van Elzen is lid van het College van Bestuur van de Pascal Universiteit Maasmond, een rechtspersoon als bedoeld in art. 51 (vgl. HR 10 november 1987, NJ 1988, 303 (Rijksuniversiteit Groningen)). Daarnaast is hij in zijn vrije tijd president van de International Foundation against Whaling (IFW) die – zoals de naam al aangeeft – gekant is tegen de walvisvangst. Op een bepaald moment ergert Jacob zich mateloos aan Noorwegen, dat nog steeds zijn walvisvaarders toestaat zo'n tweehonderd grienden en bultruggen per jaar te vangen. De secretaresse die hem wegens zijn lidmaatschap van het College van Bestuur is toegevoegd, laat hij daarom – op briefpapier van de universiteit – een brief schrijven aan de Noorse regering. Daarin doet hij het dringende verzoek op te houden met de walvisvangst, “die slechts in naam wetenschappelijke doeleinden dient”. Dat verzoek zet Jacob kracht bij met de toevoeging “dat wij ons anders verplicht voelen de sectie Internationaal Recht van onze juridische faculteit uw beleid te laten toetsen aan de ter zake geldende internationale verdragen”. Na ontvangst van deze brief dient de Noorse regering een klacht in tegen de universiteit wegens het delict genoemd in art. 284, eerste lid, onder 1°.

De officier van justitie stelt ex art. 51 een vervolging in wegens het genoemde delict tegen de Pascal Universiteit als dader en tegen Jacob als feitelijk leidinggever.

Als u deze casus bekijkt *à la* Gauss (zie Proloog Causaliteit, p. 109) weet u waarschijnlijk het antwoord al, maar moet u alleen nog bedenken hoe u erop komt. Natuurlijk heeft de universiteit niets met Jacobs *blackmail* van doen, maar waarom niet? Het beschikkingscriterium is op het eerste gezicht niet zo goed hanteerbaar, daar dit nauwelijks is toegesneden op het onderhavige type organisatie. Kenmerkend voor de universitaire bestuursstructuur is immers dat een college van bestuur een hoge mate van vrijheid heeft zich te bemoeien met van alles en nog wat, variërend van het niet-inloten van briljante studenten tot en met het bedingen van kortingen bij computerleveranciers. Niet geheel ondenkbaar zou zijn dat een college van bestuur, bijvoorbeeld op aandringen van een activistisch *angehauchte* universiteitsraad, zich zozeer het lot van dieren aantrekt dat het college een brief-op-poten schrijft aan de Noorse regering omdat zij weigert op te houden met de walvisvangst. In de casus blijkt echter niet van enige universitaire betrokkenheid; integendeel, Jacob misbruikt zijn positie als bestuurder van de universiteit door op eigen houtje een doel na te streven dat hem wenselijk voorkomt als voorzitter van de IFW. Vanwege dat eigenmachtige misbruik pleit het beschikkingscriterium op het tweede gezicht zelfs tegen het daderschap van de universiteit: die heeft nauwelijks controle over wat Jacob uitvoert. Ook het aanvaardingscriterium sneuvelt: er ligt bijvoorbeeld geen motie van de Universiteitsraad die het College van Bestuur machtigt desnoods te dreigen met een onderzoek door de juridische faculteit. Dan het baatcriterium.

Ook dat lijkt niet zo nuttig omdat deze organisatie niet uit is op (rechtstreeks) financieel gewin. Als we baat echter omvormen in immaterieel of ideëel profijt, dan steekt Jacob dat in eigen zak. Indien de actie gelukt was, had dat namelijk uitsluitend zijn eigen prestige opgekrikt als voorzitter van een club tegen de walvisvangst. Voorts zijn alle nadelen voor de universiteit: een forse deuk in haar imago, het kunnen vergeten van een uitwisselingscontract met de Universiteit van Oslo en het verlies van Noorse stageplaatsen voor de sectie Internationaal Recht. Baat, beschikking en aanvaarding pleiten dus tegen daderschap van de corporatie; daarom kan Jacob ook niet worden vervolgd als feitelijk leidinggever, ook al heeft hij opzettelijk gehandeld. Wel natuurlijk als fysiek dader van het delict van art. 284, eerste lid, onder 1°, of – afhankelijk van de feitelijke omstandigheden – als doen pleger of functioneel dader daarvan.

Hoed u voor nonsens als ‘Jacob laat de brief door zijn secretaresse schrijven, dus de universiteit is dader’; Jacob doet het inderdaad voorkomen alsof hij de brief schrijft als lid van het College van Bestuur, maar in feite doet hij dat als president van de IFW (doodzonde no. 1). Ga ook niet op zoek naar allerlei voordeeltjes voor de universiteit, zoals ‘De secretaresse leert beter omgaan met haar tekstverwerker’ of ‘Dat uitwisselingscontract met Oslo was toch uitgelopen op een kostbaar fiasco’ (doodzonde no. 2). Vermijd redeneringen als ‘De universiteit mag van mij voor het feit opdraaien: die laat zoveel in het honderd lopen’ (doodzonde no. 3). Zeg ook niet ‘Jacob gaat vrijuit als de universiteit geen dader is’ (doodzonde no. 4). En ten slotte, ga niet in op Jacobs rol als feitelijk leidinggever zonder er blijk van te geven te weten dat dit daderschap van de universiteit veronderstelt of, erger nog, concludeer niet dat de universiteit geen dader kan zijn omdat de feitelijk leidinggever niet voldoet aan de Slavenburgcriteria.

Als klip en klaar voor u is welke miskleunen dat zijn en hoe u die kunt vermijden, bent u rijp voor de laatste subparagraaf.

10.3.3 *Publiekrechtelijke rechtspersonen*

Het probleem bij publiekrechtelijke rechtspersonen is dat de politieke verantwoordingsplicht veelal een strafrechtelijke afdoening in de weg staat. Zo is het reilen en zeilen van bestuurders van de Staat der Nederlanden bij uitstek een zaak van politieke controle door de Kamer. Als bijvoorbeeld de minister van Defensie nalatig is geweest in het houden van toezicht op militairen bij hun omgang met kerosine, moet die minister primair ter verantwoording worden geroepen via een kamervraag, een interpellatie, een spoeddebat, of zelfs een

parlementaire enquête (dat laatste zou geïndiceerd kunnen zijn als een lekkende kerosinetank heeft geleid tot een ramp van Enschede-achtige proporties). Indien in plaats daarvan het OM een strafvervolgning tegen de staat zou instellen, haalt het in de rechtszaal een zeperd: het zal niet-ontvankelijk worden verklaard omdat de staat in de uitvoering van een publieke taak strafrechtelijk immuun is. Dat besliste de Hoge Raad in HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598 (Volkel), waar de staat terechtstond vanwege een vervuiling met kerosine op de luchtmachtbasis Volkel. De lijn politieke verantwoordingsplicht versus strafrechtelijke afdoening werd in HR 23 april 1996, NJ 1996, 513 (Pikmeer I) doorgetrokken: *alle* in hoofdstuk 7 van de Grondwet genoemde overheidsinstanties waren – mits werkzaam in de uitoefening van een publieke taak – strafrechtelijk immuun. Dat gold dus ook voor provincies, gemeentes, waterschappen, en openbare lichamen voor beroep en bedrijf. Nadat de Hoge Raad in het arrest van 1996 had beslist dat de gemeente Boarnsterhim niet kon worden vervolgd wegens het storten van verontreinigd slib in het Pikmeer omdat zij dat had gedaan bij de uitvoering van een publieke taak, gingen stormen van protest door parlement, milieubeweging en media: met een zo ruime immuniteit konden lagere overheden in feite allerlei rechtsregels aan hun laars lappen.

In HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367 (Pikmeer II) beperkte de Hoge Raad die strafrechtelijke immuniteit dan ook drastisch. In termen van de raad zelf:

Een openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet is slechts immuun als de gedraging naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rehtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kan worden verricht in het kader van de uitvoering van de bestuurstaak die aan dat openbaar lichaam is opgedragen, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. In andere gevallen is er geen immuniteit voor het openbaar lichaam of voor de personen die in art. 51, tweede lid, onder 2 bedoeld zijn [= de feitelijk leidinggevers]. Aansluiting dient dan te worden gezocht bij het stelsel van rechtvaardigingsgronden.

Sinds 1998 is een decentraal overheidsorgaan alleen nog immuun als het om strafbare feiten gaat gepleegd bij de uitoefening van een specifieke bestuurstaak (de uitgifte van paspoorten of het sluiten van huwelijken), die bovendien alleen door bestuursfunctionarissen kan worden uitgevoerd. Kortom, zodra een overheidstaak – of de uitvoering daarvan – kan worden geprivatiseerd, is er geen immuniteit voor overheidslichaam, feitelijk leidinggever of uitvoerder. Dat betekent dat de bestuurder van een gemeentelijke vuilnisauto die bijna een voetganger van de sokken reed, niet langer het argument heeft dat hij werkzaam was in het kader van een taak die aan de gemeente is opgedragen, omdat (a) het

ophalen van vuilnis geen bestuurstaak van de gemeente is die op één lijn staat met het sluiten van huwelijken, en (b) uitvoering van die taak aan derden kan worden overgedragen. Die verregaande beperking van de immuniteit betekent overigens niet dat overheidslichamen dan automatisch strafbaar zijn: de Hoge Raad wijst er uitdrukkelijk op dat “aansluiting dient te worden gezocht bij het stelsel van rechtvaardigingsgronden”. Daarbij moet vooral worden gedacht aan de rechtvaardigingsgrond van art. 42, het wettelijk voorschrift.

U moet evenwel goed beseffen dat Pikmeer II zich beperkt tot *decentrale* overheidsorganen en zich dus niet uitstrekt tot centrale overheden als de staat. Daarmee staat de beslissing uit het Volkel-arrest nog recht overeind: in een vervolging van de Staat der Nederlanden is het OM niet ontvankelijk. Of in dit standpunt van de Hoge Raad wijziging komt – en Pikmeer II ook voor de staat gaat gelden –, ligt echter nog in de toekomst besloten.

10.4 Gebrek aan innerlijkheid

Tot slot nog een paar regels over het corporatieve daderschap als zodanig. Ik kan me levendig voorstellen dat u aan het eind van deze proloog het gevoel bekruipt dat er voortdurend als een kat om de hete brij is heengedraaid en er eigenlijk nooit is gezegd wanneer een corporatie nu écht dader is. Dat kan ook niet, omdat een corporatie nu eenmaal geen innerlijk leven heeft zoals het geval is bij een mens van vlees en bloed. Zo kan ik wel een individu opvoeren met een gemoedstoestand waarin hij ertoe overgaat kadavervlees in te kopen (p. 264), maar ik kan me moeilijk bezighouden met de gemoedstoestand van de corporatie, al was het alleen omdat een corporatie niet zoiets *heeft*. Dat betekent dat ik alleen vragen ‘van buitenaf’ kan aansnijden onder welke omstandigheden het gedrag van een individu mag worden toegeschreven aan de corporatie. Zo’n intellectuele operatie is nuttig en nodig, maar heeft ook iets armzaligs, temeer omdat ieder appèl aan inlevingsvermogen en intuïtie ontbreekt. Vergelijk bijvoorbeeld hoe subtiel de vraag naar het opzet ligt bij het meisje uit Proloog Opzet en Culpa die haar would-be verkrachter een knietje geeft (p. 47) en hoe prozaïsch die vraag is bij het toeschrijven van voorwaardelijk opzet aan de directie van Dandelion (p. 275).

Voor een groot deel verklaart dit gebrek aan ‘innerlijkheid’ waarom zoveel Nederlandse juristen erop tegen waren toen in 1976 het daderschap van de corporatie weer ingevoerd, en waarom ze thans – nu het geldend recht is – het onderwerp met de nodige tegenzin bespreken. Bedenk daarbij ook dat buiten de Angelsaksische landen, Nederland en recentelijk Frankrijk geen enkel land

corporaties op één lijn stelt met mensen van vlees en bloed. Sommige rechtsstelsels, waaronder de Duits- en Spaanstalige, zijn daar zelfs rabiaat op tegen: dat hoeft geen verbazing te wekken, want uit Proloog Poging (p. 149 e.v.) mag duidelijk zijn geworden dat het Duitse recht een slag innerlijker en subjectiever is dan het Nederlandse.

11 Naschrift Corporaties

Na een contrast met het oriëntaalse denken te hebben geschetst, gaat de proloog in op de historie van het corporatieve daderschap. Dat wordt gezien als een extensie van het functionele daderschap; op zijn beurt is dit functionele daderschap voortgekomen uit het naturalistische daderschap. De oorsprong van het corporatieve is dus het naturalistische daderschap, de opvatting dat – in termen van de proloog (p. 259) – “er alleen werd ‘afgegraven’ door iemand die eigenhandig de spade in de grond stak, er alleen ‘gebouwd’ werd door mensen die daadwerkelijk metselden en alleen iemand ‘vervoerde’ die lijfelijk op de bok zat”. Achter deze opvatting zit de ego-epistemologie, een diepgeworteld mensbeeld waarbij de kern van de persoonlijkheid zou bestaan uit de ego, een meet- en regelcentrum in het hoofd. De ego heeft twee functies. Allereerst is die belast met het beoordelen, benoemen en interpreteren van de stroom impressies die via de zintuigen tot ons komt. Daarnaast onderneemt de ego actie door het sturen van commando’s naar de spieren. Hoe wij op het idee komen dat de ego de beheersing over de spieren heeft, komt voort uit het feit dat we in staat zijn op commando te spreken, lopen, gooien, zitten, enzovoorts.¹ Dat vermogen wordt vervolgens gegeneraliseerd tot het idee dat sommige spieren onder controle van de ego staan: we noemen zulke spieren “willekeurig”. En in het bestaan van willekeurige spieren ligt de link met het juridische ‘daderschap’: in het naturalis-

1 *Dat* we het kunnen, blijkt uit het feit dat we het doen. *Hoe* we het doen, blijft een raadsel en is ook een volstrekt zinloze vraag, zoals we nog zullen zien in de subparagraaf over Isan en Kyōgen.

tische daderschap is de dader iemand die commando's heeft gestuurd naar zijn spieren om zich samen te trekken. Kortom, de ego is de dader.

Vanuit het strafrechtelijk denken ligt de volgende tegenwerping voor de hand: "Het naturalistisch daderschap wordt toch al lang niet meer aangehangen, zodat je filippica tegen de ego-epistemologie neerkomt op 'de zweep halen over een dood paard'?" Dat paard lijkt inderdaad dood, maar is bij nader inzien nog springlevend. Weliswaar wordt er niet meer *expliciet* verwezen naar de "gewilde spierbeweging", maar dat wil niet zeggen dat daarmee ook het ego-gevoel verdwenen is (was dat maar waar). De ego-epistemologie is namelijk niets anders dan een metafoor voor het instrumentele Leren-II, dat in Naschrift Posing uitvoerig is belicht.² Leren-II is een manier van ordenen van de wereld en onze ervaringen daarin die nimmer expliciet wordt aangeleerd (en zich dus ook niet leent voor een expliciete weerlegging), en die de neiging heeft zichzelf te bevestigen. Vanwege dat zelfvaliderende karakter is de ego-illusie, als iemand er eenmaal mee behept is, in beginsel levenslang. Ook is het vrijwel onmogelijk er *niet* door besmet te raken: het ego-denken is alomtegenwoordig, zoals de proloog laat zien aan de hand van Schellings 'rationele' consument (p. 256). Het mag dan ook een wonder heten dat er – zij het in culturen die in vrijwel niets lijken op onze moderne westerse – een reeks technieken is ontwikkeld waarmee mensen die opgesloten zitten in het meet- en regelcentrum in hun hoofd, kunnen *ervaren* dat de ego een illusie is.

Het leven zonder de dictatuur van de ego is een dermate aantrekkelijk perspectief dat je zou verwachten dat zen en tao, waarin deze technieken werden ontwikkeld, zich mogen verheugen in een warme belangstelling. Niets is minder waar. Het zelfbevestigende karakter van het instrumentele Leren-II heeft geleid tot een klimaat waarin het westerse denken zo superieur wordt geacht dat zen en tao zijn gereduceerd tot een historische curiositeit die hooguit nog aan sinologische of japanologische faculteiten wordt bestudeerd. Om te laten zien hoe onterecht de neiging is zen te beschouwen als een bizarre aberratie, besteed ik in de eerste paragraaf aandacht aan dat fenomeen. Omdat de paragraaf geschreven is met in het achterhoofd het idee dat veel lezers weinig vertrouwd zullen zijn met zen, is die dermate uitvoerig geworden dat dit naschrift zowat het langste is van alle naschriften. De redenen daarvoor zijn deels van inhoudelijke aard en deels van persoonlijke. De *inhoudelijke* reden is dat in de proloog zen en tao zijn geïntroduceerd als een cultureel contrast met de ego-epistemologie en het daarop gebaseerde daderschap. Dat contrast was bedoeld om te demonstreren dat de gebruikelijke visie op daderschap als een kwestie van het

2 De ego-epistemologie is een metafoor voor het instrumentele denken omdat mensen *doen alsof* er een mannetje of vrouwtje in hun hoofd zit dat knopjes indrukt.

samentrekken van spieren, helemaal niet zo natuurlijk en vanzelfsprekend is als doorgaans gedaan wordt. Vervolgens heb ik dit naschrift aangegrepen om veel dieper op zen en tao in te gaan dan de proloog deed, waarbij met name aandacht wordt besteed aan de paradoxale technieken die zen heeft gehanteerd. Dat heeft tot gevolg dat er voorlopig met geen woord meer wordt gesproken over de corporatie. Lezers van dit naschrift zullen zich wellicht gaan afvragen wat de eerste paragraaf in hemelsnaam te maken heeft met het corporatieve daderschap. Direct niet zoveel, maar indirect wel. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van een gedicht dat ik op p. 287 zal aanhalen:

Roep van de koekoek –
juist vandaag
is hier niemand.

Sceptici mogen dit gedicht ook lezen als:

Roep van de koekoek –
juist vandaag
is *de dader afwezig*.

11.1 Zen

Deze paragraaf is verdeeld in twee subparagrafen. De eerste bevat een (deels) zelfbedacht zen-verhaal, terwijl de tweede een authentiek verhaal weergeeft, dat afkomstig is uit een van de boeken van Rajneesh (Rajneesh 1988a, p. 141–2); dit verhaal heb ik gekozen omdat de lezer van dit proefschrift vermoedelijk in hetzelfde schuitje zit (of gezeten zal hebben) als de hoofdpersoon, de intellectueel Kyōgen. Dat authentieke zen-verhaal heb ik in (vetgemaakte) stukken geknipt, die vervolgens zijn voorzien van commentaar. Daarmee hoop ik te laten zien dat het verhaal veel meer diepgang heeft dan een eerste lezing deed vermoeden.

11.1.1 *‘Roep van de koekoek’*

Om met de deur in huis te vallen: de essentie van zen bestaat uit ‘woordeloos kijken’. Daar is niets bijzonders aan, want ieder van ons doet dat weleens. Een simpel voorbeeld is wat er gebeurt als we voor het eerst de woonkamer van een bevriend echtpaar betreden. Dan komen er allerlei indrukken op ons af: het uiterlijk van de bewoners en hun kind, de meubels en hun kleur, de kunst aan de muur en op de kastjes, de aanwezigheid van tv, computer en geluidsinstalla-

tie, de vloerbedekking, het uitzicht op de tuin en de geluiden daaruit, de geur van vers gezette koffie, de smaak van de vlaai, de zit van de bank, enzovoorts. Dat kijken gebeurt zonder enige beoordeling van mooi of lelijk, zonder enige benoeming of interpretatie en ook zonder enige sturing: onze ogen gaan waar ze willen en de blik verplaatst zich pas als de ogen verzadigd zijn (dat geldt ook voor de andere zintuigen – horen, ruiken, proeven en tasten).³

Wij kennen allemaal mensen – misschien zijn we dat zelf wel – die dat stilzwijgende, spontane en ontspannen kijken geen kans lijken te geven, want vrijwel onmiddellijk nadat die zijn binnengekomen, beginnen ze te kwetteren: “Wat een kleurrijke inrichting! Bont en toch niet schreeuwerig”, “Die installatie is van B&O? Nou, dat merk is mij te duur” en “Je zou ook eens moeten kijken naar een zeefdruk van Corneille. Die zou hier mooi bij passen”. En vervolgens, als ze op weg zijn naar hun eigen huis, begint de achterklap: “Die schreeuwerige inrichting is niets voor mij”, “Wat een patzers om daar demonstratief een B&O-installatie neer te zetten” en “Ik wed dat ze *mijn* suggestie opvolgen en morgen op zoek gaan naar een Corneille, want ze hebben totaal geen eigen smaak”. Het probleem van deze mensen is dat hun zwaartepunt is verschoven van het kijken naar het benoemen, beoordelen en interpreteren van datgene wat waargenomen is. Niet dat ze niet meer in staat zijn gewoon te kijken (je kunt immers pas iets beoordelen als je het eerst hebt gezien), maar dat het benoemen en interpreteren vooraf lijkt te gaan aan het kijken. Zo leven ze vrijwel permanent in een wereld van woorden, met slechts af en toe ruimte voor het gewone kijken. Dat leven in een woordenwereld heeft ook consequenties voor het omgaan met andere mensen. Enerzijds hebben ze andere mensen nodig, omdat ze geen contact meer hebben met de grotere wereld om hen heen: zonder andere mensen worden ze overvallen door leegte, verveling en eenzaamheid. Anderzijds willen ze die andere mensen niet, omdat ze toch niets anders kunnen dan zich tegen hen af te zetten en ze te kleineren, of – erger nog – tegen hen afgezet en door hen gekleineerd te worden. Zoals Sartre uitdrukte: “De hel, dat zijn de anderen.” En om in deze wereld te leven, die zich kenmerkt door een dun laagje welwillendheid met daaronder een voortdurende en nimmer aflatende competitie, is bepaald geen plezierje.

- 3 Voor dit woordeloze kijken heeft onze cultuur eigenlijk geen woord. ‘Contemplatie’ en ‘observatie’ komen enigszins in de buurt, maar zijn wat te wilsggericht voor zoiets ontspannens en spontaans. In het oosten wordt vaak de term ‘meditatie’ (in het Sanskriet *dhyāna*) gebruikt, maar dat associeer ik te veel met iets formeels en aanstellerigs. Ik prefereer dus ‘kijken’. Feit is wel dat de Sanskriet-term *dhyāna* in het Chinees *ch’an* werd en in het Japans *zen*, zodat het primaat van het kijken al zit ingebakken in de benaming ‘zen-boeddhisme’.

Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat in sommige culturen gerebelleerd werd tegen dit primaat van het denken, dat doorgaans in een officiële ideologie gecanoniseerd was. Zo'n rebellie is het dhyan-boeddhisme, een stroming in het Indiase boeddhisme (ontstaan in de zesde eeuw vóór Chr.) die in de vijfde eeuw na Chr. de oversteek over de Himalaya's naar China heeft gemaakt. Daar kwam het ch'an-boeddhisme, zoals dat in China genoemd werd (*dhyan* werd uitgesproken als *ch'an*), in aanraking met een authentiek-Chinese rebellie tegen het confucianisme, het taoïsme. De centrale intuïties van tao kwamen naadloos overeen met die van ch'an: geen van beide kende dogma's die voor eens en altijd geldig waren, en waar je slechts in hoefde te *geloven*. Integendeel, beide manieren van doen probeerden mensen te brengen tot een individuele speurtocht in zichzelf, waarbij het aankwam op het opdoen van een ervaring en niet op het verzamelen van kennis. Mensen die die ervaring hadden ondergaan, werden in ch'an aangeduid als een 'boeddha' en in tao als een 'man van tao'. Dat wil overigens niet zeggen dat het nastreven van zo'n bewustzijnstoestand als een doel beschouwd moet worden; kijken is immers iets wat iedereen kan (en vaak ook doet), en is dus niet iets wat je móet nastreven of zelfs maar *kunt* nastreven. Al met al komt het meer neer op het je realiseren dat het al zo is wat je tracht te bereiken.

Hoe dan ook, in de dertiende eeuw (na Chr.) maakte de fusie van tao en ch'an de oversteek naar Japan, waar het als 'zen' werd aangeduid (*ch'an* werd *zen*). In met name de tijd van de samoerai (de zeventiende eeuw) beleefde zen daar zijn grootste bloei. Zo werden er speciale toevluchtsoorden gecreëerd voor mensen die geheel in een woordenwereld zaten opgesloten. (Deze oorden worden doorgaans aangeduid als 'klooster' en dergelijke mensen als 'monniken', hoewel zen in vrijwel niets lijkt op georganiseerde religies als christendom of islam.) In deze kloosters werd hun door een zen-meester een *koan* gegeven, een vraag waarop in feite geen antwoord mogelijk is, zoals "Wat is het geluid van één klappende hand?" Nu is de setting waarin de monnik de vraag krijgt voorgelegd, even ingenieus als diabolisch, want de hele trukendoos gaat open: hij verschijnt op een audiëntie bij de Meester, iets waarvan hem te verstaan is gegeven dat dat voor een eenvoudige monnik een bijzonder privilege is. Op die audiëntie wordt hij geconfronteerd met een – doorgaans veel oudere – man die een graad van wijsheid heeft bereikt waar de monnik met geen mogelijkheid aan tippen kan, gezeten is op een speciale zetel, gekleed is in een kostbaar gewaad, meer autoriteit uitstraalt dan de monniks eigen vader of grootvader en bovendien door hem heen kijkt of hij van glas is. Vervolgens krijgt de monnik te horen dat hij over die vraag moet mediteren (= stilzwijgend en ontspannen kijken) alsof zijn leven afhangt van het vinden van het correcte antwoord. Op

deze wijze kan het bijna niet anders dan dat de monnik ervan overtuigd raakt dat op de koan een serieus antwoord mogelijk is, hoewel hij *deep down* ook wel weet dat die vraag nonsens is: een hand in zijn eentje kan niet klappen, want daarvoor zijn er twee nodig.

Terug in zijn hut tracht de monnik stilzwijgend en ontspannen te kijken. Dat lukt hem voor geen meter, want iedere keer als hij zich voorneemt te ontspannen, is het met de ontspanning gedaan. Uiteindelijk geeft hij de pogingen te gaan mediteren maar op, raakt daardoor vanzelf ontspannen en hoort plotseling het klotsende geluid van het water tegen de steiger waarop hij zit. "Aah," denkt hij, "dat geluid bedoelt de meester zeker. Ik zal het hem snel gaan vertellen!" Meteen vraagt hij een audiëntie aan en als hem die vergund wordt, presenteert hij – in dezelfde formele setting als voorheen – zijn antwoord aan de meester. Tot zijn verbazing neemt die daar geen genoegen mee, maar stuurt hem weg om beter te gaan mediteren.

Weer bij zijn hut weet hij zich op een of andere manier te ontspannen, en hoort dan het geluid van de wind in de pijnbomen. "Aah," denkt hij, "nu weet ik het, want de wind in de pijnbomen is ook de titel van een beroemde *sutra*. Dat bedoelt de meester zeker!" Ook nu vraagt hij een audiëntie aan en legt zijn antwoord aan de meester voor. Tot zijn stomme verbazing vindt de meester ook dit antwoord niet goed, maar geeft hem bovendien een klap met zijn staf. Omdat hij van de andere monniken gehoord heeft dat die klap een teken is van liefde van de meester en niet een teken van agressie, verlaat hij de meester zonder een touw te kunnen vastknopen aan wat hem zojuist overkomen is.

Wederom bij zijn hut herhalen de pogingen tot mediteren zich, tot hij in diepe ontspanning opnieuw een geluid hoort – laten we zeggen het melodieuze gekoer van een houtduif. "Aah," denkt hij, "nu moet het raak zijn: was drie maal immers geen scheepsrecht?" Opnieuw een audiëntie, maar vóór hij iets gezegd heeft over het koeren van de houtduif, heeft hij al een klap met de staf te pakken. Op zijn voorzichtige protest dat de meester hem toch niet slaan kan vóór hij het antwoord zelfs maar gehoord heeft, antwoordt de meester dat hij hem sloeg omdat hij iets *wilde* gaan zeggen: *alle* intellectuele antwoorden zijn verkeerd.

Daarna zit hij weer bij zijn hut en hoort de roep van een koekoek. Ditmaal hóórt hij de vogel alleen, en ontstaat bij hem niet meer de neiging onmiddellijk te zeggen "Aah, dat zal het zijn" en naar de meester te rennen. Integendeel, hij hoort de koekoek stilzwijgend aan, een stilte die zich plotseling verdiept tot een volledige innerlijke stilte. Op dit moment van de eerste glimp van de verlichting, een glimp die in zen *satori* wordt genoemd, gebeurt er iets merkwaardigs: nu de monnik er geen behoefte meer aan heeft naar de meester te rennen, komt

de meester naar h m toegesneld. Monnik en meester kijken elkaar aan, terwijl geen van beiden ook maar enige behoefte voelt iets te zeggen. Toch vindt er een intense en woordeloze communicatie plaats, een communicatie van hart tot hart. Als de meester weer vertrokken is, schrijft de monnik het volgende gedicht:

Roep van de koekoek –
juist vandaag
is hier niemand.

Die “niemand” uit de derde regel slaat uiteraard niet op de afwezigheid van de persoon zelf, maar op de afwezigheid van zijn ego. Dat wil zeggen op de afwezigheid van de neiging in de persoon zijn ervaring steeds te interpreteren (de gewoonte van de monnik bij ieder wisselwasje te denken “Aah, d t is het!”). Het gedicht geeft tevens aan dat hij nu het geluid van één klappende hand (= de stilte) niet alleen gehoord, maar ook *ervaren* heeft.⁴

Er zijn verscheidene mogelijkheden aan dit verhaal een einde te breien. Het meest waarschijnlijke is dat de monnik nog een tijdje bij deze meester blijft (met wie hij kennelijk affiniteit heeft) om zijn elkaar snel opvolgende satori’s om te zetten in een *samadhi*, een permanent satori. In dat geval is hij een getransformeerd persoon, die verlost is van allerlei neurotische trekjes en die het beoordelen, benoemen en interpreteren in dienst weet te stellen van het kijken. Dat stelt hem in staat om, met dezelfde spontaniteit, speelsheid en lichtvoetigheid die hij als klein kind reeds had, altijd en onder alle omstandigheden zichzelf te blijven. Wat er daarna met hem gebeurt, zal in hoge mate afhangen van hoe de monnik *is*. Het kan zijn dat hij op zijn beurt een voortreffelijk zen-meester wordt, die alle trucs uit de trukendoos tot in de toppen van zijn vingers beheerst (en desnoods een paar nieuwe ontwikkelt). Het kan ook zijn dat hij daar niet de persoon voor is, en het klooster verlaat om een reguliere baan op zich te nemen. Een beroep waarbij een grote plaats is ingeruimd voor kijken, ligt het meest voor de hand, maar intellectuele beroepen zijn geenszins uitgesloten. Zelfs niet dat van docent strafrecht!

4 Voor logici levert dit een fraaie paradox op: “Je beantwoordt een koan slechts door hem *niet* te beantwoorden.” Als de logicus de monnik een advies zou moeten geven, zou onze intellectueel niet verder komen dan de aanbeveling tegenover de zen-meester zijn mond te houden en niet te laten merken dat hij iets *wilde* gaan zeggen. Gegeven het feit dat de zen-meester de monnik doorziet of hij van glas is, is het opvolgen daarvan onmogelijk.

Kyōgen was een geleerde die zeer belezen was, en dit stond al geruime tijd zijn verlichting in de weg.

Voor dichters, schrijvers, beeldhouwers, musici, koks, dansers et cetera, die bij hun activiteiten in hoge mate leunen op kijken, horen, ruiken, proeven of tasten, is het primaat daarvan welhaast een *conditio sine qua non*. Dat geldt ook voor beroepsbeoefenaren die voor hun werk een groot appèl doen aan vermogens als een 'timmermansoog', waarbij zonder één keer de maat te nemen een deur in elkaar wordt getimmerd die perfect blijkt te sluiten. Zoals een wielmaker uit het oude China het uitdrukte:

Als je een wiel maakt en je werkt te langzaam, kan je het wiel niet stevig maken; als je te snel werkt, passen de spaken er niet in. Je moet dus noch te langzaam, noch te snel gaan. ... Woorden kunnen niet uitleggen wat het is, maar er zit een of andere mysterieuze kunst in. Ik kan het mijn zoon niet aanleren, die het ook niet van mij kan leren. Het gevolg is dat ik, hoewel ik al zeventig ben, op mijn oude dag nog steeds wielen maak. (Watts 1975, p. 112.)

Voor deze mensen is zen niet meer dan een extensie van wat ze toch al doen, en dus een manier van ervaren die naadloos bij hun werk aansluit. Voor klassieke intellectuelen, voor wie het zwaartepunt beroepsmatig is verschoven van kijken naar denken, gaat zen echter lijnrecht in tegen hun jarenlange gewoonte eerst over iets te denken en pas iets te gaan doen als ze uitgedacht zijn (als dat punt al ooit komt). Voor deze mensen is de switch die zen beoogt te bewerkstelligen, bijzonder moeilijk en een zaak van extreem lange adem. De hoofdpersoon van dit verhaal, Kyōgen, is zo'n klassieke intellectueel, voor wie het denken voortdurend in de weg staat aan het kijken.

Leid hier niet uit af dat zen anti-intellectueel is. Zen is erop tegen dat het beoordelen, benoemen of interpreteren *voorafgaat* aan of zelfs *in de plaats komt* van het kijken, maar maakt geenszins bezwaar tegen het feit dat er *na* het kijken beoordeeld, benoemd of geïnterpreteerd wordt.⁵ Zoals vaak wordt gezegd, moet het intellect de dienaar zijn van de intuïtie, en niet de meester ervan. Sterker nog, een zen-meester moet behoorlijk welbespraakt en goed van de tongriem

5 Waarmee heeft zen zo'n bezwaar tegen het benoemen vóór het kijken? Om de eenvoudige reden dat in het feit *dat* er voortijdig benoemd wordt, afstand wordt gecreëerd tussen benoemer en datgene wat benoemd wordt, zodat het benoemde geen deel meer is van het geheel en niet meer in alle eigenheid kan worden waargenomen. In het benoemen vóór het kijken zit dus al een element van agressie.

gesneden zijn, al was het alleen omdat hij dan pas van enig nut kan zijn voor andere intellectuelen. Stel u namelijk voor dat de oude wielmaker van hierboven een toespraak zou moeten houden voor een verzameling intellectuelen: die zal niet veel verder komen dan wat gebrabbel over “mysterieuze kunst”, waar niemand iets mee kan. Een intellectueel die de zen-switch gemaakt heeft, zal zich bij die toespraak evenwel als een vis in het water voelen. Die zal – in het volle besef dat zijn centrale boodschap toch niet in woorden te vangen is – om die boodschap heen kunnen praten aan de hand van gedichten, verhalen, metaforen, anekdotes en zo meer, in de hoop dat zijn luisteraars tussen de regels door oppikken wat hij eigenlijk te zeggen heeft. Bovendien weet hij uit eigen ervaring waar de luisteraars de mist in gaan, wat ze verkeerd zullen begrijpen, welke onjuiste conclusies ze kunnen trekken, en wat hun kan worden aangeboden opdat ze wel op het juiste spoor komen. Kortom, zen is tegen het *geïsoleerde* intellect, maar is absoluut niet als anti-intellectueel te beschouwen.

Op een dag vroeg Isan Kyōgen: “Toen je bij onze meester Hyakujō was, was je slim genoeg om tien antwoorden op één vraag te geven, en honderd antwoorden op tien vragen. Vertel me: ‘Wie ben je eigenlijk – de jij die je was vóór je uit de moederschoot kwam, en vóór je oost van west kon onderscheiden?’”

Isan begint het gesprek met opmerkingen die bedoeld zijn om hun onderlinge verhouding duidelijk te maken. Door te spreken over “toen je bij onze meester Hyakujō was”, geeft hij aan dat beiden naar dezelfde meester hebben geluisterd en elkaar dus al langer kennen. Tevens introduceert de vermelding van “onze meester” een element van bescheidenheid in die zin dat Isan ooit in dezelfde positie heeft verkeerd als waarin Kyōgen op dit moment is, zodat ook de transformatie van laatstgenoemde niet onmogelijk is.

Vervolgens lijkt Isan Kyōgen te complimenteren met het feit dat hij een echte intellectueel is, die destijds in staat was elke vraag van tien kanten te bekijken. “Lijkt”, want het satanische zit hem erin dat hij Kyōgen in feite bouwrijp maakt voor het idee dat op de vraag die hij nú gaat stellen, ook een intellectueel antwoord mogelijk is. En daarin is Kyōgen immers een kei.⁶ In dit klimaat, waarin Kyōgen er volkomen op vertrouwt dat er nu wéér een intellectuele vraag komt, stelt Isan de hamvraag. Dat is geen vraag naar biografische details (Isan heeft al duidelijk gemaakt dat ze elkaar kennen), geen vraag naar fijne kneepjes van het boeddhisme, geen vraag naar psychologische gegevens als

6 Isan doet hier eigenlijk hetzelfde als de zen-meester uit het vorige verhaal, die via de setting waarin hij vraagt naar het geluid van één klappende hand, de monnik laat denken dat die vraag intellectueel te beantwoorden is.

persoonlijkheidsstructuur, maar een existentiële vraag. Die vraag komt neer op “Wie ben je eigenlijk?”, “Wat is de innerlijke vlam die in je brandt?”, “Waardoor word je bezielde?”, in feite een vraag naar de kijker in je, die openstaat voor alle zintuiglijke en andersoortige impressies zonder die te interpreteren, beoordelen, benoemen of intellectualiseren.

Toen hij deze vraag hoorde, was Kyōgen met stomheid geslagen en wist niet wat hij zeggen moest. Hij pijnigde zijn hersens en bood allerlei antwoorden aan, maar Isan schoof die aan de kant.

Voor Kyōgen is deze existentiële vraag het psychologisch equivalent van een handgranaat, waar hij totaal niet mee uit de voeten kan. De vraag is namelijk alleen te beantwoorden door iets te doen (of na te laten) waaruit blijkt dat je tot kijken in staat bent. Dat kan van alles zijn: de zen-meester aankijken met een blik van “Neem je schoonmoeder in de maling”, schaterlachend het klooster verlaten, niet meer naar de meester toe rennen om hem de ‘oplossing’ voor te leggen (het vorige verhaal), hem een klap met zijn eigen staf geven, antwoorden in de trant van “Weet ik veel”, of wat er verder maar in iemand opborrelt. Er geldt echter één voorwaarde: de (non-)actie moet spontaan zijn en diep uit jezelf voortkomen. Het mag dus geen toneelstukje zijn dat je opvoert ter imitatie van een eenmaal gegeven antwoord, of een truc die de functie heeft een zich aandienend intellectueel antwoord te onderdrukken (vgl. het advies van de logicus uit het vorige verhaal – zie noot 4). In plaats van iets te doen waaruit blijkt dat hij handelt vanuit zijn eigen innerlijke vlam, doet Kyōgen iets dat in ieder geval fout is: Isan bestoken met aan boeken ontleende antwoorden, waarmee Kyōgens hoofd ongetwijfeld vol zit. En met dergelijke antwoorden neemt Isan geen genoegen.

Ten slotte zei Kyōgen: “Ik smeek u, leg het me alstublieft uit.”

U ziet de spanning toenemen. Kyōgen blijft ronddraaien in zijn geleende kennis, maar is niet in staat binnen dat kader een antwoord te vinden. Uiteindelijk smeekt hij zijn voormalige medereiziger op het spirituele pad hem uit te leggen wat het juiste antwoord is.

Denk niet dat Isan dat gelaten ondergaat: het is nogal wat om een leerling zo te zien lijden, temeer daar Isan met één kleine aanwijzing het lijden kan verzachten. Een dergelijk draaglijk maken van Kyōgens lijden zal echter slechts een tijdelijk effect hebben, en – net als ‘sex, drugs & rock ’n’ roll’ – voor een ogenblik de druk van de ketel halen. Zolang het probleem evenwel niet met wortel en tak is uitgeroeid, zal het onbehagen bij Kyōgen weer kunnen toe-

nemen en opnieuw tot een crisis leiden, maar dan op een nóg dieper niveau. Gelukkig weet Isan de verleiding van een tijdelijke oplossing te weerstaan, want hij blijkt een eersteklas zen-meester te zijn, die niet kiest voor de – ook voor hem – gemakkelijke uitweg. In plaats daarvan komt hij met de volgende respons:

“Wat ik zeg, komt uit mezelf. Hoe kan *jouw* geestesoog daarvan profiteren?”

Maak niet de fout in dit antwoord iets hautains of neerbuigends te lezen, want dan komt u in een gemoedstoestand die niet anders is te kwalificeren dan als paranoia. Hoe een dergelijke paranoia kan ontstaan, wordt duidelijk gemaakt door de hoofdpersoon van een van onze onderwijsprojecten, waarbij aan studenten een uitvoerige casus werd voorgelegd. Op de vraag waarom deze zeer intelligente jongeman op de middelbare school van die lage cijfers voor wiskunde scoorde, terwijl uit zijn werk met computers toch gebleken was dat hij beschikte over een groot wiskundig inzicht, gaf hij antwoord door een incident te schetsen:

Onze leraar wiskunde liep voortdurend te schamperen op alfa-vakken: inspiratie, intuïtie, vaagheid en wolligheid troef. Nee, dan bèta: hard, rationeel, consistent en logisch te beredeneren. Op een dag moesten we bewijzen dat twee delen van een vierhoek congruent waren. Niemand zag daar kop of staart aan. Toen moest Fons voor de klas komen, meneers lievelingetje. Die zei: “Kijk meneer, als je nou een hulplijn trekt van daar naar daar” Ja, toen zagen wij het ook. Als je eenmaal op het idee van die hulplijn was gekomen, was de rest maar tikken. Maar hoe kwam je op dat idee?

Ik vroeg het de leraar en die werd boos. Met een rood hoofd mompelde hij iets van “Wiskundig inzicht ...” en ging over tot de volgende som. Pas later begreep ik waarom hij boos werd: zijn “wiskundig inzicht” was natuurlijk niets anders dan inspiratie, intuïtie, vaagheid en wolligheid, dingen die hij zei zo te verfoeien. Op dat moment maakte ik echter de fout die psychiaters ‘paranoia’ noemen: ik begon te vermoeden dat wiskundigen zo goed met hun vak uit de voeten konden omdat ze dingen wisten die ze voor mij achterhielden. (Project materieel strafrecht 1994-’95.)

Het is dus niet zo dat Isan dingen weet die hij voor Kyōgen achterhoudt (al zal de laatste ongetwijfeld die mening zijn toegedaan). Integendeel, zijn uitspraak is recht door zee: “Ik kan kijken, maar dat is niets bijzonders, in ieder geval niet iets waar een bijzondere techniek voor nodig is. Ik kan je dus ook niet vertellen *hoe* ik dat doe, want ik doe het gewoon. Dat brengt met zich dat *jij* niet kunt profiteren van het feit dat *ik* het kan.” Met die laatste zin duidt Isan op het feit

dat veel dingen alleen écht geweten kunnen worden als men ze zelf ervaren heeft. Dat punt speelt steeds als het gaat om subjectieve kennis. Als ik bijvoorbeeld wil weten hoe kreeft smaakt, heb ik weinig of niets aan een verbale en objectieve beschrijving (“Kreeft smaakt als garnaal, maar dan anders”, een beschrijving die bovendien alleen betekenis heeft voor iemand die al bekend is met die smaak); er zit niets anders op dan uit eten te gaan in een goed visrestaurant, kreeft te bestellen en dat te verorberen. Pas dan kom ik echt te weten hoe kreeft smaakt. Bij die subjectieve kennis zit er niets anders op dan dat ieder mens voor zichzelf opnieuw het wiel uitvindt, of hij dat nu leuk vindt of niet. Dat geldt ook voor vaardigheden als kijken: iedereen moet dat voor zichzelf doen, en doet dat ook, zelfs degenen die zich druk maken over de vraag *hoe* ze dat moeten doen. En in die situatie bevindt Kyōgen zich, die op geen enkele wijze kan profiteren van het feit dat Isan tot kijken in staat is.

Kyōgen zocht al zijn boeken en de aantekeningen door die hij gemaakt had over autoriteiten van iedere school, maar hij kon geen woorden vinden die hij kon gebruiken als een antwoord op de vraag van Isan. Zuchtend sprak hij tot zichzelf: “Je kunt geen lege maag vullen met afbeeldingen van rijstkoekjes.”

Hoewel Kyōgen tegenover Isan al heeft toegegeven dat hij er niet uitkomt, kan hij het toch niet laten terug te gaan naar zijn boeken en aantekeningen. Daar zoekt hij echter tevergeefs naar een antwoord dat Isan tevreden zou kunnen stellen. Dat is geen wonder, want wat hij in zijn boeken en aantekeningen vindt is – direct of indirect – *altijd* geleende kennis, die Isan nimmer tevreden zal stellen.

Interessant is de conclusie die hij trekt: “Je kunt geen lege maag vullen met afbeeldingen van rijstkoekjes.” Die conclusie, met zijn onderscheid tussen objectniveau (de honger) en metaniveau (de afbeeldingen van rijstkoekjes), lijkt sterk op de constatering van Bateson e.a. dat veel mensen het menu verorberen in plaats van het hun voorgedekte eten. De metafoor van de lege maag en de afbeeldingen is opmerkelijk omdat het verhaal zich afspeelt in het China van de negende eeuw, en de ideeën over object- en metaniveau in onze cultuur pas in de twintigste eeuw werden ontwikkeld.

Laat ik wat dieper ingaan op de historische achtergrond van een en ander. Zen gaat het om de situatie die het verhaal illustreert, en laat zich – met het karakteristiek-oosterse *dédain* voor geschiedenis – weinig gelegen liggen aan de historische of feitelijke juistheid van de details ervan. Zo zijn de namen in dit verhaal Japans: ‘Isan’ heette in het Chinees *Kuei-shan*, die leefde van 771 tot 853, ‘Hyakujō’ was in het Chinees *Hui-hai*, die leefde van 720 tot 814, en ‘Kyōgen’ was *Hsiang-yen*, van wie internet slechts vermeldt dat hij in de negende eeuw

leefde. Het feit dat de namen Japans zijn, betekent niet dat het verhaal zich in Japan heeft afgespeeld; het dateert uit de tijd dat Isan en Kyōgen leefden, het China van de negende eeuw (de tijd dat bij ons de Noormannen binnenvielen en, in het Verre Oosten, vier eeuwen voor ch'an de oversteek maakte naar Japan).

Daarop verbrandde hij zijn boeken en papieren, tot zichzelf zeggend: “Ik geef de studie van het boeddhisme op. Ik blijf de rest van mijn leven een rijstepapmonnik en vermijd voortaan mijn geest te martelen.”

Wat Kyōgen hier doet, lijkt radicaal en revolutionair, maar is in feite niet meer dan een *reactie*. Een reactie wordt ingegeven door het intellect, en is daarom volledig gebonden door de wetten van de aristotelische logica: A wordt niet-A, a-b-c wordt x-y-z, en het midden wordt altijd overgeslagen (het is óf A, óf B, en niets kan iets van allebei hebben). Zo ook met Kyōgens reactie, die 180° afwijkt van wat hij daarvoor deed. Eerst leefde hij met, voor, door en in zijn boeken, en nu moet hij er niets meer van hebben: hij verbrandt ze zelfs. Met het verbranden ervan laat hij bovendien zien dat hij daar nog steeds door gebonden wordt: eerst was hij er verliefd op, en nu háát hij ze. Je zou bijna medelijden krijgen met die arme boeken, want die hebben hem niets kwaads gedaan. Misschien bevatten ze de letterlijke tekst van allerlei sutra's, becommentarieerd door het toenmalige equivalent van hoogleraren; daar is niets mis mee, zolang je die boeken maar niet gebruikt om te leren kijken, want dat kun je al (al denkt Kyōgen dat hij dat niet kan, want hij wordt nog steeds geobsedeerd door de vraag *hoe* hij dat moet doen).

Dat het hier slechts een reactie betreft, blijkt ook uit zijn resolutie omtrent wat hij *voortaan* zal doen: in plaats van een intellectueel van professie te zijn, besluit hij een eenvoudige monnik te worden, die zich afzijdig zal houden van iedere intellectuele arbeid. Met deze resolutie lijkt hij op iemand die een besluit neemt op te houden met zijn verslaving: “Nu is het afgelopen. *Ik* ben tenslotte de baas hier!” – proloog p. 255. Met zo'n besluit schiet hij niet veel op. Weliswaar komt dat voort uit een heroïsche houding, maar heroïek heeft – net als alle dingen die opgeklopt zijn – de neiging in te zakken. Zoals Bateson zich al eens afvroeg: “Waar blijft je mooie houding als je je woord houdt? Dan zit er niets anders op dan terug te vallen in je verslaving en opnieuw een besluit te nemen dat het nu écht afgelopen is.” En zo blijf je ronddraaien op het rad van het nemen van een besluit naar het breken ervan, wat vervolgens opnieuw moet worden genomen en gebroken, enzovoorts. Nee, de arme Kyōgen laat met deze radicale acties alleen zien dat hij muurvast zit in zijn intellect.

Bedroefd verliet hij Isan, en nam het zichzelf opgelegde baantje aan van grafbewaarder.

Het verhaal slaat hier een stap over, want er wordt niet meer gepraat over Kyōgens besluit voortaan een eenvoudige monnik te blijven. Blijkbaar is het voor mensen met enig benul van psychologie evident dat het nemen van besluiten iets te *gaan* doen een dermate heilloze weg is naar het *doen* ervan dat daar geen woord aan vuil hoeft te worden gemaakt. Het verhaal veronderstelt dus impliciet dat Kyōgen ook wel begrijpt dat zijn besluiten niets meer zijn dan poses, waarmee hij uitsluitend zichzelf voor de gek houdt. In plaats daarvan geeft hij de hele boel op, verlaat Isan, en neemt een baantje dat uit simpele handarbeid bestaat. Met deze ‘resignatie’, die met spijt in zijn hart plaatsvindt, neemt de onmiddellijke druk op Kyōgen enigszins af, zodat hij in staat is zich af en toe te ontspannen.

De toevoeging dat het werk als grafbewaarder door hemzelf is opgelegd, geeft aan dat er meer aan de hand is dan dat Kyōgen op een begraafplaats gaat werken. Zen geeft hiermee aan dat het graf tevens een metafoor is voor het graf van zijn eigen intellect; Kyōgen waakt daarover door er nauwgezet op toe te zien dat zijn intellect niet uit het graf herrijst om opnieuw door zijn geest te gaan spoken. Het volgende stuk in het verhaal verlaat evenwel die metafoor en schakelt over naar zijn letterlijke baan als bewaarder op een begraafplaats.

Op een dag, toen hij de grond aan het vegen was, raakte een steen een bamboestengel. Kyōgen was met stomheid geslagen, terwijl hij zichzelf voor een ogenblik vergat.

Op een moment dat Kyōgen in staat is zich te ontspannen, moet er iets onverwachts zijn gebeurd. Misschien raakte hij bij het aanvegen van de grond een kiezelsteentje op zo’n manier dat dat ging doorrollen en pas enige meters verder tegen een bamboestengel tot stilstand kwam. Dat soort coïncidenties zijn onwaarschijnlijk, maar geenszins onmogelijk. We kennen allemaal wel zoiets. Stel dat in uw werkkamer op drie meter afstand van uw bureau een prullenbak staat die bestemd is voor papierafval. Als u in uw werk opgaat, gooit u vaak proppen in de richting van die bak. Daarbij zal het u eigenlijk een zorg zijn of de proppen nu in of naast de prullenbak terechtkomen, want het laatste wat u doet voor u uw werkkamer verlaat is het oprapen van de proppen die ernaast zijn gevallen. Het is echter alleszins mogelijk dat een van de proppen uw hand verlaat, een perfecte parabool beschrijft en precies midden in de prullenbak terechtkomt, een worp die zo mooi is dat u even sprakeloos bent. Zoiets moet ook Kyōgen zijn overkomen. Hij ziet de steen doorrollen en hoort dat deze in

zijn vaart gestuit wordt door de bamboestengel. Op dat moment staat hij sprakeloos en vergeet zichzelf voor een moment. Dat moment is er een waarop er iets met hem gebeurt (daarover straks meer).

Het incident met de steen en de bamboestengel is op zichzelf onbenullig en triviaal, en is alleen belangrijk omdat het fungeert als *trigger* in een situatie van steeds toenemende druk op Kyōgen, gevolgd door een ogenblik van ontspanning. Maak echter niet de fout in dat onbenullige incident iets causaals te zien, want dan begaat u de fout die ook de eerderaangehaalde hoofdpersoon uit ons onderwijsproject beging na zijn satori-achtige ervaring bij een wandeling op de Maasbandijk:

Eerst probeerde Edwin uit of er iets was dat als het ware garant staat voor dit soort stemmingen, maar dat bleek niet zo te zijn: noch het waarnemen van schitterende landschappen (Edwin heeft later wel twintig keer zijn wandeling over de Maasbandijk herhaald – iedere keer vergeefs), noch het horen van bepaalde muziek (de Goldberg-varianties van Bach en de Préludes van Debussy waren ieder één keer goed voor zo'n stemming), noch de geur van kuilgras (één keer) en al evenmin het volgen van een druppel regenwater op de buitenkant van een autoruit (eenmalig). Dit soort ervaringen lieten zich absoluut niet dwingen; veeleer overkwamen ze hem als hij opgaf ernaar te streven. (Project materieel strafrecht 1994-'95.)

Als u het incident als causaal beschouwt, bent u (als het gebeuren al herhaald kán worden) gedwongen het keer op keer te herhalen. Dat kan het maken van dezelfde wandeling zijn, het afspelen van dezelfde muziek, het waarnemen van dezelfde gang van zaken, het opsnuiven van dezelfde geur, enzovoorts. Dit repeteren krijgt al snel een ritueel karakter, want deze ervaringen bevatten de tweede keer hooguit nog een echo van wat ze de eerste keer waren, een echo die met iedere herhaling minder wordt en al snel totaal verdwenen is.

Plotseling barstte hij in luid gelach uit, en raakte verlicht.

Kyōgen is na het geluid van de steen tegen de bamboestengel met stomheid geslagen en vergeet zichzelf voor een ogenblik. Op dat moment wordt hem in een flits duidelijk dat zijn probleem *bestaat* uit zijn pogingen het op te lossen: de wereld (incl. zijn eigen kijken) is al die tijd gewoon doorgegaan en heeft zich – gelukkig – niets aangetrokken van zijn gepeins en gepieker. Tevens realiseert hij zich dat hij helemaal geen controle heeft (en ook nooit gehad heeft) over zijn kijken, zodat hij door zich druk te maken over de vraag *hoe* hij moest kijken, bezig was met een vraag die volslagen onzin is. En dat is wat Isan hem al die

tijd heeft getracht duidelijk te maken, al was hij niet in staat dat te begrijpen omdat hij zo gepreoccupeerd was door zijn gedachten. Die flits gaat gepaard met een in lachen uitbarsten over wat een stomme idioot hij is geweest, die blij mag zijn dat de wereld (incl. zijn meester Isan) zoveel geduld met hem heeft gehad. Het eerste wat hij dan ook doet, is dank betuigen aan Isan.

In lachen uitbarsten komt in zen veelvuldig voor. Het betreft zelden of nooit een humor die *ten koste* gaat van iemand anders, maar die duidt op een plotseling doorbrekend inzicht dat je een idioot bent geweest door maar niet te zien wat je allang wist, zoals in dit verhaal Kyōgen in de lach schiet op het moment van zijn satori. Maar er is meer met humor, zoals een ingeblikte mop al duidelijk kan maken. Moppen beginnen steeds met het neerzetten van een situatie, en naarmate de mop vordert, begint het intellect zich al in te stellen op de voor spelbare uitkomst. In de *punch line* van de mop wordt plotseling duidelijk dat het intellect al die tijd naar het noorden is gestuurd, terwijl het werkelijke verhaal al lang naar het zuiden is afgeslagen. Zo fopt het intellect niet de rest van het brein (zoals in het relaas van Frank over de horloges die vijf minuten vooruit worden gezet – zie Naschrift Opzet en Culpa, p. 67), maar fopt de rest van het brein het intellect. Om dit wat theoretische verhaal te illustreren, kan ik moeilijk anders dan u een mop voor te leggen:

Een winkel die alles verkoopt wat een gezin op het platteland nodig heeft, heeft een onervaren assistent-verkoper in dienst genomen. Deze assistent-verkoper laat steeds de klanten vertrekken met alleen datgene waar ze om vroegen. De hoofdverkoper zint dit niet, want zoals hij zijn assistent uitlegt: “Als je de mensen alleen geeft waar ze voor kwamen, heb je niets verkocht. Dat doe je pas als je ze met méér laat vertrekken dan waar ze om vroegen. Let maar eens op hoe *ik* dat aanpak.” De eerste klant die na dit gesprek binnenkomt, vraagt om vijf kilo graszaad. Als de hoofdverkoper de zak graszaad op de toonbank heeft gezet, vertelt hij de klant dat de zaak ook grasmaaiers in de aanbieding heeft. Daarop vraagt de klant:

- Wat moet ik nou met een grasmaaier?
- Dat is simpel: als het graszaad eenmaal opkomt, moet het gras direct worden gemaaid. Dan heeft ú alvast een grasmaaier, die momenteel maar de helft kost van wat de normale prijs is.
- Daar zit wel wat in. Nou, doe er maar eentje bij.

Als de klant graszaad en -maaier heeft afgerekend en weer vertrokken is, zegt de hoofdverkoper tegen zijn assistent: “Zo doe je dat. De volgende klant is voor jou.” Even later komt de volgende klant bij de toonbank, die zegt dat zijn vrouw hem heeft gestuurd om een pak maandverband. Als de assistent-verkoper het gevraagde

op de toonbank heeft gelegd, vertelt hij de klant dat de zaak ook grasmaaiers in de aanbieding heeft. Verbijsterd vraagt de klant:

- Wat moet ik in hemelsnaam met een grasmaaier?
- Als er toch niks te neuken valt, kan je net zo goed het gras gaan maaien.

Opvallend is de nauwe overeenkomst tussen de zen-meester en de verteller van bovenstaande mop. De zen-meester moet er immers voor zorgen dat zijn pupil in de waan komt (c.q. blijft) dat op de vraag die hij nú gaat stellen een intellectueel antwoord mogelijk is. Dat bereikt hij in het geval van de monnik door de zorgvuldig aangeklede setting waarin hij de vraag stelt, en in het geval van Kyōgen door een schijnbaar compliment. Vervolgens stelt de zen-meester – binnen het door hemzelf gecreëerde kader – een vraag die binnen dat kader niet te beantwoorden is. Zo moet ook de verteller van de mop er in het neerzetten van de situatie nauwgezet op toezien dat de luisteraars gaan verwachten dat de assistent-verkoper begrepen heeft wat de hoofdverkoper bedoelde, en bijvoorbeeld ook een rookworst verkocht aan een klant die slechts om boerenkool kwam of een bijpassende stropdas sleet aan iemand die alleen een overhemd wilde (de voorspelbare uitkomst, die de mop zou reduceren tot een weinig-zeggende anekdote). In de punch line wordt echter duidelijk dat de assistent écht een uilskuiken is, die uit het voorbeeld van de hoofdverkoper alleen heeft afgeleid dat hij *iedere* klant een grasmaaier moet aansmeren. In de situatie zoals de assistent-verkoper die begrepen heeft, kan hij niet anders dan een associatie leggen tussen het maandverband en het maaien van het gras, een associatie die even schuin als onverwacht is. Het enige verschil tussen de moppentapper en de zen-meester is dat de punch line door de verteller zelf wordt geleverd, terwijl die in de zen-verhalen van buiten komt: de roep van een koekoek en het rollen van een steentje tegen een bamboestengel. Het resultaat na de punch line is echter hetzelfde: zowel Kyōgen als de toehoorders van de mop barsten in gelach uit.

Daarop keerde Kyōgen naar zijn hut terug, verrichtte de ceremonie van zuivering, brandde wierook en betuigde eerbetoon aan zijn meester Isan. Daarbij sprak hij met het diepste gevoel van dankbaarheid: “Grote Meester, dank u! Uw betrokkenheid bij mij is zelfs groter dan die van mijn ouders. Als u het diepe mysterie aan mij had uitgelegd toen ik u smeekte mij een antwoord te geven, had ik nooit het punt bereikt waar ik nu ben.”

Eerst verricht Kyōgen een aantal voorgeschreven rituele handelingen (welke dat zijn, doet niet ter zake), om zich vervolgens tot zijn meester Isan te wenden. Hem betuigt hij zijn dank, die uit de grond van zijn hart komt. Kyōgen is zo dankbaar omdat hij goed begrepen heeft welke druk hij op Isan heeft gelegd

door zijn smeekbede hem het goede antwoord te geven. Als Isan aan die druk had toegegeven en ook maar de kleinste suggestie had gedaan (“Kijk eens in de Diamant-sutra: daar vind je misschien iets ...”), had hij Kyōgen opnieuw op een jarenlange *wild goose chase* gestuurd in plaats van hem nú te doen begrijpen waar het om draait.⁷

Tot slot van deze paragraaf een caveat: sommige passages, bijvoorbeeld die waarin gesuggereerd wordt dat zen technieken zou hanteren, geven blijk van een doel/middel-denken. Die doelgerichtheid staat haaks op het onderwerp, en levert een proza op waarvan Gertrude Stein zei: “Het ziet eruit als stroop, maar het vloeit niet.” (*It looks like syrup, but it doesn't pour.*) Ik wil deze paragraaf dan ook beëindigen met een stuk poëzie, dat wellicht beter dan deze hele paragraaf, uitdrukt wat de bedoeling ervan was:

De rivier die gekleefd wordt
door de boeg van het binnenvaartschip,
de regendruppel op de ruit,
de vrouw die me verwonderd aankijkt –
in deze dingen ligt een diepe betekenis,
maar als we die willen uitdrukken,
vergeten we plotseling de woorden.

11.2 Restant uit proloog

Al was het alleen om te laten zien dat een diepe interesse in zen niet gepaard hoeft te gaan met een anti-intellectualisme, besteed ik in deze paragraaf aandacht aan een arrest op het terrein van het corporatieve ouderschap, te weten HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 (Zijpe). Aangezien dit arrest is gewezen nadat de tekst voor de derde druk van Prologen al bij de uitgever was ingeleverd (maart 2003), is het nog niet in de proloog verwerkt.

Als je een zen-meester de vraag zou stellen “Wat is eigenlijk een gedraging?”, zou hij bij wijze van antwoord meewarig glimlachen. Die meewarige glimlach drukt dan iets uit van “Wat een idiote vraag is dat! Iedereen weet dat toch?” Waarschijnlijk zou onze zen-meester met instemming kennisnemen van de volgende passage uit de Algemene Nederlandse Spraakkunst over het onderscheid tussen actieve en passieve zinnen:

⁷ Een *wild goose chase* is een Engelse uitdrukking voor een hopeloze/vruchteloze onderneming, en betekent niet een jacht op wilde ganzen. De connotatie van deze uitdrukking is namelijk dat de wilde ganzen in het geheel niet bestaan, zodat de jacht daarop sowieso vruchteloos is.

Als logisch onderwerp [van een passieve zin] wordt steeds een menselijk of een als zodanig voorgesteld wezen geïmpliceerd. Dit verklaart dat zinnen als de volgende uitgesloten zijn:

- 1 Er wordt geregend. «uitgesloten»
- 2 Er wordt geblaat. «uitgesloten»

In dit verband wordt ook de reactie van de tweede spreker in het volgende gesprekje duidelijk (de twee personen staan in de tuin en horen een bepaald geluid):

- 3 A: Er wordt gefloten.
B: Nee, dat is een vogel.

(ANS 1997, p. 1417.)

Uiteraard is de context hier allesbepalend. Wanneer tijdens het tv-verslag van een voetbalwedstrijd de commentator opmerkt: “Er wordt gefloten voor buitenspel” zal het eenieder duidelijk zijn dat hij doelt op het fluiten van de scheidsrechter. Zo kunnen ook uitdrukkingen als “Er werd maar wat geblaat” uitstekend worden gebruikt om de voortgang van een vergadering te typeren.

Het komt er dus op neer dat gedragingen alle gebeurtenissen zijn die in de passieve vorm kunnen worden gezet. Als Zeus vanaf de Olympus dondert (iets anders is “Zeus dondert van de Olympus af”), wordt er gedonderd, maar in een niet-mythologische context wordt er niet gehittegolfd, gesneeuwd of geonweerd, maar wel mishandeld, verkracht, onder invloed gereden, een valse handtekening gezet of een belastingdiskette onjuist ingetikt. Langs de lijnen van dezelfde evidentie stelt de proloog op p. 263 het volgende:

Hoewel de wet geen bepaling bevat die zegt dat sommige feiten niet door een corporatie gepleegd *kunnen* worden, wordt in de literatuur vaak de vraag gesteld of de delictsomschrijving ‘zich leent voor een functionele interpretatie’. Het antwoord op die vraag komt erop neer dat delictsomschrijvingen waarvan de kern bestaat uit een fysiek handelen (mishandelen, verkrachten of rijden onder invloed) niet functioneel kunnen worden uitgelegd, terwijl dat wel geldt voor delictsomschrijvingen zonder zo’n fysieke kern (valsheid in geschrifte of belastingfraude). Met andere woorden: zodra er spieren moeten worden samengetrokken, kan het feit alleen door een naturalistische dader worden gepleegd. Ik vermoed dat deze opvatting wordt ingegeven door de ego-epistemologie als beschreven op p. 254 en volgende. Inderdaad heeft een corporatie geen vuisten om mee te mishandelen, geen penis om mee te verkrachten en geen bloed om met een te hoog bloed/alcoholgehalte daarin een auto te besturen (delicten die zich niet voor een functio-

nele interpretatie zouden lenen); een rechtspersoon heeft echter ook geen handen om een valse handtekening mee te zetten of vingers om een belastingdiskette onjuist in te tikken (delicten als valsheid in geschrifte of belastingfraude, die zich daartoe wel zouden lenen). Daarmee gaat deze opvatting er ten onrechte van uit dat functioneel of corporatief daderschap een kwestie is van het samentrekken van spieren, terwijl het in wezen gaat om het *toeschrijven* van gedrag van een natuurlijk persoon aan een ander natuurlijk persoon respectievelijk een rechtspersoon.

In het Zijpe-arrest overwoog de Hoge Raad:

3.3. Blijkens de wetsgeschiedenis kan een rechtspersoon (in de zin van art. 51 Sr) worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend.

De Hoge Raad ziet het corporatieve daderschap niet meer als een kwestie van het samentrekken van spieren (zoals in de ego-epistemologie), maar als een kwestie van het *toeschrijven* van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon. Volgens overweging 3.3 is dat toeschrijven afhankelijk van de vraag of het redelijk is de gedraging van een natuurlijk persoon toe te rekenen aan de rechtspersoon. Het daderschap van de corporatie is daarmee ook onder de leer van de *redelijke toerekening* gaan vallen, een leer die al goede diensten heeft bewezen op het terrein van de causaliteit (zie Proloog en Naschrift Causaliteit).

Deze overweging spreekt niet meer over een bezwaar tegen het daderschap van een corporatie dat eruit zou bestaan dat de delictsomschrijving een fysieke kern bevat die alleen door natuurlijke personen kan worden vervuld. Dat betekent dat in de onderstaande casus Zircon bv zou kunnen worden vervolgd en veroordeeld als corporatief dader van rijden onder invloed:

Zircon bv, een energiebedrijf als Eneco of Nuon, heeft last van bureaucratische competentieconflicten die via e-mail worden uitgevochten. Teneinde deze conflicten bij te leggen, heeft de Afdeling Verkoop het initiatief genomen tegen het eind van elke werkweek (op vrijdagmiddag) een borrel te organiseren waar alle protagonisten van elkaar bestrijdende afdelingen zijn uitgenodigd, zodat ze de strijdbijl(en) in *face to face*-contacten kunnen begraven. Dit initiatief is – zowel reactief als proactief – dermate succesvol dat de directie van Zircon besloten heeft niet alleen de organisatie van deze borrels over te nemen, maar ook de kosten ervoor voor haar rekening te nemen. Op deze wijze draait Zircon als een soepel lopende machine zonder al te veel interne haperingen. Er is echter één maar. Na de borrel stappen veel participanten met te veel alcohol op in hun door het bedrijf verstrekte lease-auto's en soms zelfs in een auto met het logo van het bedrijf erop. De

directie van Zircon is ermee op de hoogte dat dit geregeld voorkomt, maar besluit niet in te grijpen omdat zij ervan uitgaat dat de politie *overdag* geen alcohol-controles zal houden. Bovendien heeft de Juridische Afdeling de directie geadviseerd dat een corporatie als Zircon bv niet vervolgd kan worden wegens rijden met een te hoog promillage alcohol in het bloed, omdat een corporatie niet eens bloed *heeft*. Hoe dan ook, bij een onverwachte alcoholcontrole op een vrijdagmiddag in november 2003, een controle die wordt gehouden op de uitvalswegen van het bedrijvenpark waar Zircon is gevestigd, blijken twaalf werknemers van het bedrijf te veel gedronken te hebben om nog een auto te mogen besturen. Het OM besluit echter geen vervolging in te stellen tegen deze individuen, maar Zircon bv te vervolgen als corporatief dader van het rijden onder invloed (art. 7 WVV), feitelijk gepleegd door haar werknemers.

De Juridische Afdeling van Zircon houdt zich vermoedelijk vooral bezig met privaats- en bestuursrecht, en heeft van strafrecht weinig verstand. Als zij immers kennis hadden genomen van het arrest van de Hoge Raad van oktober 2003, hadden ze de directie niet zo'n advies gegeven.

Dan overweging 3.4, die volgt op het eerdergeciteerde 3.3, waarin het corporatieve daderschap werd gezien als een probleem van redelijke toerekening en niet als een van fysieke mogelijkheden:

3.4. Vervolgens rijst de vraag wanneer een (verboden) gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend.

Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. Een algemene regel laat zich dus bezwaarlijk formuleren. Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is nochtans of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon.

Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon;
- de gedraging past in de normale bedrijfsuitvoering van de rechtspersoon;
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf;
- de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in

redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging.

In deze overweging vervolgt het arrest met de stelling dat toerekening redelijk is als de gedraging plaats heeft gevonden in de sfeer van de rechtspersoon. Wanneer een gedraging in de sfeer van de corporatie ligt, hangt zo af van de concrete omstandigheden van het geval dat een algemene regel niet te geven is. Toch geeft de raad een viertal indicaties waarmee de vraag beantwoord kan worden of een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon is. Bij die indicaties treffen we een aantal 'oude bekenden' aan:

- de feitelijke dader is in dienst van de rechtspersoon of is daar uit andere hoofde werkzaam voor (in de proloog besproken als onderdeel van het 'beschikkingscriterium' – p. 264). Het college gaat niet in op de vraag wat er moet gebeuren als de persoon in kwestie zijn bevoegdheid in hoge mate overschrijdt, maar misschien kun je dat ook opvatten als een geval waarin hij eigenlijk niet in dienst is van de rechtspersoon (vgl. de eerste fout in de casus-Eurosound over de directeur van dat bedrijf die de boekhouder valse aftrekposten op laat geven – proloog p. 268);
- het feit past binnen de normale bedrijfsvoering van de corporatie. Let wel dat "normale bedrijfsvoering" een feitelijk begrip is, dat niet normatief mag worden uitgelegd: een bedrijf dat zich – gezien zijn statuten – bezighoudt met de import van houtsnijwerk uit Thailand, kan niet zeggen dat de import van heroïne niet bij zijn normale bedrijfsvoering hoort als de corporatie weet dat dat houtsnijwerk geregeld wordt uitgehold en gevuld met heroïne;
- de gedraging is dienstig geweest aan het uitgeoefende bedrijf. Hierin is het aloude 'baatcriterium' te herkennen, dat in de proloog werd gebruikt in de casus-Equinox (p. 264) bij gebrek aan een uitdrukkelijke aanvaarding of verwerping;
- het feit valt onder het 'beschikkings- en aanvaardingscriterium' van het IJzerdraad-arrest (criteria die in de proloog uitsluitend zijn besproken), waarbij het 'aanvaardingscriterium' wordt uitgebreid tot een zorgplicht voor de corporatie om te verhinderen dat de gewraakte handelingen zich voordoen. Deze zorgplicht gaat evenwel niet de kant op van een garantie van de zijde van de corporatie dat het feit zich *nimmer* voor zal doen, maar is eerder een plicht voor de corporatie iets te ondernemen als zij weet dat de kans erop levensgroot aanwezig is, bijvoorbeeld als ze weet dat zulke gedragingen zich weleens hebben voorgedaan (vgl. het feitelijk leidinggeven door een nalatige zoals beschreven in de casus-Joseph B. van de Maasmondse Bank – proloog p. 272 e.v.).

Let wel dat als aan geen van deze indicaties wordt voldaan, dat niet met zich brengt dat de corporatie *geen* dader is: in dat geval vallen we terug onder de paraplu van de redelijke toerekening, en zou een rechter een nieuwe indicatie kunnen formuleren waarom in dit geval de toerekening toch redelijk is. Omgekeerd is ook mogelijk dat ondanks het feit dat aan een of meer van die indicaties wordt voldaan, toerekening niettemin onredelijk zou zijn. De indicaties zijn dus niet meer dan indicaties, en geen waterdichte criteria.

Eén kanttekening bij de uitspraak van de Hoge Raad. Het college overweegt in 3.4 ook nog: “Het antwoord op [de vraag of de toerekening redelijk is] is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, *waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging* (mijn cursivering). Ik acht het gecursiveerde gedeelte niet een criterium waardoor het gegeven dat de gedraging een fysieke kern bevat, de reden zou zijn een corporatie als Zircon bv niet te vervolgen wegens rijden onder invloed. Integendeel, ik zie deze zinsnede meer als een contextuele slag om de arm, die van alles kan betekenen. Mocht latere jurisprudentie echter uitwijzen dat de raad de fysieke kern toch bepalend voor het daderschap acht, dan wordt datgene wat er aan de voordeur is uitgegooid (de ego-epistemologie – vgl. Proloog Corporaties, p. 254 e.v.) via de achterdeur weer binnengehaald. In dat geval is er ook geen reden meer aan het arrest uit oktober 2003 nog speciale aandacht te besteden: het komt dan neer op – zoals we zagen – oude wijn in nieuwe zakken, met hooguit een cosmetische verwijzing naar de redelijke toerekening.

11.3 Meerwaarde van intuïtieve benadering

Dit naschrift lijkt sterk op Naschrift Poging, in die zin dat het grootste gedeelte van het naschrift geen betrekking heeft op het leerstuk dat daarin besproken wordt; in Naschrift Corporaties is dat het corporatieve daderschap.

11.3.1 *Zen*

In plaats daarvan wordt vooral aandacht besteed aan zen, een oriëntaalse (non-) filosofie die tenminste anderhalfduizend jaar oud is. Dat heb ik gedaan omdat het corporatieve daderschap een uitbouw is van het functionele daderschap, dat op zijn beurt is voortgekomen uit het naturalistische daderschap. In deze manier van denken is het daderschap vooral een kwestie van het samentrekken van spieren (de ‘gewilde spierbeweging’), en niet van toerekening. Reeds in de proloog is deze notie gecontrasteerd met de oriëntaalse benadering, waarin men

tracht te doen *ervaren* dat het idee van de ego – die de spieren zou samentrekken – een illusie is. Op twee manieren is geprobeerd het onderwerp te belichten: enerzijds via een zelfbedacht zen-verhaal, gecentreerd rond de *koan*, en anderzijds via zo’n authentiek verhaal. Dat laatste geeft bovendien allerlei ingangen om het onderwerp nog wat beter in focus te krijgen, waarbij met name wordt ingegaan op de historische achtergrond van een en ander en op de belangrijke rol die wordt toegekend aan poëzie en humor.

11.3.2 *Link met huidige jurisprudentie*

Pas in de tweede paragraaf wordt aandacht besteed aan het daderschap van de corporatie. Allereerst geeft het naschrift aan dat ook het gewone daderschap intuïtief benaderd kan worden: in deze optiek mogen ‘gebeurtenissen’ alleen als gedraging worden aangemerkt als die in de passieve vorm kunnen worden gezet (zo wordt er wel ‘gefietst’ maar niet ‘geonweerd’). Daarnaast wordt het corporatieve daderschap besproken aan de hand van HR NJ 2006,382, waarin naast de causaliteit ook het daderschap van de corporatie wordt beschouwd als een kwestie van redelijke toerekening. Als dit arrest het ook mogelijk zou maken een vervolging in te stellen tegen een corporatie vanwege een delict dat zich “niet leent voor een functionele interpretatie” (het naschrift omschrijft het geval van Zircon BV en het rijden onder invloed van haar werknemers), wordt met deze jurisprudentie werkelijk een stap gedaan in de richting van een intuïtieve benadering.

12 Epiloog

In een aparte slotparagraaf bij ieder Naschrift is per leerstuk in het kort geschetst wat bij het begrijpen van het strafrechtelijk leerstuk dat in Proloog en Naschrift aan de orde was geweest, de meerwaarde was van een intuïtieve benadering ten opzichte van een manier van benaderen die intellectueel, rationeel, digitaal, verbaal en logisch is. Veelal bleek die meerwaarde al uit het naschrift zelf, en vatte de paragraaf – in soms andere bewoordingen – die samen.

Zoals reeds is aangegeven aan het begin van de Algemene inleiding (p. 1), moesten de paragrafen over de meerwaarde van de intuïtieve benadering niet gelezen worden alsof zij een uitputtende analyse bevatten van het geldende recht. Integendeel, met name de selectie uit die rechtspraak is zodanig geweest dat alleen uitspraken aan de orde zijn gekomen die in overeenstemming waren met de intuïtie of juist een contra-intuïtief karakter hadden. Zoals in 1.1 uiteen is gezet, staan selectie en presentatie van het geldend recht in dit proefschrift in het teken van de presentatie van een intuïtieve benadering. Er is evenmin sprake van een uitputtende presentatie van geldend recht als premisse die tot een intuïtieve benadering zou dwingen.

12.1 Meerwaarde per leerstuk

Uit de slotparagrafen per leerstuk is wederom het centrale thema van dit proefschrift gebleken: zowel het onderwijs in het materiële strafrecht als de wetenschappelijke beoefening daarvan moeten meer plaats bieden aan *subjectieve*

kennis (zie omtrent het verschil tussen ‘weten’ en ‘kunnen zeggen’ Naschrift Opzet en Culpa, p. 68 e.v.). Dat betekent dat in woord en geschrift meer het accent moet liggen op ‘laten zien’ in plaats van ‘benoemen’, of op ‘oproepen van beelden’ versus ‘informatie over begrippen’, zoals beschreven in diverse ingangen van het schema analoog/digitaal (Algemene inleiding, p. 9). Dat accentverschil komt erop neer dat de intuïtie het primaat heeft, zodat het intellect de intuïtie nimmer kan vervangen maar slechts aanvullen of verfijnen;¹ anders gezegd, de stroomrichting moet intuïtie → intellect zijn, en niet intellect → intuïtie. Zo vloeien in de (correcte) primair-intuïtieve benadering allerlei intellectuele onderscheidingen voort uit concrete casussen, terwijl in de (verkeerde) primair-intellectuele optiek die casussen niet meer zijn dan een bloedeloze illustratie van dat intellectuele apriori. Het primaat van de intuïtie brengt met zich dat – als en voorzover onder een strafrechtelijk leerstuk een intuïtieve basis ligt – de intellectuele vormgeving daarvan rekening moet houden met de vaak grillige patronen die de intuïtie volgt. Als dat niet gebeurt, wordt de omgang met het leerstuk gedomineerd door de logica, is het omgaan ermee moeizaam en ingewikkeld, en is niet meer uit te leggen aan “een redelijk intelligente beoefenaar van een ander vakgebied” (criterium van AG Leijten). Die vervanging van de grillige intuïtie door de rechtlijnige logica heeft vooral nadelige effecten indien de leerstukken een grote plaats inruimen voor het analoge aspect, zoals opzet en culpa, en deelneming. In Naschrift Opzet en Culpa werd bijvoorbeeld ingegaan op het voor de intuïtie belangrijke verschil tussen twee prototypen van het voorwaardelijk opzet, en werd geconcludeerd dat dat door de intuïtie ervaren verschil zou moeten doorwerken in de intellectuele uitwerking van diverse leerstukken. Een tweede voorbeeld was Naschrift Deelneming, waarin de deelnemingsvorm van het medeplegen werd geanalyseerd in termen van het mechanisme van de Gezamenlijke Aandacht, een manier van benaderen die veel intuïtiever en subtieler bleek dan de gebruikelijke verbale en intellectuele instrumenten.

Naschriften Opzet en Culpa, en Deelneming zijn opgenomen omdat daar de intuïtieve benadering rechtstreeks geconfronteerd kon worden met de intellectuele; daaruit bleek dat de intuïtieve benadering eenvoudiger en sneller was, en tot een bevredigender uitkomst leidde dan de gebruikelijke intellectuele benadering. Als zo’n rechtstreekse confrontatie niet mogelijk was (bij de leerstukken

1 Als de intuïtie kan worden gelijkgesteld met wat hij het ‘moderne onbewuste’ noemt (en het intellect met het bewuste), is volgens een recent boek van de Nederlandse psycholoog Ap Dijksterhuis de verwerkingscapaciteit van de intuïtie 200.000 keer zo groot als die van het intellect: respectievelijk 11,2 miljoen tegenover een armzalige 60 bits per seconde (Dijksterhuis 2007, p. 23–4). Geen wonder dat het intellect de intuïtie nimmer kan *vervangen*!

rechtsmacht, strafuitsluitingsgronden, en samenloop en ne bis in idem, waar een intuïtieve basis goeddeels ontbrak), is aan dat leerstuk ook geen naschrift gewijd. De resterende naschriften (Causaliteit, Posing en Corporaties) zijn geschreven omdat over dat leerstuk vanuit de intuïtie iets bijzonders te melden viel. Bij Causaliteit leek het zinnig erop te wijzen dat in de cognitieve wetenschap op een heel andere manier wordt omgegaan met vragen die het strafrecht aanmerkt als een probleem van causaliteit, terwijl ook de Hoge Raad dat probleem niet meer ziet als een vraag van natuurwetenschappelijke aard maar van aansprakelijkheid. Bij Posing werd ingegaan op de paradoxen die ontstaan wanneer het doel/middel-denken, dat op het terrein van de posing adequaat is, toegepast wordt op het bereiken van doelen die langs die weg in het geheel niet bereikt *kunnen* worden. Bij Corporaties ten slotte, waar de Hoge Raad voor wat het corporatieve daderschap betreft de ego-epistemologie lijkt te hebben ingeruild voor de redelijke toerekening, werd uitvoerig ingegaan op een (non)filosofie als zen, die mensen ertoe tracht te bewegen afstand te nemen van die epistemologie.

12.2 Reactie of respons?

De veel grotere verwerkingscapaciteit van de intuïtie (zie noot 1) schept wellicht de mogelijkheid dat op een andere wijze wordt omgegaan met incidenten. Terwijl het intellect slechts het topje van de ijsberg kan zien en daarmee niet verder komt dan een *reactie*, is de intuïtie, die meer ziet dan slechts het intellectuele topje dat boven het water uit steekt, in staat een *respons* te geven. Het verschil bestaat er voornamelijk uit dat een reactie zich kenmerkt door een splitsing tussen denken en doen, waarbij het denken doorgaans voorafgaat aan het doen.² Daarentegen kan een respons worden gekarakteriseerd als voortkomend uit een integratie van denken en doen, in die zin dat het denken het doen *is* en het doen het denken. Een aantal verdere typering hangt hiermee samen: een reactie is a priori bedacht, automatisch en myopisch, en een respons is spontaan, individueel en – bovenal – panoramisch. Een respons veronderstelt immers dat de hele context is bezien, dus niet alleen de persoon die de gedraging stelt en de situatie waarin dat gebeurt, maar is ook plaats voor overwegingen omtrent de eigen positie in het geheel. De omvang van dat onderzoek lijkt te impliceren dat voor een respons veel meer tijd nodig is dan voor een reactie, maar dat is niet zo: er is nauwelijks tijd nodig voor zo'n panoramisch overzicht, want op de een of andere manier heeft het organisme de benodigde gegevens al

2 Iemand die ook niet verder kwam dan een reactie, is de intellectueel Kyōgen uit Naschrift Corporaties, p. 293 e.v. Daar werd tevens dieper ingegaan op de kenmerken van een reactie *op zichzelf*, dus los van de samenhang met een respons.

lang verwerkt voordat de intuïtie iets aan het intellect door kan geven. Anders gezegd: er is geen lang denkproces nodig om ‘de houding te bepalen’, want die houding *is al* bepaald – het enige wat hoeft te worden gedaan, is constateren dat die houding zo *is*. Lang piekeren wijst daarentegen eerder op een reactie. Dat gepieker kan vóór het incident plaatsvinden (dan is die van tevoren uitgedachte reactie doorgaans vastgelegd in een beleid of strategie – vandaar het automatische karakter ervan), maar ook erna. In dat geval begint het broeden meestal omdat in het beleid niet is voorzien dat zo’n geval zich ook weleens voor kan doen, zodat lang moet worden nagedacht over hoe men *voortaan* zal reageren: ook een achteraf bedachte reactie heeft in die zin een a-priorisch karakter.

Leid uit het voorgaande evenwel niet af dat een reactie altijd verkeerd en een respons altijd goed is. Soms kan een reactie namelijk een uitstekende respons zijn, vooral als de reactie geen zelfstandige bron is van allerlei contra-reacties. Wat uit de hiervoor gegeven beschrijving wel mag worden afgeleid, is dat het strafrecht vrijwel uitsluitend bestaat uit reacties, en niet op een situatie kan responderen. Toch is in bepaalde gevallen het strafrecht in staat tot een respons, waarvoor vooral het optreden van de politie zich leent. Laat ik deze epiloog (en daarmee het proefschrift) in stijl beëindigen door een concreet voorval te beschrijven. Dat voorval deed zich voor toen ik met de auto van mijn woonplaats Dordrecht naar de universiteit reed, die – gezien mijn rijrichting – net over de Van Brienenoordbrug ligt. Destijds, nog vóór de verdubbeling van die brug, stond daarvoor een dagelijkse file van een kilometer of vier, maar langs die file liep een baan voor verkeer met bestemming Rotterdam-Zuid. Die (doorgaans rustige) baan leidde echter niet over de Van Brienenoordbrug, maar ging over Zuid naar de Maastunnel. Wat veel uitvreter³ nu deden, was dat ze enige honderden meters langs de file reden en op het laatste moment invoegden in de file voor de Van Brienenoordbrug. Op die manier konden ze een honderdtal auto’s voorkruipen, maar ze dwongen de overige filerijders zo vaak tot stoppen, optrekken, weer stoppen en opnieuw optrekken dat de file voor iedereen een stuk langer duurde. Op een ochtend stond daar een motoragent. Die verhinderde de would-be-uitvreter in te voegen, en nodigde hem met weidse armgebaren uit zijn weg naar Zuid te vervolgen. Daarmee ontnam hij de uitvreter niet alleen zijn kwartier tijdwinst, maar liet hem ook een omweg maken van enige tientallen kilometers. Er was geen enkel verbaal contact tussen agent en uitvreter, maar de bedoeling van de agent was onmiskenbaar: “U wou toch naar Zuid? Nou, ga uw gang.” Het plezier van de overige automobilisten, die braaf in de

3 De term ‘uitvreter’ lijkt in eerste instantie een scheldwoord, maar is een technische term uit de speltheorie voor iemand die zelf geen bijdrage levert, maar wel de vruchten plukt van de samenwerking van anderen. Wordt ook wel de *free rider* genoemd.

file waren blijven staan, was bijna tastbaar, zo genoot men van dit 'koekje van eigen deeg'.

Deze anekdote, die lezers ongetwijfeld kunnen aanvullen met (of vervangen door) andere, heeft geen verdere bedoeling dan duidelijk te maken wat men zich ongeveer moet voorstellen bij de toch wat abstract gebleven term 'respons', en met name over de plaats die een respons in het strafrecht kan innemen. Naast uit het gestelde in de vorige paragraaf, mag uit dit voorbeeld opnieuw blijken dat een intuïtieve omgang met het strafrecht een onmiskenbare meerwaarde heeft boven een louter-intellectuele. Met dat donkerbruine vermoeden ben ik dit proefschrift begonnen; gedurende het schrijven is dat vermoeden zo vast geworden dat het proefschrift de titel heeft gekregen "Pleidooi voor een intuïtieve benadering van het strafrecht". Ik hoop met deze dissertatie een steentje te hebben bijgedragen aan zo'n andere benaderingswijze van het strafrecht.

Summary

The title of the dissertation is 'Plea for a more intuitive approach to criminal law', with as sub-title '*Prologues substantive criminal law* (third edition), accompanied by an introduction and postscripts'. The sub-title indicates that the dissertation consists of postscripts to prologues which have already been published. Hence the summary suffices with summarizing only the new additions.

The General Introduction elucidates a number of issues pertaining to *all* postscripts. The first section introduces the concept of contingency. As soon as contingency starts playing a major part – like it does in many cases subject to criminal law – everything depends on everything else, the course of events as well as follows the laws of nature as is unpredictable, and a scientific method should be endorsed which favours a narrative explanation above an experimental-predicting one. The emphasis in such a narrative explanation should lie on phrasing and handing over subjective knowledge, wherein an analogous way of communication is to be preferred over a digital one. The section then contrasts analogue/digital and explores some of its entries (such as 'presenting' versus 'naming'). The section concludes that the rigorous method used in this dissertation does not lend itself to be put into words. The second section investigates the contents of the intuitive base. This concept cannot be defined; however, by means of three indications an image of it is being depicted. A separate sub-

section tries to have the reader *experience* how cumbersome reasoning without an intuitive base is, while it is quite easy when that base is present.

Postscript Intent and Negligence displays legal notions as intent and negligence to be equivalent to skills which psychology calls 'mindreading'. The postscript continues with a passage from Smullyan 1977, in which the writer contrasts the western view of man-in-the-world with the eastern: in the first view one *has* a purpose, while in the second one purposes are being *served*. In the second section the distinction between having and serving a purpose is being applied to various shapes of intent, ranging from purpose via 'intent with consciousness of certainty' to 'conditional intent'. In latter form the attitude of the offender towards the result is paramount. The section closes with a sub-section on HIV. This sub-section exhibits conditional intent not to be a monolithic concept but to diverge from an active and aggressive "I hope the result will occur" to a passive and resigned "If the result occurs, so be it". Discussed are the consequences this divergence should have, including its possible effects on the rulings of the Dutch Supreme Court. The third section on remnants from the prologue contains a sub-section about the will, which psychology has shown to be more profound than criminal law generally assumes; based on a quote from Bateson 1972 this sub-section concludes with displaying the will to be expressible in various ways, of which unfortunately the most common one leads to systematic but disastrous distortions. Just like any other postscript Postscript Intent and Negligence ends with a section that goes into the added value of an intuitive approach to its subject over the usual intellectual one.

Postscript Causality starts with arguing causality not to be an issue of physical connection but one of liability. A physical connection between action and result should always exist; if its presence is enough depends upon the legal definition to be used in this instance. Being established is that the issue of intent or negligence may shield off the issue of causality. That does not mean that the issue of intent *replaces* the issue of causality, as an extensive example reveals. The second section shows that boundaries in grey areas can usually be drawn by considering them as posing a 'frame problem': such an issue is causality. The section begins with a vivid example to picture the frame problem, and discloses the issue of causality to be solvable in this way. The third section on a remnant from the prologue starts with the distinction between *because* and *while*; that distinction is applied to various forms of superstition in rats and people. Just like any other postscript Postscript Causality ends with a section that goes into the added value of an intuitive approach to its subject over the usual intellectual one.

Postscript Attempt firstly distinguishes the utilitarian and the existential attempt. The doctrine of attempt only concerns the utilitarian one, whereas thinking in terms of reaching existential goals (like establishing a relationship) leads directly to the so-called paradoxes, the subject of the second section. Meanwhile the first section elucidates another entry into the paradoxes, the concept of Learning-II: unconsciously deriving a pattern from day-to-day experience. A familiar form of Learning-II is the instrumental world view, which is elaborately presented. As the instrumental view has merely validity for a limited number of activities, generalizing the approach of trial-and-error proves to be another source of the paradoxes, which are, as said, being examined in the next section. The first type of paradoxes are logical ones, which are – according to logicians – based on a false step in logic. Wrongly, the postscript submits. The second type are linguistic paradoxes, which are actually based on analysing someone's verbal utterances without considering the whole context. Finally the third type, consisting of existential paradoxes. These are partly based on the inability of language to express two things at the same time, and partly on trying to achieve what is already the case. In the third section on a remnant from the prologue the postscript returns to the attempt in Dutch criminal law. Just like any other postscript Postscript Attempt ends with a section that goes into the added value of an intuitive approach to its subject over the usual intellectual one.

For a change Postscript Participation devotes itself almost completely to legal subjects. In the first section double intent is being discussed. According to Prologue Participation the requirement of double intent applies to *all* forms of participation. That requirement is being elaborated in the first sub-section. As it requires co-authors to have the *intention* to *negligently* commit an offence, co-authorship of an offence by negligence is logically impossible. The second edition of Prologues illustrated this impossibility by means of a case of a piano being thrown out of a six storey apartment. The postscript expresses doubts on the correctness of this example and proposes a better one, already included in the third edition of Prologues. In the second sub-section the concept of 'recklessness' is being reviewed, at the time of writing proposed to be introduced in Dutch criminal law. The third sub-section pertains to co-authorship of misdemeanours. An instance of dodging fare in the subway reveals co-authorship of misdemeanours to be committed when both participants have a so-called minimal consciousness which is shared both ways. The content of this notion is clarified by means of an instrument invoked from the research into autism. The second section examines the attempt to be an accessory, which some legal writers consider not to be punishable. The third section pertains to a new

development in Dutch legal decisions, a lack of distancing. Just like any other postscript Postscript Participation ends with a section that goes into the added value of an intuitive approach to its subject over the usual intellectual one.

After having extensively addressed the question why the subject of Zen is being reviewed in a postscript on corporate authorship, Postscript Corporations continues to consider the phenomenon of Zen. The first section describes Zen-in-action: not just telling someone that he should act differently, but letting him *experience* that he already knows how to do so. The second sub-section reviews elaborately the story of the Zen-master Isan and the intellectual Kyōgen; in passing the sub-section mentions the history of Zen, shows what nonsense it is to consider *deciding* to do something as a valid prelude to *doing* it, and illuminates the mechanics of humour. Latter can only be properly presented by a joke; telling a dirty joke – which the postscript subsequently does – will not often be displayed in an academic dissertation. The sub-section concludes with quoting a poem, which may express better than the postscript itself has done what it was all about. In the section on a remnant from the prologue Dutch legal decisions are being examined which were only taken after the third edition of Prologues had been published. Just like any other postscript Postscript Corporations ends with a section that goes into the added value of an intuitive approach to its subject over the usual intellectual one.

The dissertation ends with an Epilogue. In this epilogue the final sections of every epilogue are being summarized. In doing so the central theme of this dissertation appears again: substantive criminal law should allow more room for subjective knowledge. The second sub-section focuses on the distinction between a reaction and a response. After ascertaining that criminal law almost entirely consists of reactions, this sub-section shows that sometimes space may be devoted to a response. Completely after the fashion of this dissertation, the Epilogue concludes with an example of this.

Curriculum vitae

Als oudste kind in het gezin Koopmans-Schaafsma werd Frederik Alphons Jan (Erik) op 8 april 1950 geboren te Harlingen (Fr). In 1955 verhuisde het gezin naar Gramsbergen (Ov), waar hij de eerste twee klassen van de lagere school doorliep. In 1958 verhuisde het gezin opnieuw, ditmaal naar Dordrecht (ZH); daar vervolgde hij de lagere school. Rond zijn tiende manifesteerden zich de symptomen van een aandoening, die later werd gediagnosticeerd als ataxie van Friedreich. In 1962 ging Erik naar het gymnasium te Rotterdam, waar hij in 1968 het diploma gymnasium-alfa behaalde. In datzelfde jaar begon hij met de rechtenstudie aan de Nederlandse Economische Hogeschool, thans een deel van de Erasmus Universiteit Rotterdam. In 1970 werd hij student-assistent bij de sectie strafrecht, een functie die hij tot zijn afstuderen vervulde. In 1972 studeerde hij af met als specialisatie strafrecht. In datzelfde jaar werd Erik in WSW-verband bij die universiteit gedetacheerd als wetenschappelijk medewerker strafrecht, waar hij tot op de dag van vandaag werkt. In 1974 waren de symptomen van de ataxie zover gevorderd dat hij voortaan gebruik moest maken van een rolstoel. In 1986 verscheen van zijn hand *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv* (tiende druk 2007). In 1988 werd dat boek gevolgd door *Schuld*, geschreven met S.I. Politoff (tweede druk 1991). Na diens pensionering in 1995 schreef Erik *Prologen materieel strafrecht* (1997), derde druk 2003.

Bijlagen

Bij deze bijlagen treft u vier casussen aan die ik in 2003, 2004 en 2005 heb gemaakt voor het onderdeel straf(proces)recht van het vak Oefenrechtbank. Het zijn achtereenvolgens de casussen Linda Meerval, Clinton Wiersma, Joseph Braambos en Jon van Stralen. De casus-Braambos is eveneens voorgelegd aan de juridische studenten van de Universiteit van Amsterdam via het studentenblad Alibi (Koopmans 2005a); zie voor de beantwoording daarvan Koopmans 2005b.

Deze casussen zijn integraal opgenomen omdat er op diverse plaatsen in dit proefschrift naar wordt verwezen. Daarnaast mogen zij dienen als een illustratie van wat bedoeld wordt met “lesmateriaal dat de intuïtie van studenten aanspreekt” (p. 21).

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Aangifte van mogelijke overtreding van art. 287/302 jo. 45
Sr

Nummer: 14328/2003/01

Proces-verbaal

Hierbij doe ik, Johannes Petrus van de Moortgat, geboren op 12 mei 1961 te Rotterdam en als brigadier verbonden aan de regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond, verslag van een aangifte die mij op zaterdag 23 augustus 2003 om 10.30 uur is gedaan. Voor mij verscheen een mij bekende man, die mij het volgende relaas deed:

“Mijn naam is dr. J.G. Voerman. Ik ben geboren op 18 april 1954 te Klundert en ben van beroep medicus; thans ben ik hoofd van de Gemeentelijke Gezondheidsdienst (GGD) alhier te Maasmond. Ik heb al contact gehad met het parket, die me aanbevelen hebben de gebruikelijke weg te bewandelen. Vandaar dat ik nu aangifte bij u doe tegen een zekere Linda Meerval.

“Momenteel hebben wij in Maasmond te maken met een explosie van hiv-besmettingen, die epidemische vormen begint aan te nemen. Bij een bloedtest zijn dit jaar al vier mannen seropositief bevonden, terwijl twee negatief werden getest. Toen wij ieder van hen interviewden, bleek dat zij alle zes onbeschermd seksueel contact hadden gehad met ene Linda Meerval. Dat is een meisje van 26, dat vorig jaar bij ons seropositief is getest. Wij zijn van mening dat zij de bron is van alle besmettingen, en vragen ons af of daar langs strafrechtelijke weg iets aan te doen is.

“Uit onze gegevens blijkt dat Linda Meerval nog ongehuwd is en woont aan de Cornelis Trompweg 27 te Maasmond.”

Nadat ik dr. Voerman zijn aangifte heb voorgelezen, volhardde hij daarbij en ondertekende die.

(w.g. J.G. Voerman)

Aldus op ambtseed opgemaakt en gesloten.

(w.g. J.P. van de Moortgat)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Verhoor en aanhouding verdachte Meerval

Nummer: 14328/2003/02

Proces-verbaal

Hierbij doen wij, Johannes Gregorius Morgenrood, geboren op 28 mei 1963 te Arnhem en Hester Catharina Goudsbloem, geboren op 19 augustus 1974 te Breda, beiden hoofdagent-rechercheur van politie (regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond), verslag van het verhoor en de aanhouding van verdachte Linda Meerval. Wij hebben deze activiteiten ondernomen in opdracht van brigadier J.P. van de Moortgat van de regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond naar aanleiding van een aangifte van (poging tot) doodslag c.q. zware mishandeling die is gedaan door dr. J.G. Voerman, hoofd van de GGD.

Op maandag 25 augustus 2003 belden wij om 14.00 uur aan bij het pand Cornelis Trompweg 27 alhier. Daar werd ons opengedaan en werden wij binnengenoed door iemand die ons opgaf te zijn Linda Meerval, geboren op 13 juni 1977 te Rotterdam. Nadat wij haar hadden medegedeeld dat zij niet tot antwoorden verplicht was, deelde zij het volgende mede:

“Heeft die Voerman van de Gemeentelijke Gezondheidsdienst jullie wijsgemaakt dat ik de bron ben van de recente hiv-besmettingen in Maasmond? Alweer zo’n rotstreek van de medische maffia. Maar ik zal u alles vertellen, dan kunt u zien dat mij niets te verwijten valt.

“Toen ik in 2001 op de kunstacademie zat, kreeg ik een relatie met Otto Nachtspiegel. Dat was een binnenhuisarchitect, die veel bij zijn klanten over de vloer kwam. En niet alleen over de vloer, maar ook in bed. Hij deed het werkelijk met iedereen, met zowel mannen als vrouwen. Maar altijd onbeschermd, want Otto had een hekel aan – zoals hij zei – ‘al dat rubber’. Na een maandje kwam ik erachter hoe de vork in de steel zat, en heb ik de relatie verbroken. Maar dat was al te laat. Ja, we vreeën ook altijd onbeschermd. Val me trouwens niet steeds in de rede, dan kom ik nooit in mijn verhaal. Waar was ik ook al weer? O ja, bij het te laat zijn. Toen ik namelijk eind 2001 last kreeg van een longontsteking die steeds maar terugkwam, vond mijn huisarts het tijd worden voor een hiv-test. Dat is gebeurd hier in het Maasziekenhuis en het

resultaat is doorgespeeld naar de GGD. Daar werd me verteld dat ik seropositief was en als ik niet regelmatig mijn aids-remmers slikte, ik binnen tien jaar aan aids zou overlijden. Leuk vooruitzicht, vindt u niet? Hoe het met Otto is afgelopen? Die is in 2001 ook getest, maar die was al heel wat verder heen dan ik, zodat de aids-remmers niet zo goed meer werkten. Half 2002 is die overleden, ik meen aan een of andere infectie. Misschien heeft hij zich ook wel van kant gemaakt, de lafbek. Van mij mag hij trouwens rotten in de hel, al was het alleen om wat hij mij heeft aangedaan.

“De laatste druppel kwam eind 2002 van mijn huisarts, daarom had ik het daarnet over een rotstreek van de medische maffia. Toen ik namelijk last kreeg van mijn verstandskies, vertelde mijn huisarts me dat dat helemaal losstond van mijn hiv-infectie en dat ik me moest wenden tot een kaakchirurg. Hij vroeg me nog of ik er bezwaar tegen had dat hij die kaakchirurg op de hoogte stelde van mijn hiv-besmetting, maar toen ik zei dat ik niet wilde dat mijn privacy werd aangetast en dat ik als een soort Üntermensch te boek kwam te staan, deed hij het toch, de lul.

“U merkt op dat mijn huis nogal luxueus is ingericht, zeker voor een huis in een volksbuurt. Hoe ik dat kan betalen? Nee, ik heb geen baan, maar ik verdien weleens wat bij als actrice in natuurfilms. Ja, pornofilms natuurlijk. Ik schijn mannen nogal op te winden, vandaar. Maar we waren bij die rotstreek van mijn huisarts. Toen hij me die geflikt had, dacht ik iets van ‘Ik wil best naar de klote, maar dan niet in mijn eentje’. En vanaf de jaarwisseling ben ik een seksleven gaan leiden zoals Otto Nachtspiegel dat deed, maar met twee verschillen: in de eerste plaats was het mijne strikt-heteroseksueel (ik heb niets met vrouwen) en in de tweede heb ik nooit tegenover iemand verzwegen dat ik seropositief ben. Natuurlijk vertel ik dat niet uit eigen initiatief, dan kun je net zo goed met een teken op je voorhoofd gaan rondlopen dat je hiv-geïnfecteerd bent. Nee, ik bedoel dat als ze me daarnaar vragen, ik ronduit vertel dat ik seropositief ben. Wat ik deed als de mannen niet vroegen of ik seropositief was? Dat is simpel: dan zei ik ook niets. Het is gewoon een kwestie van je eigen verantwoordelijkheid nemen. Als ze namelijk niet de moeite nemen zich te beschermen tegen hiv-besmette vrouwen zoals ik, dan draaien ze zelf maar voor de gevolgen op. Ik hoef hen toch niet in bescherming te nemen tegen zichzelf? U merkt nog op dat Otto Nachtspiegel ook nooit verzwegen heeft dat hij hiv-geïnfecteerd was, want dat hij pas eind 2001 – ruim nadat ik de relatie met hem al verbroken had – wist dat hij dat was. Dat bedoel ik natuurlijk niet zo letterlijk: hij wist het weliswaar niet zeker, maar hij had het wel kúnnen weten, omdat hij regelmatig seks had met mannen uit een risicogroep (homo’s). En dat heeft hij steeds verzwegen, zeker tegenover mij.

“U vraagt mij hoeveel relaties ik sindsdien heb gehad. U bedoelt vanaf 2003? Wel, zes voor een maand en vier of vijf voor één nacht. In 2003 ben ik dus in totaal met 10 of 11 mannen naar bed geweest. Waarom ik de relatie met de zes na een maand al heb beëindigd? Dat is simpel: zodra ze bezitterig begonnen te worden en je gingen beschouwen als hun eigendom, kapte ik ermee. Nemen ze maar een hond en geen vrouw. Of die zes voorkomen op het lijstje dat u me nu overhandigt? Ja, dat zijn ze alle zes. U vertelt me dat die zes zijn getest door de GGD, vier waren positief en twee negatief. Nou en, wat zegt dat nu? Ziet u, de risico's voor overdracht van het hiv-virus zijn veel minder groot dan vaak gedacht wordt. Bij een eenmalig seksueel contact met condoom is die kans 1 op 5000 en zonder condoom 1 op 500. Dus zeker niet 1 op 1, zoals sommige mensen denken (eenmaal onbeschermd contact met een seropositieve heroïnehoer levert dus een kans van 1 op 500 op een hiv-besmetting op). Pas bij 500 seksuele contacten (zeg maar een relatie van een jaar) wordt het risico wat reëler: 1 op 11 met condoom en 2 op 3 zonder condoom. Met geen van de zes heb ik meer dan vijftig keer zonder condoom seks gehad, dus is de kans dat ze door mij besmet zijn niet meer dan 1 op 10. Probeer dus maar te bewijzen dat ik de bron van hun besmetting ben geweest!”

Nadat wij haar haar verklaring hebben voorgelezen, volhardde verdachte Meerval bij deze en ondertekende die.

(w.g. L. Meerval)

Nadat wij haar hadden medegedeeld dat onze forensische afdeling tot heel wat meer in staat is dan tot wat gegoochel met statistiek van de koude grond, vertelden wij haar dat we opdracht hadden gekregen haar aan te houden en over te brengen naar het bureau. Op haar vraag of het lang ging duren, zeiden wij haar voorts dat ze erop rekenen moest dat ze in verzekering zou worden gesteld en vermoedelijk in voorlopige hechtenis zou worden genomen. Op haar vraag hoe ze dat dan moest regelen met haar zakelijke verplichtingen, adviseerden wij haar contact op te nemen met de raadsman die haar bij haar inverzekeringstelling zou worden toegevoegd. Nadat wij haar ten slotte de gelegenheid hadden gegeven een koffer met kleding en toiletartikelen te vullen, verlieten wij om 17.00 uur de woning en reden naar het politiebureau. Daar leidden wij haar om 17.15 uur voor aan inspecteur E.M. Tollenaar van de regiopolitie Zuid-Holland-Zuid te Maasmond, en als zodanig hulpofficier van justitie. Die verhoorde verdachte Meerval opnieuw, bij welk verhoor zij bleef volharden bij datgene wat zij ook tegenover ons had verklaard.

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Verhoor getuige/slachtoffer J. Gaastra

Nummer: 14328/2003/03

Proces-verbaal

Hierbij doe ik, Johannes Gregorius Morgenrood, geboren op 28 mei 1963 te Arnhem, als hoofdagent-rechercheur verbonden aan de regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond, verslag van mijn verhoor van Jelmer Gaastra, geboren op 24 maart 1960 te Leeuwarden, van beroep accountant en woonachtig aan Cycladen 8 te Maasmond. Het verhoor vond plaats op dinsdag 26 augustus 2003 om 16.00 uur in diens woning. Getuige/slachtoffer Gaastra verklaarde mij als volgt:

“U vraagt mij naar mijn relatie met Linda Meerval. Dat zal ik u vertellen. Ik heb haar begin april 2003 ontmoet op een feestje bij een van mijn kantoor-genoten. Hoe ze daar kwam, weet ik niet, maar het was een opvallende verschijning: een prachtig meisje, niet te groot en niet te klein, met donkerbruin krulhaar, ogen als chocoladeflikken, een bijna perfect figuur (alleen haar borsten waren wat aan de zware kant) en bovendien vrij intelligent. We raakten aan de praat en misschien omdat ik geen enkele poging deed haar te versieren (als meisje van 26 was ze voor mij als man van 43 totaal onbereikbaar), viel ze voor me (ze viel op rijpere mannen, zei ze me later). In de taxi op weg naar mijn huis begon ze me al op te vrijen en steeds te zeggen ‘Ik wil je in mij voelen’. Bij thuiskomst gingen we direct door naar mijn slaapkamer en begonnen elkaar in hoog tempo uit te kleden. Toen we allebei bloot waren, begon ze een reeks verleidingstrucs die zo geraffineerd waren dat alleen een man van beton nog kon denken aan een condoom, laat staan er een aan te doen. U zegt mij dat ze tegen u verklaard heeft dat als een man daarnaar vroeg, ze er ronduit voor uitkwam dat ze seropositief was. Misschien is dat waar, maar die zin bevat een levensgrote voorwaarde. Inderdaad, ‘*als* een man daarnaar vroeg’; de kans daarnaar te vragen, heeft ze me echter nooit gegeven. In ieder geval, na die verleidingstrucs volgde een wilde neukpartij, waarbij ik maar één doel had: zo snel mogelijk in haar klaarkomen. Dat stimuleerde ze ook, want ze bleef maar fluisteren dat ik eerst maar wat stoom moest afblazen en dat haar beurt nog wel kwam. De nacht was nog lang genoeg, zei ze. Dat was ook zo, want die nacht hebben we

nog vijf keer geneukt. De volgende morgen op kantoor was ik totaal uitgeput, maar ik leefde in een roes van seksuele bevrediging. Nee, ze is niet bij me gaan wonen; het was meer een soort logeren, want haar eigen huis hield ze aan. Wat ze overdag deed? Veel slapen, denk ik, en de accu weer opladen, want 's avonds was het weer feest.

“Na drie weken kwam de klad in onze relatie. Het begon ermee dat ik haar een telefoongesprek hoorde voeren waarin ze haar gesprekspartner op een bijna pijnlijke manier afbekte. Dat gesprekje bevestigde mijn vermoeden dat ze meer was dan het wilde, spontane en vrolijke feestbeest waar ze zich voor uitgaf. In ieder geval ging ik vanaf dat moment beter opletten hoe ze eigenlijk was. Na nog een week begon ze me te verwijten dat ik bezitterig werd, en dat ze daarom de relatie wilde verbreken. Met bezitterig bedoelde ze waarschijnlijk dat je te dicht bij haar in de buurt kwam en door de façade begon heen te kijken. Hoe dan ook, na vier weken werd ik uit de Hof van Eden verbannen.

“Waarom ik me op aids heb laten testen? Dat is simpel. Voor mijn werk moest ik een financieel onderzoek gaan verrichten in Saudi-Arabië en die vragen om een ‘geen-aids’-verklaring. Ik moest me dus wel laten testen. Groot was mijn verbazing toen ik positief bleek te zijn. Ik dacht onmiddellijk aan Linda, want ik heb zeventien jaar strikt monogaam geleefd. En de eerste en enige vrouw met wie ik naar bed ben geweest sinds mijn vrouw en ik in februari van dit jaar hebben besloten uit elkaar te gaan, is Linda. Zij moet die besmetting hebben overgedragen, dat kan niet anders (nee, met homo’s heb ik niets: ik ben voor 100% heteroseksueel).

“U vraagt mij ten slotte nog of ik bitter ben ten opzichte van Linda. Dat is moeilijk te zeggen. Als ik niet met haar naar bed was geweest, was ik nu niet seropositief geweest. Maar dan had ik die ervaring ook gemist. Ziet u, mijn ex-vrouw was in bed aardappels, groente en een gehaktbal, terwijl Linda een exquis viergangendiner is geweest. Ik heb van haar geleerd dat het leven meer is dan alleen geld verdienen. Ik ben zo gelukkig in een land te leven waarin aids-remmers volop beschikbaar zijn, en wie weet komt er nog in mijn tijd van leven een serum tegen aids.”

Nadat ik Jelmer Gaastra zijn verklaring heb voorgelezen, volhardde hij daarbij en ondertekende die.

(w.g. J. Gaastra)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Verhoor getuige/slachtoffer W.L. Bavink

Nummer: 14328/2003/04

Proces-verbaal

Hierbij doe ik, Johannes Gregorius Morgenrood, geboren op 28 mei 1963 te Arnhem, als hoofdagent-rechercheur verbonden aan de regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond, verslag van mijn verhoor van Willem Leonard Bavink, geboren op 20 mei 1976 te Enschede, van beroep galeriehouder en woonachtig aan Voorstraat 37 te Maasmond. Het verhoor vond plaats op woensdag 27 augustus 2003 om 19.00 uur in diens woning. Getuige/slachtoffer Bavink verklaarde mij als volgt:

“U vraagt mij naar mijn relatie met Linda Meerval. Dat zal ik u vertellen, maar bedenk wel dat ik daarbij praat vanuit wat ik nú weet. Ik ben Linda tegengekomen in mijn galerie hier beneden. Het was een opvallend type, een brunette met prachtige donkerbruine ogen en een schitterend figuur. Ze wist ook een hoop van kunst en kon daar met meer dan gewone belangstelling over praten. Wanneer dat was? Eind juni, toen het zo heet was. Toen ik de galerie sloot, was ze er nog steeds, zodat ik haar gevraagd heb of ze boven nog wat wilde drinken. Dat vond ze prima en er ontwikkelde zich een geanimeerd gesprek. In dat gesprek kwamen we onder meer op aids en seropositiviteit, waarvan ze vond dat de risico's erop vreselijk werden overschat. Ik liet toen een stilte vallen, omdat ik voelde dat ze met een gedachte speelde. Maar ze zei niets: ze liet als het ware een kans voor open doel liggen. Ik had toen al nattigheid moeten voelen, maar toen ze me begon op te vrijen vergat ik dat al snel. Toen ze ook steeds fluisterde ‘Ik wil je in mij voelen, ik wil je in mij’, was het gauw gedaan met mijn laatste spoortje wantrouwen. Die avond en nacht hebben we vrijwel constant geneukt, volgens mij wel tien of elf keer. Ze was goed in bed (een 8 of een 9), maar niet super. Dat kan ik weten, want alle jonge kunstenaressen willen graag met de jongste galeriehouder van Maasmond naar bed!

“Na een week of vier heb ik de relatie met haar beëindigd, omdat ik steeds meer het gevoel kreeg dat zij een dubbelleven leidde. Want op een avond in juli liet ze zich ontvallen dat ze de dag daarop een afspraak had met ene Johan Miedema. Nu ken ik die naam, want dat is de grote baas in het Maasmondse

pornocircuit. Toen ze allerlei ontwijkende antwoorden begon te geven, heb ik haar voor de keuze gesteld: of open kaart spelen, of vertrekken. Ze koos het laatste, en sindsdien heb ik haar niet meer gezien.

“Waarom ik mij heb laten testen? Nou, hier in de galerie hoor je alle nieuwste roddels. Toen ik hoorde dat er in Maasmond een open haard van aids-besmettingen rondloopt en ik wat doorvroeg, kreeg ik niet een naam te horen maar wel een persoonsbeschrijving: een bloedmooie brunette van een jaar of 25. Ik dacht toen meteen aan Linda en ben de dag daarop naar de GGD gegaan. Gelukkig werd ik negatief getest. U vraagt mij of – als ik positief was geweest –, ik dat op Linda terug had kunnen voeren. Nou nee, ik heb nogal een actief seksleven (strikt heteroseksueel): alleen dit jaar al ben ik met twintig verschillende vrouwen naar bed geweest. Iedereen had dus de bron van mijn – gelukkig niet-bestaande – besmetting kunnen zijn geweest.

“Ik hoop dat u die griet voor lange tijd aan de circulatie onttrekt, want het is toch bloedlink dat er iemand rondloopt met het motto ‘*Ik heb het niet naar mijn zin, dus ik zal ervoor zorgen dat *jij* het ook niet hebt!*’ Nee, opsluiten, dat teringwrijf.”

Nadat ik Willem Bavink zijn verklaring had voorgelezen, volhardde hij daarbij en ondertekende die.

(w.g. W.L. Bavink)

Aldus op ambtseed opgemaakt en gesloten.

(w.g. J.G. Morgenrood)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Aanhouding Clinton Wiersma, verdacht van medeplegen van c.q. (poging tot) medeplichtigheid aan een door Ergernis en Stofregen gepleegde overval op juwelier Schapers

Nummer: 14328/2004/01

Proces-verbaal

Hierbij doen wij, Johannes Gregorius Morgenrood, geboren op 28 mei 1964 te Arnhem en Hester Catharina Goudsbloem, geboren op 19 augustus 1975 te Breda, beiden hoofdagent-rechercheur van politie (regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond), verslag van onze aanhouding van Clinton Wiersma, verdacht van medeplegen van c.q. (poging tot) medeplichtigheid aan de door Ergernis en Stofregen gepleegde overval op juwelier Schapers. Alvorens wij echter overgaan tot een weergave van die aanhouding, moeten wij de voor-geschiedenis daarvan in het kort schetsen.

Op donderdag 8 januari 2004 werd bij de regiopolitie Maasmond om 10.17 uur alarm geslagen dat er bij Schapers een overval aan de gang was. Die werd op

video vastgelegd, waarvan wij de beelden *live* konden volgen. Daarop was te zien hoe twee forsgebouwde en bewapende mannen met een bivakmuts op in hoog tempo het personeel van de juwelierszaak dwongen tot het afgeven van plateaus met op hun zij geplaatste horloges en sieraden, en van iets dat wij niet goed konden waarnemen (het leek een portefeuille). Hoofdinspecteur-rechercheur Jansen van de Recherche- en informatiedienst zei toen: “Volgens mij zijn dat Joop Ergernis en zijn maatje Marcel Stofregen. Licht hun dossier eens.” Daarop kopieerden hij en inspecteur-rechercheur De Lange van dezelfde dienst de bij de dossiers horende foto’s, faxten die naar de Geüniformeerde dienst en gaven opdracht zo snel mogelijk de Maasbrug af te zetten. (Aan de hand van deze foto’s konden agenten de inzittenden van een taxi identificeren als beide verdachten, en ze om 10.34 uur aanhouden; daarbij gebruikten verdachten geen geweld, hoewel beiden bewapend waren met een Walther P5.)

Toen een team onder leiding van genoemde hoofdinspecteur-rechercheur Jansen om 10.22 uur bij juwelier Schapers arriveerde, bleek van de overvallers geen spoor meer te bekennen. Een van de winkelmeisjes, de 25-jarige Paulien de Wilde, kon echter vertellen dat de overvallers direct nadat zij de winkel verlaten hadden, zich hadden begeven naar een gereedstaande BMW; de bestuurder daarvan, een “klein en iel manneke” (haar woorden) had hen echter met verontschuldigende gebaren doorgestuurd en was zelf te voet met een weekendtas en een jerrycan vertrokken. De BMW, die als kenteken 07-GL-PR had, bleek daar nog steeds te staan. Toen uit gegevens van de kentekenregistratie echter bleek dat dat kenteken bij een Ford Mondeo hoorde die toebehoorde aan een gynaecoloog uit Nijmegen, concludeerde inspecteur-rechercheur De Lange dat het kenteken vermoedelijk vals was. Daarop gaf hoofdinspecteur-rechercheur Jansen ons opdracht ons verdekt bij de BMW op te stellen en als de bestuurder daarvan terug bij zijn auto zou komen, deze aan te houden wegens medeplegen van c.q. (poging tot) medeplichtigheid aan de door Ergernis en Stofregen gepleegde overval. Nadat wij ons in een portiek hadden opgesteld, kwam twintig minuten later een klein en iel mannetje met een jerrycan aangelopen. Toen hij die had geleegd in de tank van de BMW, maakten wij ons bekend als agent van politie, hij zich als Clinton Wiersma, hielden we Wiersma aan, onderwierpen hem aan een veiligheidsfouillering en brachten hem over naar het hoofdbureau van de regiopolitie Maasmond. Daar arriveerden wij om 10.59 uur.

Aldus op ambtseed opgemaakt en gesloten.

(w.g. J.G. Morgenrood

(w.g. H.C. Goudsbloem)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Deel van verhoor Ergernis en Stofregen, verdacht van overval op juwelier Schapers

Nummer: 14328/2004/02

Proces-verbaal

Hierbij doen wij, Johannes Gregorius Morgenrood, geboren op 28 mei 1964 te Arnhem en Hester Catharina Goudsbloem, geboren op 19 augustus 1975 te Breda, beiden hoofdagent-rechercheur van politie (regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond), verslag van een deel van het verhoor van verdachten Joop Ergernis en Marcel Stofregen. Ter voorbereiding op ons eigen verhoor van verdachte Clinton Wiersma, die wordt verdacht van medeplegen van c.q. (poging tot) medeplichtigheid aan de door de aangehouden hoofdverdachten gepleegde overval op juwelier Schapers, werden wij door hoofdinspecteur-rechercheur Jansen en inspecteur-rechercheur De Lange uitgenodigd aanwezig te zijn bij hun verhoor van genoemde hoofdverdachten. Op donderdag 8 januari 2004 om 14.17 uur betraden wij daartoe verhoorruimte 4 aan het hoofdbureau van de regiopolitie Maasmond. In het door ons bijgewoonde gedeelte van het verhoor verklaarden verdachten Ergernis en Stofregen als volgt:

“Toen we de overval op juwelier Schapers planden, gingen we ervan uit dat de politie gealarmeerd werd op het moment dat we onze pistolen te voorschijn haalden. Of en hoe dat zou gebeuren (video-bewaking, stil alarm of gewoon een telefoontje), wisten we niet, maar het leek ons verstandig aan te nemen *dat* het zou gebeuren. Ook namen we aan dat de politie tien minuten nadat alarm was geslagen, de brug over de Maas zou afgrenzen. U weet natuurlijk dat de enige weg uit het oude centrum van Maasmond, dat compleet door water is omgeven, over die brug loopt. Dat bracht met zich dat als de overval zelf vijf minuten zou duren (we wisten tenslotte precies wat we moesten hebben), we binnen vijf minuten over de Maasbrug moesten zijn. Daarvoor hadden we iemand nodig die de bochtige weg door het oude centrum kent als zijn broekzak, en die bovendien snel en scherp kan rijden. Marcel kende wel iemand, een zekere Clinton Wiersma, die van beroep taxichauffeur is en privé in een super-snelle BMW rondrijdt. Clinton was bereid zijn wagen als vluchtauto ter beschikking te stellen, en wilde die zelf ook wel besturen. Maar hij moest dan wel een deel van

de opbrengst hebben. Toen hij ons vroeg hoeveel we bij die overval buit dachten te maken, en we zeiden dat we een heler hadden die ons 100.000 euro zou geven, bleek hij genoeg te nemen met 10.000 euro, dus tien procent van de buit.

De later binnengekomen geüniformeerde agent vraagt ons of Clinton echt niet bij de overval betrokken wilde zijn, of dat hij om andere redenen volstond met het rijden van de vluchtauto. Dat vinden we een moeilijke vraag, die u bovendien beter aan Clinton zelf kunt stellen. Wat ons betreft zit het zo: Marcel en ik zijn allebei nogal forsgebouwd, en hebben een zware en duidelijke stem, zodat mensen geneigd zijn naar ons te luisteren. Dat maakt ons fysiek geschikt voor een overval, vooral als we daarbij onze woorden kracht kunnen bijzetten met een pistool. Dat zag je vanmorgen: de winkelmeisjes deden het letterlijk in hun broek toen we hun *at gunpoint* bevalen de portefeuille met geld af te geven. Clinton is echter heel anders: die is klein van postuur, heeft een hoge piepstem en praat bovendien nogal onduidelijk. We moesten er niet aan denken wat er zou kunnen gebeuren als je zo'n ongericht projectiel een pistool in handen geeft. Stel je voor dat die gaat schieten als ze niet onmiddellijk doen wat hij zegt, gewoon omdat ze hem niet verstaan hebben! Nee, laat hem maar buiten blijven en de auto besturen. Dat kan hij heel goed, ook al komt hij nauwelijks boven het dashboard uit. Onder elkaar maken we weleens een grapje over hem: "Dat kleine ventje in die grote auto." Of hij morele bezwaren tegen het meedoen aan de overval had? Dat lijkt ons sterk: je bestuurt de vluchtauto toch niet voor tien procent van de buit als je morele bezwaren tegen die overval hebt?

Toen we ons plan nog eens met Clinton doornamen, zei hij dat het hem niet zo verstandig leek dat de vluchtauto het correcte kenteken voerde: "Er hoeft maar één iemand dat kenteken te noteren en ik ben haast automatisch de pineut, want het goede kenteken (GL-PR-07) staat op mijn naam. Maar daar vind ik wel iets op: ik ken wel iemand die me valse kentekenplaten kan leveren." En nu hij eenmaal de smaak te pakken had, bood hij meteen aan ons ook *naar* de juwelier te rijden. Dat aanbod hebben we gretig aangenomen, maar niet dan nadat we hem gezegd hadden dat dat een soort vriendendienst moest zijn, want daarvoor zou hij niet een groter aandeel in de buit krijgen. Daar ging hij mee akkoord.

Toen hij ons om 10.15 uur precies bij Schapers afzette, gingen we de juwelierszaak binnen en bleef Clinton met draaiende motor zo'n twintig meter van de zaak af staan. De overval liep gesmeerd, want drieënhalve minuut later kwamen we weer naar buiten rennen. Groot was onze consternatie toen Clinton ons vertelde dat de motor van de BMW was afgeslagen en dat hij die

niet meer aan de praat kreeg, zodat we ons op eigen gelegenheid maar uit de voeten moesten maken. Nadat we hem de buit hadden gegeven (die zat in een grote weekendtas met daarin een plateau met Rolex-horloges, een met Breitling-horloges, een met massief-gouden armbanden, en de zwartgeld-portefeuille van juwelier Schapers met zo'n 200 biljetten van 500 euro), zijn we in de richting van de Maasbrug gaan lopen. Waarom we de buit aan Clinton hebben afgegeven? Dat is simpel: die hinderde ons bij het lopen. Pas na tien minuten lukte het een taxi aan te houden, die ons in precies vijfenhalve minuut bij de Maasbrug bracht. Die was al afgegrendeld, want de politie bekeek met name alle inzittenden van taxi's nauwgezet. Dat betekende dat we er gloeiend bij waren en werden aangehouden. Mogen we weten wanneer u de Maasbrug heeft afgezet? O, om drie over half elf. En we kwamen daar aan om vier over half elf. (En met Clinton waren we daar om vijf *voor* half elf al over geweest.) Dat betekent dat we straks zes jaar moeten zitten omdat we een minuut te laat waren. Dat noemen ze nou domme pech."

Nadat beide verdachten hun verklaring was voorgelezen, volhardden zij daarbij en ondertekenden deze.

(w.g. Joop Ergernis)

(w.g. Marcel Stofregen)

Aldus op ambtseed opgemaakt en gesloten.

(w.g. J.G. Morgenrood)

(w.g. H.C. Goudsbloem)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Verhoor Clinton Wiersma, verdacht van medeplegen van c.q. (poging tot) medeplichtigheid aan een door Ergernis en Stofregen gepleegde overval op juwelier Schapers

Nummer: 14328/2004/03

Proces-verbaal

Hierbij doen wij, Johannes Gregorius Morgenrood, geboren op 28 mei 1964 te Arnhem en Hester Catharina Goudsbloem, geboren op 19 augustus 1975 te Breda, beiden hoofdagent-rechercheur van politie (regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond), verslag van ons verhoor van Clinton Wiersma, verdacht van medeplegen van c.q. (poging tot) medeplichtigheid aan de door Ergernis en Stofregen gepleegde overval op juwelier Schapers. Dit verhoor vond plaats op donderdag 8 januari 2004 om 16.12 uur. Nadat wij Wiersma hadden medegedeeld dat hij niet tot antwoorden verplicht was, verklaarde hij:

“Ik hoor van u dat mijn kompanen Ergernis en Stofregen zijn aangehouden, en een volledige en gedetailleerde bekentenis hebben afgelegd. Om dat te staven, leest u mij een gedeelte van hun verklaring voor. Goed, dan zal ik ook hun voorbeeld volgen.

Mijn naam is Clinton Wiersma. Ik ben geboren op 3 januari 1978 te Dordrecht, woon aan de Havenstraat 12 hier in Maasmond, ben ongehuwd en ben van beroep taxichauffeur in dienst van Maastax. Een paar weken terug ben ik benaderd door Marcel Stofregen met de vraag of ik de vluchtauto kon besturen nadat hij en zijn maatje Joop Ergernis een overval hadden gepleegd bij juwelier Schapers. Dat wilde ik wel doen, vooral nadat ze me verteld hadden dat ze vanaf het begin van de overval maar tien minuten hadden om over de Maasbrug te komen; als dat niet zou lukken, zouden ze als ratten in de val zitten, want de enige weg uit het oude centrum van Maasmond loopt over die brug. Ik heb er wel onmiddellijk bij gezegd dat ik alleen de auto wilde besturen, en met de overval zelf niets te doen wilde hebben. Waarom ik dat zei? Dat is simpel: als u mij bekijkt, ziet u dat ik absoluut niet geschikt ben voor het plegen van een overval. Ik ben namelijk veel te klein gebouwd en heb bovendien een onduidelijk piepstemmetje. Daarmee kun je mensen toch niets afdreigen? U vertelt mij dat Joop en Marcel ook zoiets hebben verklaard. Nou, dat staat dan vast: zij

wilden me er niet bij hebben en ik wilde er niet bij zijn. Of ik morele bezwaren tegen die overval had? Nee, natuurlijk niet. Anders zou ik toch geen hand- en spandiensten hebben verricht? Bovendien gun ik die Schapers best een koekje van eigen deeg. Hij is namelijk de enige juwelier die bereid is zwart geld te accepteren, zodat de halve penoze van Maasmond rondloopt met een gouden armband en een Rolex van Schapers. Maar u wilt weten wat er die ochtend misging.

Dat zal ik u vertellen, maar beloof me dat u niet gaat lachen. Het is namelijk ongelofelijk stom. Ziet u, mijn BMW is al een oude wagen uit april 1993. Ik heb die vierdehands gekocht, en toen ik hem kocht, brandde het lampje dat aangeeft dat de benzine op is, permanent. Dat brandt dus altijd, zelfs als ik net de tank heb volgegooid. Het brandende lampje alarmeert me dus niet meer (ik zou alleen gealarmeerd raken als het *niet* brandde). Toen ik twee minuten met draaiende motor bij Schapers stond, begon de motor te sputteren en sloeg na tien seconden af. Ik wist onmiddellijk wat er aan de hand was – ik was vergeten te tanken –, maar ik probeerde toch de motor weer aan de praat te krijgen. Natuurlijk tevergeefs. Nog geen minuut later kwamen Joop en Marcel uit de juwelierszaak gerend, op mij en mijn auto af. Ik heb ze toen verteld dat de auto niet meer wilde starten (zonder te zeggen waarom niet – daar schaamde ik me rot voor) en heb ze duidelijk gemaakt dat ze zich zelf maar uit de voeten moesten maken. Dat deden ze. Zeggen ze dat ze mij de buit hebben gegeven? Nee hoor, dat is niet zo. Waarom zouden ze trouwens? De vluchtauto reed toch niet meer. In ieder geval, toen Joop en Marcel in de richting van de Maasbrug waren gegaan, ben ik met een jerrycan naar het benzinestation gelopen dat op vijf minuten van hier ligt. Ja, dat op de hoek van de Voorstraat en de Markt. U zegt mij dat ik twintig minuten ben weggebleven; wat ik dan die andere tien minuten heb gedaan? Ziet u, bij dat benzinestation deden ze er vreselijk moeilijk over dat iemand losse benzine kwam halen. Zeker bang dat ik een molotov-cocktail zou maken. Dat gesteggel kostte me tien minuten. U zegt me ook dat u geconstateerd heeft dat mijn kenteken vals is. Ja, dat is nogal wiesdes. Als ik met mijn eigen kenteken had rondgereden, hoeft er maar één iemand het nummer te noteren en ben ik het haasje. Via via heb ik daarom een ander kenteken geregeld. Misschien is het een beetje flauw, maar ik heb de volgorde van letters en cijfers omgedraaid: mijn eigen kenteken is GL-PR-07 en daarvan heb ik gemaakt 07-GL-PR.

Behalve dan dat rijden met een vals kenteken denk ik trouwens niet dat u mij iets maken kunt. Ik heb tenslotte helemaal niets gedaan, zelfs niet de vluchtauto gestart. Ik geef onmiddellijk toe dat ik medeplichtig had *willen* zijn, maar ik heb niets gedaan om daar uitvoering aan te geven. Wat ik namelijk heb

gedaan (het regelen van een vals kenteken, het rijden van Joop en Marcel naar de juwelier), valt onder voorbereiding. En dat is in Nederland niet strafbaar. Een advocaat zal mij dus zo vrij kunnen krijgen.”

Nadat Clinton Wiersma zijn verklaring was voorgelezen, volhardde hij daarbij en ondertekende die.

(w.g. C. Wiersma)

Aldus op ambtseed opgemaakt en gesloten.

(w.g. J.G. Morgenrood

(w.g. H.C. Goudsbloem)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Mededeling dienst Digitale heling

Nummer: 14328/2004/04

Proces-verbaal

Hierbij doe ik, Johannes Gregorius Morgenrood, geboren op 28 mei 1964 te Arnhem, als hoofdagent-rechercheur verbonden aan de regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond, verslag van een mededeling van inspecteur mr. B.J. Nauta, hoofd van de dienst Digitale heling van de regiopolitie Maasmond. Op donderdag 12 februari 2004 om 9.30 uur deelde mr. Nauta mij mee dat in de maand januari 2004 op *www.marktplaats.nl* een reeks advertenties was geplaatst waarin gloednieuwe horloges van de merken Rolex en Breitling, alsmede massief-gouden armbanden, werden aangeboden voor minder dan 20% van de winkelwaarde. Via pseudokoop waren de medewerkers van zijn dienst erachter gekomen dat al deze advertenties waren geplaatst door Lodewijk de Boer, een handelaar in tweedehandsgoederen die was gevestigd aan de Marktsteeg 15 te Maasmond. Geconfronteerd met het feit dat de advertenties door hem waren geplaatst, bekende De Boer dat hij op donderdag 8 januari 2004 aan het eind van de ochtend die spullen had gekocht van een tengergebouwde jongeman. De spullen bestonden uit een plateau met daarop 30 Rolex-horloges (winkelwaarde per stuk vanaf 5000 euro), een plateau met daarop 40 Breitling-horloges (winkelwaarde per stuk vanaf 2000 euro) en een plateau met daarop 50 massief-gouden armbanden (winkelwaarde per stuk vanaf 5000 euro). De totale winkelwaarde daarvan bedroeg dus minimaal 480.000 euro. Daarvan had hij de gehaaste verkoper 10% geboden, dus 48.000 euro, waarmee de verkoper zonder meer akkoord ging. Toen zij hem op het hoofdbureau politiefoto's voorlegden, wist De Boer met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de verkoper te identificeren als Clinton Wiersma.

Ik hoop dat deze mededeling van belang is in de vervolging van Wiersma. Mr. Nauta deelde mij nog mee dat als de Officier van Justitie meer bewijsmiddelen tegen Wiersma wil hebben, hij zelf maar een opsporingsteam op de zaak moet zetten. Dan kan Nauta verdergaan met datgene waarvoor de dienst Digitale heling is opgezet: de stuipen op het lijf jagen van helers die hun spullen via internet aan de man proberen te brengen.

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Aangifte van vermissing

Nummer: 147.328/2004/01

Proces-verbaal

Hierbij doe ik, Johannes Petrus van de Moortgat, geboren op 12 mei 1962 te Rotterdam en als brigadier verbonden aan de regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond, verslag van een aangifte van vermissing die mij op dinsdag 29 juni 2004 om 10.30 uur is gedaan. Voor mij verscheen een vrouw, die mij het volgende relaas deed:

“Mijn naam is Marjolein Roest. Ik ben geboren op 21 mei 1979 te Dordrecht, woon op Malediven 93 in Maasmond, en wil aangifte doen van de vermissing van mijn 36-jarige vriend Lodewijk Huygens. Lo is op zondagavond 27 juni 2004 om ongeveer 20.00 uur ons huis uitgegaan voor een bespreking met iemand die hij aanduidde als ‘honden-Peter’. Daarvan is hij niet teruggekeerd, noch die zondagavond, noch de hele maandag, noch vannacht. Ik ben bang dat er iets

met hem gebeurd is. Of ik hem beschrijven kan? Natuurlijk kan dat, maar ik denk dat u meer heeft aan deze foto, die nog geen maand geleden gemaakt is.

“U vraagt mij wat Lo voor werk doet. Ik moet u zeggen dat ik dat niet goed weet. Hij zit in de handel, de import van een of ander, want hij moet geregeld naar het buitenland. Laatst nog twee keer naar Zwitserland en naar Italië. Nee, ik ga nooit mee op die reizen van hem. In ieder geval verdient hij geld als water. Twee maanden geleden gaf hij mij, omdat we drie jaar bij elkaar woonden, een gloednieuwe Porsche. En verder mag ik kopen wat ik wil, ook als dat vreselijk duur is. Ik ga daarom regelmatig shoppen in de P.C. Hooftstraat in Amsterdam. Zelf heb ik geen baan, hoewel ik, voor ik Lo leerde kennen, caissière ben geweest bij Super De Boer. Thans onderhoud Lo me. Het enige wat ik hoeft te doen is ‘mijn mooie kontje voor hem te bewaren’, zoals hij altijd zegt.

“Waar hij die bespreking met ‘honden-Peter’ had? Dat weet ik niet precies, maar ik meen dat hij naar het huis ging aan het eind van de Steenstraat. Nee, niet dat rijtjeshuis, maar iets verder: die afgelegen en vrijstaande villa. Als ik u was, ging ik daar een kijkje nemen.”

Nadat ik Marjolein Roest haar aangifte heb voorgelezen, volhardde zij daarbij en ondertekende die.

(w.g. M. Roest)

Daarop heb ik een surveillancewagen opdracht gegeven een kijkje te gaan nemen in Steenstraat 66.

Aldus op ambtseed opgemaakt en gesloten.

(w.g. J.P. van de Moortgat)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Proces-verbaal van bevindingen

Nummer: 147.328/2004/02

Proces-verbaal

Hierbij doen wij, Gregor Stofregen, geboren op 11 mei 1984 te Amsterdam, en Caroline Roerdomp, geboren op 28 juni 1986 te Delft, beiden als agent verbonden aan de regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond, verslag van een op dinsdagmiddag 29 juni 2004 om 14.00 uur ingesteld onderzoek in opdracht van brigadier J.P. van de Moortgat. Bij het pand Steenstraat 66 aangekomen belden wij aan bij de voordeur, die halverwege de linkerzijkant van het huis was gelegen. Ons werd opengedaan door een man van tegen de veertig, die zich bekendmaakte als Joseph Braambos en ons in de hal noodde. Op onze vraag of hier ook iemand woonde die 'honden-Peter' wordt genoemd, antwoordde hij dat die hier niet woonde, maar er weleens verblijft; Braambos zei dat Peter van Gemert, zoals diens volledige naam luidt, momenteel weg was. Waarheen wist hij niet. Op onze mededeling dat wij een onderzoek instelden naar de vermissing van een zekere Lodewijk Huygens, lieten wij Braambos de foto zien die brigadier Van de Moortgat naar ons had gefaxt. Daarop zei hij die persoon nog nooit te hebben gezien. Vervolgens vertelden wij hem dat Lodewijk Huygens op zondagavond 27 juni 2004 naar dit huis scheen te zijn gegaan; van hem is sindsdien niets meer vernomen. Braambos bood daarop onmiddellijk zijn medewerking aan. Zo nodigde hij ons uit in het huis een kijkje te nemen op iedere plaats die we maar wilden. Dat aanbod namen wij aan. Daarop hebben wij de benedenverdieping bekeken. Aan de rechterzijde van de hal (dus aan de kant van de Steenstraat) bevond zich een zeer luxueus ingerichte woonkamer van ongeveer 48 m² over de volle breedte van het huis (8 m); aan de linkerzijde van de ongeveer 4 m brede hal bevond zich een even grote ruimte waar zich geen ramen in bevonden, die alleen toegankelijk was door een deur aan de uiterste linkerzijde van de hal (dus meteen na de voordeur links) en waarin – toen wij binnenkwamen aan onze rechterhand – na 1,5 m een met zwaar gaas bespannen hek was geplaatst over de volle breedte van de ruimte. Achter het hek was de ruimte ingericht als iets dat nog het meest weg had van een douche-ruimte van zowat 40 m², zij het dat de douche ontbrak: een geheel betegelde ruimte met afgeronde hoeken en een betegelde vloer, die afliep naar een afvoer-

putje. (Ook het hek was aan de binnenzijde voorzien van een goed afneembare plexiglas plaat.) Een hogedrukspuit bevond zich nog in de ruimte, en die spuit was kennelijk recentelijk gebruikt, want alles was brandschoon. Wij vroegen Braambos waar deze ruimte voor diende; hij antwoordde: 'O, dat is Peter zijn speeltje. Die gebruikt deze ruimte om zijn honden in af te richten. Hij heeft namelijk twee rottweilers, die hij geregeld laat oefenen op konijntjes en katten. Dat geeft nogal wat rommel (bloed, haren en zo). Die kan hij dan gemakkelijk wegspuiten. De ruimte is ook geluiddicht gemaakt, zodat er van buitenaf niets te horen is. Alleen de deur is nog gewoon: soms hoor je in de woonkamer het geblaf van de honden. Maar als daar gelegenheid voor is, komt er ook een geluiddichte deur.' Toen wij de ruimte achter het hek betraden en agent Stofregen het afvoerputje aan een inspectie onderwierp, zag hij iets dat het putje had geblokkeerd, want daarboven was nog iets te zien. Bij het peuteren in het putje kwamen twee dingen te voorschijn: iets dat eruit zag als een afgebroken tand, vermoedelijk van een rottweiler of andere vechthond, en iets dat – tot onze verbijstering – leek op het bovenste kootje van een vinger, met de nagel er nog aan. Vervolgens hebben wij Braambos gevraagd of hij er bezwaar tegen had dat de Forensische dienst ter plekke een onderzoek instelde naar de verdere inhoud van het afvoerputje. Zijn aanvankelijke vriendelijkheid bleek na de vondst van tand en vingertop plotsklaps verdwenen, want hij mompelde alleen nog iets van 'Je doet maar wat je niet laten kunt'. Daarop hebben wij via de mobiele telefoon de Forensische dienst gevraagd naar Steenstraat 66 te komen en een nader onderzoek in te stellen. In afwachting van hun komst hebben wij, om sporen veilig te stellen, de ruimte afgesloten. Vervolgens hebben wij om 15.00 uur, toen de Forensische dienst gearriveerd was, Braambos aangehouden om uit te zoeken of hij mogelijk betrokken is bij een levensberoving of ander delict tegen de lichamelijke integriteit, zijn met hem teruggedreden naar het hoofdbureau van de regiopolitie en hebben zaak en verdachte overgedragen aan de recherche.

Aldus op ambtseed opgemaakt en gesloten.

(w.g. G. Stofregen)

(w.g. C. Roerdomp)

Bij het onderzoek door de Forensische dienst, waarvan de resultaten binnenkwamen op donderdag 1 juli 2004, bleek het vermoeden van agent Stofregen correct: de tand was inderdaad een afgebroken hoektand van een rottweiler, en de vingertop bleek de top van een menselijke wijsvinger te zijn. Het DNA van de vinger bleek overeen te komen met het DNA van Lodewijk Huygens, waarvoor zijn vriendin Marjolein Roest op ons verzoek een tandenborstel ter

beschikking had gesteld. Dat betekent dat ook haar vermoeden correct was: met Lodewijk Huygens is inderdaad iets gruwelijks gebeurd. Het verder uitzoeken van wat er precies gebeurd is, is een zaak voor de recherche.

(w.g. J.P. van de Moortgat)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Verhoor Joseph Braambos, verdacht van medeplegen van c.q. medeplichtigheid aan moord c.q. een delict tegen de lichamelijke integriteit

Nummer: 147.328/2004/03

Proces-verbaal

Hierbij doen wij, Johannes Gregorius Morgenrood, geboren op 28 mei 1964 te Arnhem en Hester Catharina Goudsbloem, geboren op 19 augustus 1975 te Breda, beiden hoofdagent-rechercheur van politie (regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond), verslag van ons verhoor van de inmiddels in verzekering gestelde Joseph Braambos, verdacht van medeplegen van c.q. medeplichtigheid aan een door Peter van Gemert gepleegde moord op c.q. delict tegen de lichamelijke integriteit van Lodewijk Huygens. Dit verhoor vond plaats op donderdag 1 juli 2004 om 11.00 uur, direct nadat de resultaten van het onderzoek door de Forensische dienst waren bekendgemaakt. Nadat wij Braambos hadden medegedeeld dat hij niet tot antwoorden verplicht was, verklaarde hij:

“Dus uit het onderzoek is gebleken dat het DNA van de vingertop overeenkomt met dat van Lodewijk Huygens? Als dat zo is – u laat mij nu de conclusie van het rapport lezen –, dan sta ik voor een voldongen feit. Het heeft dan ook weinig zin te blijven ontkennen. Ik zal u daarom precies vertellen wat er is gebeurd.

“U vraagt mij eerst naar mijn personalia. Welnu, ik ben Joseph Braambos, woon aan Steenweg 66 te Maasmond, ben geboren op 9 april 1967 in Venlo en ben sinds mijn afstuderen in 1989 als jurist werkzaam bij advocatenkantoor Polderman Netten Overdiep. Mijn specialisatie is zaken- en handelsrecht, hoewel ik ook bijzonder geïnteresseerd ben in strafrecht. Dat ben ik al sinds mijn studietijd, toen we boeken moesten bestuderen van een schrijver die levendig wist te schrijven over op zichzelf dooie onderwerpen, iets dat ik ook nastreef in mijn huidige specialisatie. Maar ik zal verdergaan met de baan bij PNO. Die baan hangt samen met een functie die ik vervul bij de Organisatie, een syndicaat dat zich bezighoudt met het vervaardigen van synthetische drugs en het importeren en verkopen van drugs als cocaïne en crack. Nee, de Organisatie heeft verder geen naam; dat is ook niet nodig, want het is geen rechtspersoon met

statuten en dergelijke. Het is een strak geleide club die op militaire leest is geschoeid. Ja, mijn baan bij Polderman Netten Overdiep is niets meer dan een dekmantel voor het werk dat ik voor de Organisatie doe. Wat ik voor de Organisatie doe? Ik ben het hoofd van de afdeling Witwassen, de afdeling die ervoor zorgt dat het contante geld dat met de drugshandel wordt verdiend, legaal wordt gemaakt. U vraagt mij in welke orde van grootte de bedragen liggen die moeten worden witgewassen. Momenteel is dat elk jaar zo'n 500 miljoen. Ja, euro. Ziet u, het vervaardigen van één enkel xtc-tablet kost ons 2 cent en dat tablet verkopen we voor 20 euro. Het duizendvoudige dus. En aangezien de volledige xtc-handel in Zuid-Holland in handen is van de Organisatie, kunt u wel nagaan dat er alleen al met de handel in synthetische drugs een smak aan contant geld binnenkomt.

"U vraagt mij naar Lodewijk Huygens. Die werkte eveneens bij de afdeling Witwassen, maar op een laag niveau in de organisatie, zo laag dat ik hem nooit persoonlijk gekend of zelfs maar ontmoet heb. Hij was als koerier werkzaam voor de Organisatie. Drugskoerier? Nee, dat niet. Wat hij deed, was met een lading contant geld, zo'n 5 à 6 miljoen per keer, naar Zwitserland en Italië gaan om het daar op een bankrekening van de Organisatie te storten. Nu wil het geval dat als een koerier met 5 miljoen vertrekt, er zo'n beetje 4,9 miljoen gestort moet worden. Een ton voor kosten van vervoer, verblijf, representatie en hier en daar wat smeergeld, daar kijkt niemand van op, maar als je dan maar 4 miljoen stort, begint dat op te vallen. Tenminste, de afdeling Beveiliging begon het op te vallen dat Lodewijk Huygens, iedere keer dat hij een reis ondernam naar Zwitserland of Italië, steeds een miljoen minder stortte dan hij zou moeten doen. Hij heeft daarvoor een waarschuwing gekregen (op een manier waarover ik u straks meer zal vertellen), en de volgende keer heeft Beveiliging een val voor hem opgezet. En daaruit bleek onomstotelijk dat hij geld van de Organisatie achteroverdrukte. Nu woont hij samen met een volledig door hem onderhouden hittepetitje, een bloedmooi meisje dat tien jaar jonger is dan hij. Dat hij dat doet, moet hij zelf weten. Maar als hij dan ten behoeve van dat kind, dat niet meer aan haar hoofd heeft dan de vraag of zij er volgens de laatste modevoorschriften uit ziet, geld verduistert dat aan de Organisatie toebehoort, is dat iets wat je beter niet kunt doen. De Organisatie besloot dan ook, nadat de eerste waarschuwing vergeefs was gebleken, hem te straffen. En daarom kwam hij op zondagavond 27 juni bij honden-Peter terecht.

"Peter van Gemert, het hoofd van de afdeling Beveiliging, heeft een manier ontwikkeld om leden van de Organisatie die niet helemaal in de pas lopen, tot de orde te roepen (als hij dat tenminste zelf doet), een methode die even effectief als weerzinwekkend is. Hij sluit die non-conforme leden namelijk op in wat u

aanduidt als ‘de ruimte’, maar wat bij ons bekendstaat als ‘de kooi van honden-Peter’. Vervolgens laat hij ook zijn twee rottweilers in die kooi, die hij het commando geeft ‘Pak ze!’ Als hij het wil laten bij een waarschuwing, roept hij beide honden terug vóór ze het slachtoffer serieus hebben verwond; als hij wil overgaan tot bestraffing, laat hij zijn slachtoffer door de honden verscheuren. Hoe vaak dat gebeurd is? Wel, in de twee jaar dat ik in de Steenstraat woon, heeft hij vijf keer iemand gewaarschuwd en (met het gebeuren van zondag erbij) drie keer iemand geëxecuteerd. Hoe dan ook, zondagavond heeft hij Lodewijk Huygens hiernaartoe gelokt met het smoesje dat de Organisatie zich in hem vergist had, en het goed met hem wilde maken. Huygens is daar ingetrapt, want toen hij aankwam, floot hij een vrolijk deuntje. Nee, dat hoorde ik vanuit de woonkamer, want ik heb niet zelf voor hem opengedaan. Toen Peter hem in de kooi opsloot en Huygens doorkreeg wat ze in werkelijkheid met hem van plan waren (hij had dat kunnen weten, want drie maanden daarvoor had hij ook al op dezelfde manier een waarschuwing van honden-Peter gehad), begon hij te gillen en te schreeuwen. Dat was zo hard dat het geluid doordrong door de deur van de kamer waar de kooi stond. (Ik heb uw agenten dinsdag verteld dat alleen die deur niet geluiddicht is.) Ik ben toen in de woonkamer gebleven en heb de deur dichtgedaan die op een kiertje stond, maar ook toen drong het schreeuwen van Huygens en het geblaf van de honden nog door. Om dat te overstemmen, heb ik in de cd-speler de Negende van Beethoven gedaan en ben die aan de hand van de partituur gaan beluisteren. Toen het eerste deel van die symfonie ten einde liep, was alles weer rustig: ik hoorde Peter met de hogedrukspuit in de weer en even later vertrok hij, vermoedelijk om de stoffelijke resten van Huygens ergens te dumpen. Nee, hoe en waar weet ik niet. In ieder geval heeft hij niet *alle* sporen uitgewist, want anders had er nog geen haan naar gekraaid en zat ik nu niet hier.

“U vraagt mij naar mijn relatie met honden-Peter. Dat is eigenlijk meer een non-relatie. Toen mijn ex-vrouw in 2002 door mijn façade als advocaat bij Polderman Netten Overdiep begon heen te kijken en in mijn zaken ging snuffelen (ja, pas in 2002 kreeg ze argwaan), heb ik op aanraden van de Organisatie haar en mijn mooie huis aan de Parkkade verlaten. De Organisatie had op dat moment wel een ander huis voor mij ter beschikking (dat aan de Steenstraat), maar daar was één voorwaarde aan verbonden: in het huis was een kamer ingericht als executieruimte voor Peter van Gemert, die die kamer hooguit vijf keer per jaar gebruikte voor waarschuwingen en bestraffingen. Dat waren mijn zaken niet, dus daar had ik mij niet mee te bemoeien. Met die voorwaarde ging ik akkoord, temeer daar ik er weinig voor voelde in een nieuwbouwhuis te trekken. U kent ze wel, van die nieuwe huizen die er bij de

oplevering al uit zien of het contract voor de eerste renovatie reeds klaar ligt. Nee, geef mij maar een jarendertighuis, zoiets als aan de Steenstraat. Maar goed, ik zal niet over Keulen en Aken gaan, want u vroeg mij wat meer te vertellen over Peter van Gemert. Welnu, het is een man van tegen de vijftig, die superloyaal is ten opzichte van de Organisatie en uiterst gewelddadig. Volgens mij met een sadistisch trekje, want iedere keer na een waarschuwing of bestraffing heeft hij een roodaangelopen hoofd en een vochtplek ter hoogte van zijn kruis: ik denk dat hij spontaan klaarkomt als hij de doodsangst in de ogen van zijn slachtoffers ziet. In ieder geval vind ik het een eng mannetje. Ik moet er niet aan denken wat er zou gebeuren als ik me met zijn zaken bemoei of zelfs kritiek op hem zou leveren: dan kom ik ook in de kooi terecht en laat hij zijn honden op *mij* los. Nee, als ik me al met Peter had willen bemoeien, zou ik dat niet kunnen: ik ben veel te bang voor hem.

“U heeft mij het hemd van het gat gevraagd, maar luister nu ook eens naar *mij*: u kunt me op geen enkele wijze betrekken bij de moord op Lodewijk Huygens. Weliswaar ligt er jurisprudentie van de Hoge Raad waarin een gebrek aan distantie wordt aangemerkt als een reden iemand te veroordelen wegens het *medeplegen* van moord, maar die zaken gaan allemaal over een verdachte die stilzwijgend bij de moord zelf aanwezig is, zodat het slachtoffer diens aanwezigheid kan opvatten als een blijk van steun voor zijn mededader. Die jurisprudentie gaat in mijn geval niet op, want ik ben in het geheel niet bij de moord aanwezig geweest en heb honden-Peter dus ook niet impliciet gesteund. Wat alleen nog resteert, is *medeplichtigheid*. Ik heb niets actiefs ondernomen om Peter de gelegenheid te geven de moord te plegen; ik heb hooguit toegestaan dat hij gebruikmaakte van een ruimte die er toch al was. Ik heb dus nagelaten in te grijpen. Nu eist de Hoge Raad echter dat er door niet in te grijpen een zorgplicht wordt geschonden die door wet of overeenkomst wordt opgelegd. Denk daarbij niet alleen aan de nachtwaker die nalaat zijn ronde te maken om zijn kompanen de gelegenheid te geven in te breken, maar ook aan de moeder die toelaat dat haar kind door haar nieuwe vriend wordt mishandeld. Die twee (ik bedoel natuurlijk de nachtwaker en de moeder) zijn verplicht iets te doen, en als ze niets doen, schenden ze hun zorgplicht, die in het eerste geval wordt opgelegd door een (arbeids)overeenkomst en in het tweede door de wet. Maar ten opzichte van Huygens had ik geen enkele zorgplicht: ik had geen verantwoordelijkheid voor hem, kende hem niet en heb hem zelfs nooit gezien. Ik wist alleen wat Peter voor hem in petto had, maar die enkele wetenschap is toch niet voldoende om me als medeplichtige bij de moord aan te merken? Het is net als in de volgende situatie: stel dat ik weet dat het stelletje in de hotelkamer naast mij een leraar van 24 is met zijn leerlinge van 17. Als die dan in hun kamer

luidruchtig liggen te neuken en ik, in plaats van een eind te maken aan die vrijpartij, de radio aanzet om dat geluid te overstemmen, ben ik dan medeplichtig aan een zedendelict? Dat zou toch te gek voor woorden zijn? Nee, ik denk niet dat u me meer kunt maken dan het lidmaatschap van een criminele organisatie. En zelfs dat is alleen mogelijk als u voldoende steunbewijs vindt, want alleen op mijn bekentenis kunt u me niet veroordelen.”

Nadat Joseph Braambos zijn verklaring was voorgelezen, volhardde hij daarbij en ondertekende die.

(w.g. J. Braambos)

Aldus op ambtseed opgemaakt en gesloten.

(w.g. J.G. Morgenrood)

(w.g. H.C. Goudsbloem)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: De auditu-verklaring anonieme getuige + bevestiging

Nummer: 147.328/2004/04

Proces-verbaal

Hierbij doe ik, Hester Catharina Goudsbloem, geboren op 19 augustus 1975 te Breda, als hoofdagent-rechercheur verbonden aan de regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond, de auditu-verslag van een gesprek met een anonieme getuige. Van deze getuige, die ik zal aanduiden als Castor, zijn de personalia bekend bij de officier van justitie. Het gesprek met Castor vond plaats op vrijdag 2 juli 2004 op een locatie buiten een politiebureau; er werd door mij aan deelgenomen in burgerkleding. Het gesprek vond plaats in het kader van het onderzoek naar Joseph Braambos, verdacht van medeplegen van c.q. medeplichtigheid aan een door Peter van Gemert gepleegde moord op Lodewijk Huygens. Castor verzocht mij hem nergens letterlijk aan te halen, want dan liep hij het risico dat iemand hem zou herkennen aan de hand van specifieke uitdrukkingen. Ik heb hem toegezegd dat ik het verslag van het gesprek zorgvuldig zou bekijken en ervoor zou zorgen dat al het herkenbare daaruit verdween; alle gebruikte typeringen zijn dan ook van mij afkomstig en niet van Castor.

Nadat ik hem had medegedeeld wat de strekking van de verklaring van Braambos was, vertelde hij me dat Braambos liegt als hij zegt dat hij niet heeft ingegrepen omdat hij bang is voor honden-Peter. Volgens hem is eerder het omgekeerde het geval: honden-Peter zou bang moeten zijn voor Braambos, want Braambos heeft veel meer aanzien bij de Organisatie, waarbinnen hij een bliksemcarrière doorloopt: nog geen veertig en al hoofd van de afdeling Witwassen. Dat betekent dat Braambos de praktijken van honden-Peter al lang had kunnen voorkomen. Dat hij dat niet gedaan heeft, kan er alleen maar op wijzen dat hij instemt met diens executiemethode, en niets anders. Volgens Castor komt dat verschil in aanzien voort uit het feit dat Braambos een gangster is van het moderne soort, een dat onder- en bovenwereld met elkaar vermengt: de moderne gangster heeft een academische graad, draagt dure maatkostuums en is op en top het gecultiveerde heertje. Honden-Peter daarentegen is een ouderwetse gangster, een gewelddadige rouwdouwer die rondloopt met een vioolkist met daarin een machinegeweer. Het type-Peter is in hoog tempo aan het verdwijnen, en het zou Castor niet verbazen als honden-Peter vandaag of morgen een koekje

van eigen deeg krijgt. Honden-Peter doet er dus beter aan bij Braambos in een goed blaadje te blijven, want die laatste is in staat hem de hand boven het hoofd te houden.

Toen ik Castor vertelde dat Braambos had gesuggereerd dat honden-Peter een seksuele kick kreeg van zijn waarschuwingen en bestraffingen, zei hij dat dat een voorbeeld was van een typisch Braambos-achtige manipulatie. Op die manier kon hij namelijk via het suggereren van een goor detail, waar evengoed een perfect legitieme reden voor kan bestaan, bereiken dat *hij* sympathiek werd gevonden en de ander antipathiek. In het algemeen waarschuwde hij ervoor dat we ons niet door Braambos in de luren moesten laten leggen. Toen ik Castor vertelde dat Braambos toch wel coöperatief op ons was overgekomen, zei hij dat dat maar schijn was. Toen ik hem namelijk vertelde dat Braambos nogal openhartig was geweest over Polderman Netten Overdiep, zei Castor dat Braambos er vast niet had bijgezegd dat PNO op het punt staat te worden opgeheven, zodat zijn openhartigheid weinig kwaad meer kan: de Organisatie heeft al lang iets anders bedacht.

Toen ik Castor ten slotte vroeg hoe hij dit allemaal wist, deelde hij me mede dat hij dat niet kon vertellen zonder zichzelf te verraden. Volgens hem liep hij al te veel risico door überhaupt met de politie te praten: zelfs dat deed hij al met gevaar voor eigen leven. Als ik echter bevestiging wilde krijgen van wat hij gezegd had, moest ik maar contact opnemen met ene Pollux, van wie de personalia eveneens bekend waren aan de officier van justitie.

Toen ik op zaterdag 3 juli 2004 in een telefonisch gesprek met Pollux samenvatte wat Castor mij had gezegd, wilde eerstgenoemde alleen kwijt dat diens relaas voor de volle 100% klopte. Met het dringende verzoek geen verder contact met hem op te nemen, beëindigde Pollux het gesprek.

Aldus op ambtseed opgemaakt en gesloten.

(w.g. H.C. Goudsbloem)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Aangifte van poging

Nummer: 298.787/2005/01

Proces-verbaal

Hierbij doe ik, Johannes Petrus van de Moortgat, geboren op 12 mei 1963 te Rotterdam en als brigadier verbonden aan de regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond, verslag van een aangifte van poging. Deze aangifte werd mij gedaan op dinsdag 26 juli 2005 om 10.00 uur.

Aanleiding voor deze aangifte was het tragische ongeval waarbij op maandag 25 juli 2005 om 18.30 uur de 29-jarige Jorien Emmerich om het leven is gekomen, vermoedelijk als gevolg van een misdrijf. Dit ongeval is in de media uitvoerig aan de orde geweest; zelfs het NOS-Journaal van diezelfde avond om 20.00 uur ruimde er een prominente plaats voor in. Kort samengevat lagen de feiten als volgt:

Tegen half zeven die avond reed Jorien Emmerich van haar werk in Rotterdam over de A15 naar haar woonplaats Maasmond. Vlak na de tunnel onder de Noord passeerde zij met een snelheid van 120 km p/u (de ter plaatse geldende maximumsnelheid) het viaduct waarbij de weg vanaf Maasmonderdorp zich bij de A15 voegt. Vanaf dat viaduct, dat plusminus vier meter hoger ligt dan de weg waarop zij reed, werd met bakstenen naar onderlangs passerende auto's gegooid. Een van deze stenen raakte aan de bestuurderskant de voorruit van haar Dae-woo Matiz met kenteken XH-DZ-48, waarop de voorruit versplinterde en zij de baksteen vol in haar gezicht kreeg. Als gevolg hiervan raakte zij de macht over het stuur kwijt, waarop haar auto dwars op de wegas kwam te staan, enige malen over zijn zij sloeg, in brand vloog en explodeerde. Blijkens de sectie die de patholoog-anatoom op het verkoolde lichaam van Jorien Emmerich heeft uitgevoerd, zijn de verwondingen aan haar schedel consistent met de inslag van een baksteen die van 4 m hoog door de voorruit valt terwijl zij zelf 120 reed. Daardoor is het neusbeen in haar schedel gedrukt, een verwonding die onmiddellijk en onherroepelijk tot de dood leidt. Aangezien ook geen rook in haar longen werd aangetroffen, moet worden aangenomen dat zij reeds overleden was vóór de wagen vlamvatte en explodeerde. Daarmee is haar dood een rechtstreeks gevolg van het gooien van de baksteen vanaf het viaduct door (een) dader(s) die vooralsnog onbekend is/zijn.

Naar aanleiding van de reportage die het NOS-Journaal van de avond daarvoor aan dit ongeval wijdde, kwam zich op dinsdagochtend 26 juli 2005 aan het hoofdbureau van politie een man melden met de volgende aangifte, voorafgegaan door een uitvoerige schets van de omstandigheden waaronder hij zich daar bevond:

“Mijn naam is Harry Scheepmaker. Ik ben 46 jaar oud, woon aan de Burgemeester Buysmansingel 78 te Maasmond, en wil u een paar dingen vertellen over het voorval waarbij dat meisje gisteravond op de A15 om het leven is gekomen. Ik ben namelijk ook bekogeld, maar ik heb gelukkig geen schade opgelopen. Misschien dat wat ik te vertellen heb, u enigszins op het spoor kan zetten van de daders.

“Gisteravond was het ontzettend mooi weer, droog en met een temperatuur van 23°. Bovendien had ik overdag al gemerkt dat het overal op de weg rustig was, nergens een file (behalve bij de stranden). Ja wat wil je, met half Nederland in het buitenland op vakantie. Ik besloot daarom na het avondeten een ritje te gaan maken met mijn Chevrolet uit 1959. U weet wel, dat is zo'n auto met van die enorme vleugels boven de achterlichten. Voor mijn normale woon-werk-

verkeer rijd ik in een Ford Focus, maar als het zo uitkomt (droog weer en weinig verkeer) haal ik mijn oldtimer uit de garage en ga daarmee toeren. Ziet u, de wagen is in mijn geboortjaar gemaakt en heeft nog het originele kenteken: een donkerblauwe plaat met daarop in witte letters BD-18-48. Hij is ook nog steeds in de oorspronkelijke kleur, een felle kleur rose die je tegenwoordig niet meer ziet. Weliswaar zijn de motor, de versnellingsbak en het binnenwerk totaal vernieuwd, maar de buitenkant is nog helemaal authentiek. Het is een erg opvallende auto, vooral wat oudere mensen weten me te vertellen dat als ze de wagen zien rijden, ze weer helemaal terug in de tijd zijn, en als het ware weer de muziek horen die toen in de mode was. Weet u nog, Conny Froebus met 'Zwei Kleine Italiener'? Maar goed, ik zal ter zake komen.

"Toen ik met mijn auto om drie voor half zeven uit de Noordtunnel kwam (ik reed 120 in de richting Maasmond/Gorinchem/Nijmegen) zag ik op het viaduct na de afslag Maasmonderdorp twee jongens over de balustrade hangen. Die waren tussen de 15 en de 20, de een een paar jaar ouder dan de ander. Toen ik al voorbij het viaduct was, zag ik in mijn achteruitrijspiegel dat er iets van af was gegooid, want het sprong weer omhoog en stuiterde toen van de weg af. Ik dacht dat het waarschijnlijk een leeg bierblikje was geweest, en heb er daarom weinig aandacht aan besteed. Pas later, toen ik thuis het nieuws van acht uur aanzette en de reportage zag waarin verteld werd dat bij het viaduct over de A15 een vreselijk ongeluk was gebeurd nog geen drie minuten nadat ik daar had gereden, realiseerde ik me dat mijn 'lege bierblikje' in feite een baksteen is geweest. Gelukkig is er met mij noch met mijn auto iets gebeurd, maar dat had heel anders kunnen wezen. Ik doe dan ook aangifte wegens poging tot vul-maar-in, gepleegd door die twee jongens."

Nadat ik Scheepmaker zijn aangifte had voorgelezen, ondertekende hij die.

(w.g. H. Scheepmaker)

Hierop heb ik een surveillancewagen opdracht gegeven een huis-aan-huis-onderzoek in te stellen op de weg die uitloopt op het viaduct over de A15, de Veerdijk te Maasmonderdorp. De bedoeling van dit onderzoek is de identiteit van de daders vast te stellen en, indien mogelijk, ze aan te houden.

Aldus op ambtseed opgemaakt en gesloten.

(w.g. J.P. van de Moortgat)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Proces-verbaal van bevindingen + aanhouding verdachten
Nummer: 298.787/2005/02

Proces-verbaal

Hierbij doen wij, Gregor Stofregen, geboren op 11 mei 1985 te Amsterdam, en Caroline Roerdomp, geboren op 28 juni 1987 te Delft, beiden als agent verbonden aan de regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond, verslag van een op dinsdagochtend 26 juli 2005 om 11.00 uur ingesteld onderzoek in opdracht van brigadier J.P. van de Moortgat.

Wij belden tevergeefs aan bij de panden Veerdijk 78 en 76; bij no. 74 en 72 werd wel opengedaan, maar de bewoners hadden de vorige avond tussen zes en half zeven niets bijzonders gezien. Bij Veerdijk 70 waren wij echter getuige van het volgende – deels luidkeels gevoerde – gesprek tussen de circa 60-jarige bewoner van het huis en zijn vrouw, die zich op de bovenverdieping bevond. De man antwoordde op onze vraag of hij gisteravond tussen zes en een half zeven iets bijzonders had gezien, met een wedervraag aan zijn vrouw: “Agnes, gisteravond zagen we na het eten toch die twee jongens met die zak puin sjouwen?” “Ja, ik zei je nog dat een van de twee die mooie jongen was die bij de Gamma werkt? Ik vroeg me af wat die daar met dat puin liep te zeulen.” Daarop vroegen wij de man een signalement van die “mooie jongen”, waarop hij zijn vrouw naar beneden riep met de vraag of zij die jongen even wilde beschrijven. Vervolgens kwam de vrouw de trap af. Zij bleek een perfecte getuige: “Eén meter tachtig lang, atletisch gebouwd, donkerbruin gekruld haar, ogen als chocoladeflikken, geen bril, intelligente oogopslag, en gekleed in een donkerblauw shirt met aan de voorkant in gele letters ‘New York’ of zoiets.” Ze zei ons voorts dat we maar even bij de Gamma moesten kijken, daar konden ze ons ongetwijfeld verder helpen.

Toen wij bij Gamma arriveerden, bleek het juist lunchpauze te zijn, zodat het voltallige personeel in de kantine zat. Daar zag collega Roerdomp – die kennelijk iets meer begrepen had dan Agnes onder woorden had gebracht – een jongen zitten die perfect in het profiel paste dat de bewoonster van Veerdijk 70 had geschetst, want ze zei gedecideerd “Die bedoelt ze!” Wij gingen direct naar de jongen toe en vroegen hem of hij de stenengooier van gisteravond was geweest. Zijn antwoord was “Wel van de steen naar de roze Chevrolet, maar

niet van de steen naar de Daewoo.” Op onze vraag wie dan die ander was geweest die door een getuige was gezien, was zijn antwoord dat dat Henkjan van Geffen was, die woonde aan de Burgemeester Keijzerweg 18 te Maasmonderdorp. Nadat wij hem naar *zijn* naam hadden gevraagd (Jon van Stralen) deelden wij hem mee hem aan te houden wegens moord c.q. poging tot moord. Toen wij Van Stralen geboeid in onze politieauto hadden doen plaatsnemen, reden wij naar de Burgemeester Keijzerweg en hielden daar zijn medeverdachte Van Geffen aan. Vervolgens zijn we met beiden naar het hoofdbureau van politie te Maasmond gereden, waar we verdachten aan de recherche hebben overgedragen.

Aldus op ambtseed opgemaakt en gesloten.

(w.g. G. Stofregen)

(w.g. C. Roerdomp)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Verhoor Jon van Stralen, verdacht van medeplegen van moord c.q. poging tot moord

Nummer: 298.787/2005/03

Proces-verbaal

Hierbij doen wij, Johannes Gregorius Morgenrood, geboren op 28 mei 1965 te Arnhem en Hester Catharina Goudsbloem, geboren op 19 augustus 1976 te Breda, beiden hoofdagent-rechercheur van politie (regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond), verslag van ons verhoor van Jon van Stralen. Dit verhoor vond plaats op dinsdag 26 juli 2005 om 14.00 uur, direct nadat hij in Maasmonderdorp – arrondissement Maasmond – was aangehouden. Nadat wij Van Stralen hadden medegedeeld dat hij niet tot antwoorden verplicht was, verklaarde hij:

“Omdat u toch alles al weet, heeft het weinig zin te blijven ontkennen. Ik zal daarom open kaart met u spelen.

“Mijn naam is Jon van Stralen, voluit Jonathan Reginald. Ik ben geboren op 23 maart 1986, woon op Veerdijk 24 in Maasmonderdorp en werk bij Gamma. Omdat ik goed met mensen kan omgaan en vlot van de tongriem gesneden ben, word ik daar overal ingezet. Momenteel help ik vooral in de winkel, en ben met name belast met het toezicht op de vakantiekrachten, van wie we in deze tijd veel gebruikmaken. Het is overigens niet alleen toezicht, ik moet ook optreden als ze er niet uit komen. En dat gebeurt nogal eens. Ja, ik werk al jarenlang bij Gamma, al sinds ik van de havo ben afgegaan. Ziet u, hier op de havo in Maasmonderdorp verveelde ik me stierlijk. Lessenlang werd er doorgeëmmerd over één klein punt, dat ik allang begrepen had. Daarom spijbelde ik geregeld, vooral omdat ze bij Gamma altijd wel plaats hadden voor vakkenvullers. Ja, liever een uurtje bij Gamma dan bij wiskunde tot vervelens toe uitleg te krijgen over – ik noem maar wat – de stelling van Pythagoras, die een klasgenoot maar niet begrijpen kon. Naar aanleiding van het veelvuldige spijbelen heeft de schoolpsycholoog me onderzocht; een deel van dat onderzoek bestond uit een IQ-test, waar uitkwam dat ik een IQ van 149 had. Omdat dat ruim voldoende was voor het gymnasium te Maasmond, werd me aanbevolen daarnaartoe te gaan. Daar voelde ik echter niet voor: stel je voor, op school met al die ‘kakkers’. Ik ben toen naar Gamma gegaan en gevraagd of zij iets voor me hadden. Niet als vakkenvuller, maar een volwaardige plaats in de verkoop.

Omdat ik veel meer bleek te kunnen, word ik nu geregeld ingezet bij de afdeling Inkoop, en ook dat gaat me goed af. Ja, een carrière daar zie ik wel zitten.

“Ik woon nog bij mijn ouders, samen met een oudere zus van 21, een zus van 16 en een broer van 14. Zelf ben ik 19, ja. Mijn ouders zijn momenteel met mijn zus van 16 en mijn broer van 14 naar Frankrijk, ergens in de buurt van Carcassonne. Daar houden ze vakantie. Mijn zus van 21 en haar vriend bleven thuis, onder meer om voor mij te koken. Ja, ik kon ook niet mee, want juist in de vakantietijd ben ik bij Gamma onmisbaar. Gisteren hadden mijn zus en haar vriend vrij en omdat het mooi weer was, zijn ze naar het strand in Scheveningen geweest. Daar was het zo vol dat ze al tegen vieren weer thuis waren. Toen ik om kwart over vijf thuiskwam uit Gamma, was het eten al klaar, zodat we maar aan tafel zijn gegaan. Om kwart voor zes waren we uitgeeten en had ik weinig zin nog in huis te blijven. Ziet u, mijn zus en haar vriend zijn nogal verliefd op elkaar, zodat ik ze liever alleen laat. Wat moet ik om kwart voor zes echter doen? Alle meisjes in Maasmonderdorp zijn dan nog aan het eten en die zijn pas tegen zevenen weer op straat. Plotseling dacht ik eraan dat een klant die bijna al zijn spullen bij Gamma heeft gekocht, 's morgensvroeg ook twee zakken met puin had afgeleverd. Normaliter nemen we het puin van de klanten niet in, maar voor zo'n goede moet je weleens een uitzondering maken. Ik dacht er toen over iets met dat puin te gaan doen, bijvoorbeeld te proberen een van de auto's te raken die onder het viaduct over de A15 razen. Ik realiseerde me dat zo'n zak minstens vijftig kilo weegt, zodat ik die nooit in mijn eentje dragen kan. Ik heb daarom Henkjan van Geffen opgebeld met het verzoek mij te helpen. Eerst wou hij niet, maar toen ik hem zei dat het echt nodig was, is hij gezwicht. U vraagt me naar zijn verhouding met mij. Ik weet alleen dat hij me als een schoothondje volgt. Daarvoor kunnen twee redenen bestaan: de eerste is dat ik nogal gemakkelijk contact leg met meisjes, die ook op me afkomen als vliegen op een pot stroop. Volgens mij speculeert hij erop dat de meisjes die ik niet hoeft, dan weleens iets met hem zouden kunnen beginnen, want zelf is hij veel te verlegen om op eigen initiatief een meisje aan te spreken. Wat ook kan zijn, is dat hij een oogje heeft op mijn zus van 16 – zelf is hij 17 –, en dat hij daarom steeds om me heen hangt. Dat moet u hem zelf maar vragen. In ieder geval hebben we eerst de zak puin bij Gamma opgehaald en zijn toen naar het viaduct over de A15 gelopen. Na het ongeluk hebben we die zak daar laten staan; die zult u daar wel gevonden hebben. Waarschijnlijk zitten er heel wat DNA-sporen op, want we hebben ons er het lazarus aan gesjouwd.

“Toen we bij dat viaduct aankwamen, gaf Henkjan mij telkens een baksteen aan, die ik vervolgens naar een voorbijrazende auto gooide. Eén ding werd me al

snel duidelijk: het lijkt misschien erg makkelijk van ruim 4 meter hoog een auto te raken, maar als je dat probeert kom je er al gauw achter dat dat ontzettend moeilijk is. Probeer het zelf maar eens, om van 4 m hoog een object te raken dat met 120 km per uur voorbij schiet. Ik heb het wel zes keer geprobeerd, maar iedere keer liet ik de baksteen te vroeg vallen of te laat. In het eerste geval kwam de steen vóór de auto terecht, in het tweede geval erachter. U vraagt mij of ik nog weet maar welke auto's ik een steen heb gegooid. Dat weet ik niet meer, het waren huis-, tuin- en keukenauto's. Alleen de laatste kan ik me nog herinneren: dat was een oldtimer van zeker dertig jaar oud, die bovendien gespoten was in een afschuwelijk soort roze. Weet u, iemand zei eens dat er twee soorten groen zijn: groen en verdomd groen. Nou, dit was een verdomd roze auto. Toen ik het zes keer geprobeerd had, heb ik de rollen omgedraaid en een steen uit het puin aan Henkjan gegeven. Ik was er stellig van overtuigd dat het hem ook niet zou lukken een auto te raken, maar Henkjan bleek over een perfecte timing te beschikken. Hij raakte de eerstvolgende auto namelijk wel. Alleen niet op het dak, maar vol op de voorruit aan de kant van de bestuurster. (Dat de bestuurder van het vrouwelijk geslacht was, hoorde ik pas later op het journaal.) De steen ging dwars door de voorruit – dat heb je met die inferieure Koreaanse auto's –, en sloeg, denk ik, de bestuurster tegen haar hoofd. In ieder geval raakte zij de macht over het stuur kwijt, en kwam met de auto dwars op de weg terecht. Het gevolg was dat de auto twee of drie keer over zijn zij sloeg, en vlamvatte. Toen zei ik Henkjan 'Wegwezen' en renden we weg, over een pad onderlangs de Veerdijk waar de huizen niet op uitzien. Even later hoorden we het geluid van een explosie, maar er was gelukkig niemand die ons zag. Ja natuurlijk, als je een explosie hoort en meteen daarop twee jongens ziet weglopen, ligt de conclusie voor de hand: die twee hebben daar iets mee te maken. Daarop is ieder van ons naar zijn eigen huis gegaan. Ik ben thuis naar het journaal gaan kijken, en ik schrok me een ongeluk toen de minister van Verkeer en Waterstaat kwam vertellen dat het hier om een moord ging. Dat kan toch niet?

“U vraagt mij naar de reden waarom we met dat puin naar auto's gooiden, en wat we dachten toen we aan het gooien waren. U begrijpt dat ik alleen voor mezelf kan praten, en niet voor Henkjan. Die moet u dat zelf maar vragen. *Ik* zat met de vraag wat ik vijf kwartier lang moest gaan doen, ik verveelde me gewoon. Ik dacht toen iets leuks te gaan doen. U weet net zo goed als ik dat 'iets leuks' altijd een element van risico moet hebben. Het is net als met het leven zelf: dat impliceert risico's, iets wagen. Als je altijd op safe speelt, kun je net zo goed meteen in je graf gaan liggen. Ik wist dus dat ik met iets riskants bezig was. Aan welke risico's ik gedacht heb? Nou, bijvoorbeeld dat van een

achtervolging. Neem het geval dat ik het dak van die roze Chevrolet had geraakt. De kans was dan groot geweest dat de bestuurder daarvan de eerste de beste afslag had genomen en terug was gereden over het viaduct naar Maasmonderdorp. Waarom ik dat denk? Simpel, als iemand met zo'n opzichtige bak rondrijdt, móet hij die wel koesteren, dat kan niet anders. Dan was hij naar ons op zoek gegaan, had hij onderweg wat geïnformeerd, en ons misschien te pakken gekregen. Is dat trouwens ook niet de manier waarop u ons achterhaald hebt? Nee, ik begrijp dat u daar niets over zeggen wilt, maar uw glimlach spreekt al boekdelen. In ieder geval had ik het risico van een achtervolging al ingecalculeerd. Waar ik ook wel aan gedacht heb, is het risico dat puin op de rijksweg oplevert voor andere automobilisten. Misschien had het met 120 overrijden van een baksteen geresulteerd in een klapband, maar het gevaar daarvan is – vooral met het rustige verkeer van die avond (één auto per drie minuten) –, verwaarloosbaar klein. Waar ik nooit aan gedacht heb, is dat Henkjan zo'n perfecte timer bleek te zijn. Niet alleen raakte hij de Daewoo, maar ook nog op de voorruit. Dat de baksteen daar compleet doorheen ging, verbijsterde me in hoge mate; ik had er wel aan gedacht dat die ineens vol sterren zou zitten terwijl de steen daarvan af zou springen, maar niet dat die er gewoon doorheen zou gaan. U vraagt me of ik ook gegooid had als ik zeker had geweten dat de vrouw om het leven zou komen. Mijn antwoord daarop is een volmondig nee. Als ik zeker had geweten dat het zo desastreus zou aflopen, had ik de steen naar de Daewoo zeker niet gegooid. Ik had namelijk niets tegen die vrouw, ik kende haar niet eens en ben tenslotte geen moslimterrorist die een gloeiende hekel heeft aan alle ongelovigen, om maar iets te noemen. Nee, het was voor mij een weliswaar riskant maar toch betrekkelijk onschuldig spelletje, dat helaas een onvoorzien gevolg heeft gehad. Dus zeker geen moord, of poging tot moord. Overigens, ik heb meen ik een paar keer gezegd dat *ik* die steen naar de Daewoo heb gegooid. Dat is niet waar: dat heeft Henkjan gedaan. Ik heb alleen de steen naar de roze Chevrolet gegooid, die Henkjan me heeft aangegeven. U vertelt me dat het niet uitmaakt wie nu precies naar welke auto heeft gegooid, want in dit geval van medeplegen – zo noemt u dat – is het 'Samen uit, samen thuis'. Dat weet ik zonet nog niet, ik zal daar beslist eens met mijn advocaat over praten."

Nadat Van Stralen zijn verklaring was voorgelezen, volhardde hij daarbij en ondertekende die.

(w.g. J.R. van Stralen)

Regiopolitie Zuid-Holland Zuid

Onderwerp: Verhoor Henkjan van Geffen, verdacht van medeplegen van moord c.q. poging tot moord

Nummer: 298.787/2005/04

Proces-verbaal

Hierbij doe ik, Johannes Gregorius Morgenrood, geboren op 28 mei 1965 te Arnhem, werkzaam als hoofdagent-rechercheur van politie (regiopolitie Zuid-Holland Zuid te Maasmond), verslag van het verhoor van Henkjan van Geffen, verdacht van het medeplegen van moord c.q. poging tot moord. Dit verhoor vond plaats op woensdag 27 juli 2005 om 9.00 uur. Nadat ik Van Geffen had medegedeeld dat hij niet tot antwoorden verplicht was, verklaarde hij:

“U vertelt me dat u alles al van Jon van Stralen hebt gehoord, maar dat u nog een paar vragen voor mij hebt. Goed, vraagt u maar.

“Mijn naam is Henkjan van Geffen. Ik ben geboren op 5 april 1988 en ben nu dus 17 jaar. Ik woon thuis, Burgemeester Keijzerweg 18 te Maasmonderdorp. Ik ben enig kind. Ik zit nog in de derde van de havo, waar ik twee klassen ben blijven zitten. Op mijn vrije zaterdagen werk ik in het magazijn van de Gamma. Dat baantje is voor mij geregeld door mijn vriend Jon van Stralen, die daar zo’n beetje de baas is. Niet officieel, maar wel feitelijk. U vraagt me wat er volgens mij op maandag 25 juli tussen zes en half zeven is gebeurd. Dat zal ik u vertellen.

“Om kwart voor zes belde Jon mij op. Hij had iets waar ik beslist bij moest zijn. Ik voelde daar niet zoveel voor, maar je kunt toch moeilijk je beste vriend iets weigeren. Toen we eerst bij de Gamma langsgingen, begreep ik al snel waarom ik er zonodig bij moest zijn: we moesten daar een zak puin halen waarmee we auto’s gingen bekogelen vanaf het viaduct over A15. En die zak woog minstens vijftig kilo, zelfs voor twee man bijna te zwaar. Twee à drie kilometer hebben we ermee over de Veerdijk gezeuld. Toen begon Jon de bakstenen uit het puin naar de auto’s te gooien. Ik voelde daar eigenlijk niet zoveel voor, en heb ze daarom alleen aangegeven. De bakstenen, bedoel ik. Het lukte Jon maar niet een auto te raken: de eerste was ervoor, de tweede erachter, de derde ervoor, de vierde erachter, de vijfde ervoor en de zesde (een roze Chevrolet) weer erachter. Toen zei hij tegen me ‘De volgende is voor jou’. Toen er een Daewoo aankwam, liet hij mij de steen gooien, met het compleet onver-

wachte resultaat dat Jon u ongetwijfeld beschreven heeft. Ja, ontzettend stom van me. Ik had nooit mee moeten gaan en zeker niet mee moeten gooien.

“U vraagt mij naar de relatie tussen Jon en mij. Ziet u, Jon geldt bij de meisjes hier in Maasmonderdorp als een stuk. En dat weet hij ook, want op zijn beurt zoekt hij alleen contact met meisjes die *hij* een stuk vindt. Nu is het vaak zo dat zo’n stuk een vriendin op sleeptouw heeft die niet zo hoog aan de weg timmert. Daar kan ik het dan mee aanleggen. Dat is me tot nog toe één keer gelukt. Verder dan wat zoenen zijn we niet gekomen, maar je weet maar nooit: als het één keer is gelukt, kan het nog een keer gebeuren. Vandaar dat ik steeds om hem heen hang. Heeft hij u verteld dat het misschien is omdat ik een oogje heb op zijn zus van 16? Nee hoor, dat is ook zo’n stuk, en die zijn voor mij totaal onbereikbaar.

“Tot slot wil ik u vragen wat er verder met mij gaat gebeuren. U zegt mij dat u uiteraard niets kunt toezeggen, maar dat ik er bij mijn advocaat op moet aandringen dat hij mikt op een sepot. Volgens u zit dat er wel in.”

Nadat Van Geffen zijn verklaring was voorgelezen, volhardde hij daarbij en ondertekende die.

(w.g. H. van Geffen)

Aldus op ambtseed opgemaakt en gesloten.

(w.g. J.G. Morgenrood)

Aangehaalde literatuur

Het jaartal achter de naam van de auteur op de eerste – niet ingesprongen – regel verwijst naar het jaar waarin de eerste druk van dit boek verschenen is. Op de tweede – en ingesprongen – regel(s) volgen dan de gegevens van de editie die door mij gebruikt is; als dat jaartal hoger is, heb ik dus een latere editie gehanteerd. Dit systeem lijdt uitzondering bij boeken (vooral juridische) waarvan geregeld een herziene druk verschijnt: daar wordt de naam van de auteur gevolgd door het jaartal waarin de druk verscheen die ik gebruikt heb.

ANS 1997

W. Haeseryn e.a., *Algemene Nederlandse Spraakkunst*, Groningen: Martinus Nijhoff 1997.

Bak 1996

Per Bak, *How Nature Works*, New York: Copernicus 1996.

Baron-Cohen 1995

Simon Baron-Cohen, *Mindblindness. An Essay on Autism and Theory of Mind*, Cambridge Mass.: MIT Press 1999.

Bateson 1972

Gregory Bateson, *Steps to an Ecology of Mind*, New York: Ballantine 1973.

Blyth 1942

R.H. Blyth, *Zen in English Literature and Oriental Classics*, Tokyo: Hokuseido 1942.

Bockelmann 1979

Paul Bockelmann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München: Beck 1979.

De Bono 1967

Edward de Bono, *The Use of Lateral Thinking*, Harmondsworth: Pelican 1976.

Bownas & Thwaite 1964

Geoffrey Bownas & Anthony Thwaite, *The Penguin Book of Japanese Verse*, London: Penguin 1998.

Buss 1999

David M. Buss, *Evolutionary Psychology. The New Science of the Mind*, Boston: Allyn and Bacon 1999.

Chesterton 1904

G.K. Chesterton, *George Frederick Watts*, London: Duckworth 1904.

Cleiren & Nijboer 2002

C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Cleiren & Nijboer 2003

C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2003.

Cleiren & Nijboer 2004

C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Corstens 1999

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999.

Dawkins 1998

Richard Dawkins, *Unweaving the Rainbow*, London: Allen Lane 1998.

Dennett 1987

Daniel C. Dennett, 'Cognitive Wheels: the Frame Problem of AI', in: Zenon W. Pylyshyn (ed.), *The Robot's Dilemma. The Frame Problem in Artificial Intelligence*, Norwood, N.J.: Ablex 1987.

Diamond 1997

Jared Diamond, *Guns, Germs and Steel. A Short History of Everybody for the Last 13,000 Years*, London: Vintage 1998.

Dijksterhuis 2007

Ap Dijksterhuis, *Het slimme onbewuste. Denken met gevoel*, Amsterdam: Bert Bakker 2007.

Frank 1988

Robert H. Frank, *Passion within Reason. The Strategic Role of the Emotions*, New York: Norton 1988.

Gazzaniga 1998

Michael S. Gazzaniga, *The Mind's Past*, Berkeley: University of California Press 2000.

Gould 1989

Stephen Jay Gould, *Wonderful Life*, New York: Norton 1990.

Heine 1911

Heinrich Heine, *Das Buch der Lieder*, Leipzig: Hess und Veder 1911.

Hoff 1982

Benjamin Hoff, *The Tao of Pooh*, New York: Penguin 1983.

Hofstadter 1985

Douglas R. Hofstadter, *Metamagical Themas. Questing for the Essence of Mind and Pattern*, New York: Basic Books 1985.

Van der Horst 1996

P.J. van der Horst, *Stijlwijzer*, Den Haag: Sdu 1996.

De Hullu 2003

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2003.

Jackendoff 1994

Ray Jackendoff, *Patterns in the Mind*, New York: Basic Books 1994.

De Jong 2003

D.H. de Jong, M. Kessler, M. Otte & H.D. Wolswijk, 'Verhoging van strafmaxima op culpose misdrijven', *Delikt en Delinkwent* 2003, p. 258–81.

Kelk 2001

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Koopmans 1999

F.A.J. Koopmans, *Prologen materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Koopmans 2002

F.A.J. Koopmans, 'Beantwoording rechtsvraag (299) Strafprocesrecht', *Ars Aequi* 2002, p. 290–4.

Koopmans 2005a

F.A.J. Koopmans, 'Op zoek naar de nieuwe Koopmans', *Alibi* januari 2005, p. 8–17.

Koopmans 2005b

F.A.J. Koopmans, 'Op zoek naar de nieuwe Koopmans. De finale', *Alibi* maart 2005, p. 13–21.

Koopmans 2007

F.A.J. Koopmans, *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv*, Deventer: Kluwer 2007.

Kwakman 2007

N.J.M. Kwakman, 'De causaliteit in het strafrecht: het vereiste van *conditio sine qua non* als enige bruikbare criterium', *Nederlands Juristenblad* 2007 p. 992–8.

Löffler 1911

Alexander Löffler, 'Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit mit Berücksichtigung des Deutschen und des Österreichisches Vorentwurfs', *Österreichisches Zeitschrift für Strafrecht* 1911, p. 131–74.

Miller 2000

Geoffrey F. Miller, *The Mating Mind. How Sexual Choice Shaped the Evolution of Human Nature*, New York: Doubleday 2000.

Needham 1956

Joseph Needham, *Science and Civilisation in China*, volume II, Cambridge: Cambridge University Press 1975.

Orwell 1945

George Orwell, *Animal Farm*, in George Orwell. *The Complete Novels*, London: Penguin 2000.

Pinker 1995

Steven Pinker, *The Language Instinct*, Harmondsworth: Penguin 1995.

Pinker 1998

Steven Pinker, *How the Mind Works*, Harmondsworth: Allen Lane 1998.

Pinker 2002

Steven Pinker, *The Blank Slate. The Modern Denial of Human Nature*, London: Allen Lane 2002.

Pinker 2007

Steven Pinker, *The Stuff of Thought. Language as a Window into Human Nature*, London: Allen Lane 2007.

Pirsig 1974

Robert Pirsig, *Zen and the Art of Motorcycle Maintenance*, London: Corgi 1978.

Politoff & Koopmans 1991

S.I. Politoff & F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

Rabkin 1976

Richard Rabkin, 'Critique of the Clinical Use of the Double Bind Hypothesis', in: Sluzki & Ransom 1976.

- Rajneesh 1988a
Bhagwan Shree Rajneesh, *This. This. A Thousand Times This. The Very Essence of Zen*, Köln: Rebel z.j.
- Rajneesh 1988b
Osho Rajneesh, *Dōgen. The Zen Master*, Köln: Rebel z.j.
- Rajneesh 1989a
Osho Rajneesh, *Hyakujō. The Everest of Zen*. Köln: Rebel z.j.
- Rajneesh 1989b
Osho Rajneesh, *Isan. No Footprints in the Sky*, Köln: Rebel z.j.
- Rajneesh 1989c
Osho Rajneesh, *Jōshū. The Lion's Roar*, Köln: Rebel z.j.
- Rajneesh 1989d
Osho Rajneesh, *Ma Tzu. The Empty Mirror*. Köln: Rebel z.j.
- Rajneesh 1989e
Osho Rajneesh, *Nansen. The Point of Departure*, Köln: Rebel z.j.
- Rajneesh 1989f
Osho Rajneesh, *Rinzai. Master of the Irrational*, Köln: Rebel z.j.
- Rommelink 1996
J. Rommelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1996.
- Renkema 2002
Jan Renkema, *Schrijfwijzer*, Den Haag: Sdu 2002.
- Ridley 1993
Matt Ridley, *The Red Queen. Sex and the Evolution of Human Nature*, London: Penguin 1994.
- Ridley 2003
Matt Ridley, *Nature via Nurture. Genes, Experience and What Makes Us Human*, London: Fourth Estate 2003.
- Schelling 1984
Thomas C. Schelling, *Choice and Consequence. Observations of an Errant Economist*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 1984.
- Sluzki & Ransom 1976
Carlos E. Sluzki & Donald C. Ransom, *Double Bind*, New York: Grune & Stratton 1976.
- Smullyan 1977
Raymond M. Smullyan, *The Tao is Silent*, z.p.: HarperSanFrancisco 1992.
- Smullyan 1997
Raymond Smullyan, *The Riddle of Scheherazade*, San Diego: Harcourt, Brace & Company 1998.

Stevenson 1885

Angus Calder (ed.), *Robert Louis Stevenson. Selected Poems*, London: Penguin 1998.

Thoreau 1854

Henry David Thoreau, *Walden*, Philadelphia: Courage Books 1990.

Waddington 1977

C.H. Waddington, *Tools for Thought*, London: Jonathan Cape 1977.

Watts 1957

Alan W. Watts, *The Way of Zen*, Harmondsworth: Pelican 1976.

Watts 1958

Alan Watts, *Nature, Man and Woman*, London: Abacus 1976.

Watts 1968

Alan Watts, *Cloud-Hidden, Whereabouts Unknown*, London: Abacus 1973.

Watts 1975

Alan Watts, *Tao: The Watercourse Way*, London: Jonathan Cape 1975.

Watzlawick 1967

Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin & Don D. Jackson, *Pragmatics of Human Communication. A Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, New York: Norton 1967.

Watzlawick 1974

Paul Watzlawick, John H. Weakland & Richard Fisch, *Change. Principles of Problem Formation and Problem Resolution*, New York: Norton 1974.

Watzlawick 1976

Paul Watzlawick, *How Real is Real? Confusion, Disinformation, Communication*, New York: Vintage 1977.

Watzlawick 1978

Paul Watzlawick, *The Language of Change. Elements of Therapeutic Communication*, New York: Basic Books 1978.

Wilden 1972

Anthony Wilden, *System and Structure. Essays in Communication and Exchange*, London: Tavistock 1977.

Van der Wilt 2007

C.J. van der Wilt, 'De Hoge Raad vertilt zich wederom aan de HIV-problematiek' *Delikt en Delinkwent* 2007, 45.

Wittgenstein 1953

Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations. The German Text With a Revised English Translation*, Oxford: Blackwell 2002.

Register

Paginanummers die worden gevolgd door de letter n geven aan dat het onderwerp besproken wordt in een noot die is afgedrukt onderaan de pagina('s) waarnaar wordt verwezen.

Aanvaardingscriterium, *zie* Daderschap, corporatief; Daderschap, functioneel

Adjectieven

onderscheid absoluut/relatief	237
voorbeelden	238

Analoog en digitaal

herkomst term	9
schema	9
emotie vs. rede	10
zintuigen vs. beschrijvende taal	10
laten zien vs. benoemen	10
Sachvorstellung vs. Wortvorstellung	11
verschil vs. oppositie	11, 14
verwerping etc. vs. ontkenning	11
connotatie vs. denotatie	14
spreken vs. schrijven	11
analoog vs. intuïtief	14
en vertellen verhalen	13
bos vs. bomen	11, 12
achterhaald vs. modern	12

ANS	
adjectieven, absoluut en relatief	237
fluiten vogel	299
Baatcriterium, <i>zie</i> Daderschap, corporatief	
Baron-Cohen, Simon	
autisten rond eettafel	66
Gezamenlijke Aandacht	242
Bateson, Gregory	
katje bij koelkast	84
taal als vervanging	12
metacommunicatieve signalen	127
experimentele neurose	173
Leren-II levenslang	175
menu in plaats van eten	292
mooie houding	293
Bedelaars, Russische, <i>zie</i> Opzet, voorwaardelijk	
Bestanddelen, descriptieve, <i>zie</i> Opzet, reikwijdte; Politoff & Koopmans	
Bestanddelen, geobjectiverde, <i>zie</i> Opzet, reikwijdte; Politoff & Koopmans	
Bestanddelen, normatieve, <i>zie</i> Opzet, reikwijdte	
Bewustzijn, minimaal, <i>zie</i> Opzet, dubbel; Opzet, voorwaardelijk; Voornemen	
Bewustzijn, <i>zie</i> Opzet en geestelijke stoornis	
Binding, Karl (doden met mes)	139
Blyth (paradox)	184
Bockelman	
hoop/vertrouwen	77
voorwaardelijk opzet/bewuste culpa	77
Bono, Edward de (meisje & steentjes)	107
Braambos, Joseph (gebrek aan distantie)	248, 335
Causaliteit	
klassieke optiek	91
moderne optiek	106
waar aan de orde	93, 124
fysisch verband noodzakelijk	94, 122, 125
en opzettelijke gevolgsdelicten	94, 117, 123
en voorwaardelijk opzet	97
en culpose gevolgsdelicten	98
en door gevolg gekwalificeerde delicten	100
juridisch paralleluniversum	122
negatieve causaliteit	122
verwarren opzet en causaliteit	124
en voltooide poging	186
omdat/terwijl	133
correlatie/causaliteit	134

Causaliteitsleren	
conditio sine qua non	102
equivalentie	103
causa proxima	104
relevantie	104
adequatie	104
redelijke toerekening	112
schema's	112
Causaliteitsleren, <i>zie ook</i> Redelijke toerekening	
Chesterton (herfstbos)	179
Chuang-tzu (lege boot)	9
Cloud of unknowing	46, 96, 212
Common sense, <i>zie</i> Frame problem; Paradoxen; Pinker	
Conditio sine qua non, <i>zie</i> Causaliteitsleren	
Contaminatie, <i>zie ook</i> Samenloop; Ne bis in idem	
Contingentie	
toepassingen	3, 4
'narrative account'	3
geen rol bij uiteindelijke uitkomst	3
en poging	170
en methodologische stijl	6
en statusordening wetenschappen	7
en acceptatie minderwaardigheid	7
Corporatie, <i>zie</i> Daderschap, corporatief	
Culpa	
kern culpa verwijt	58
vormen	58
schema	59
reëel verwijt nodig	59
in straf- en privaatrecht	60
voorbeeld 'gewone' culpa	239
roekeloosheid	235
Culpa in causa	61
Culpa in causa, <i>zie ook</i> Dolus in causa; Noodweer(exces); Ontoerekenbaarheid; Overmacht	
Daderschap, corporatief	
welke corporaties	263
welke delicten	263
Ijzerdraadcriteria	264
baatcriterium	267
doodzonden	267, 277
publiekrechtelijke rechtspersoon	277
en gebrek innerlijkheid	279

kwestie van toeschrijven	263, 300
redelijke toerekening	300
Daderschap, corporatief, <i>zie ook</i> Leidinggeven, feitelijk	
Daderschap, functioneel	
Ijzerdraadcriteria	262
en corporatief daderschap	263
Daderschap, naturalistisch	
gewilde spierbeweging	254
en doen plegen	259
en normadressaat	259
Deelneming	
accessoir karakter	192
dubbel opzet	193, 228
en voorwaardelijk opzet	194
schema's	195
Deelneming aan deelneming	225
Delicten, culpose, <i>zie</i> Culpa; Deelneming; Delictsomschrijvingen, niet-ideaaltypische;	
Medeplegen; Medeplichtigheid; Poging	
Delicten, formele, <i>zie</i> Poging	
Delicten, materiële, <i>zie</i> Causaliteit; Poging	
Dennett, Daniel	
Intentionele en Fysische Houding	121
kannibalen en missionarissen	126
Descartes, René ("Cogito ergo sum")	255
Digitaal, <i>zie</i> Analoog en digitaal	
Doen plegen	
prototype	206
materiële dader	206
middellijk dader	206
manus ministrae	206
straffeloosheid materiële dader	207, 209
Dolus in causa	
en culpa in causa	41, 62
prototype	41
drank	41
drugs	42
vliegveld-jurisprudentie	43
Ego-epistemologie	
beschrijving	254
alomtegenwoordigheid	255
contrast	256
willekeurige spieren	281
link met daderschap	281

zweep over dood paard?	282
= instrumentele Leren-II	282
grote interesse in zen?	282
Ego-epistemologie, <i>zie ook</i> Contingentie	
Erfolgshaftung	100, 149
Erfolgshaftung, <i>zie ook</i> Politoff & Koopmans	
Frame problem	
begrip	110
oplossen met 'common sense'	125
common sense in computer	126, 128
kannibalen en missionarissen	126
en paradox	129
toepassing op dagelijks leven	129
toepassing op strafrecht	130
Frank, Robert (vooruitzetten horloge)	67
Geestlezen	
cruciaal	64
toch zo eenvoudig	65
Geestlezen, <i>zie ook</i> Baron-Cohen	
Gould, Stephen Jay (contingentie)	6
Grasmaaiër (mop)	296
Handeling, voortgezette, <i>zie</i> Samenloop	
Heine, Heinrich (Schmerzen)	22
Henley ('Invictus')	255
Hervorming, <i>zie</i> Watzlawick	
Hiv-arresten, <i>zie</i> Opzet, voorwaardelijk; Voornemen	
Hoff, Benjamin (Roe en Tijgertje)	121
Hoffman, Dustin (Rain Man)	66
Hofstadter, Douglas (frame problem)	110, 140
IJzerdraadcriteria, <i>zie</i> Daderschap, corporatief; Daderschap, functioneel	
Imitatie, <i>zie</i> Watts	
Intelligentie, kunstmatige	109
Intuïtieve basis	
voorbeeld: taalgevoel	14
stroomrichting intuïtie → intellect	16, 17
definitie onmogelijk	16
lijstje intuïtieve inzichten	16
op juridisch terrein	17
niet: premissen Leren-II	18
moeizaam vs. moeiteloos	19
voorbeeld uit strafprocesrecht	19
consequenties onderwijs	21

probleemoplossen met en zonder	22
poëzie	22
Isan en Kyōgen (zen-verhaal)	288
Kelk (vliegveld-jurisprudentie)	43
Kennis (objectief vs. subjectief)	8, 13
Koekoek, roep van (zen-gedicht)	283, 287
Koningin, Rode (Alice in Wonderland)	83
Koopmans (piano van zeshoog)	229
Kyōgen, <i>zie</i> Isan en Kyōgen	
Lacan (Behoeft, Eis, Verlangen)	84, 179
Leidinggeven, feitelijk	
en opdracht geven	270
veronderstelt ouderschap corporatie	270
en voorwaardelijk opzet	272
Leidinggeven, feitelijk, <i>zie ook</i> Ouderschap, corporatief	
Leren-II	
niet uitdrukkelijk aangeleerd	172
interpunctie	173
instrumenteel denkkader	174
in beginsel levenslang	175
Leren-II, <i>zie ook</i> Bateson	
Machtscriterium, <i>zie</i> Ouderschap, corporatief; Ouderschap, functioneel	
Manus ministrae, <i>zie</i> Doen plegen	
Medeplegen	
prototype	199
gezamenlijke uitvoering	200
bewuste samenwerking	200
grens met medeplichtigheid	203
locus delicti	203
door non-distantie	204
van culpose delicten	229
van overtredingen	240
dubbel opzet	229, 240
Medeplichtigheid	
strafmaat	217
door nalaten	219
en overtredingen	219
aanbieden van	223
poging tot	245
door non-distantie	247
dubbel opzet	229
Medeplichtigheid, <i>zie ook</i> Medeplegen; Uitlokken	
Meerval, Linda (hiv-besmetting)	81, 317

Meerwaarde intuïtieve benadering	
opzet en culpa	86
causaliteit	135
poging	189
deelneming	249
corporaties	303
overzicht	305
Methodeloze methode, <i>zie</i> Paradox	
Münchhausen, baron Von	16
Needham, Joseph	
wetten van de natuur	257
tuinder Kuo	257
Noodtoestand, <i>zie</i> Overmacht	
Normadressaat, <i>zie</i> Daderschap, functioneel	
Onvergbaarheid, <i>zie</i> Schuld, afwezigheid van alle	
Oogmerk, bijkomend, <i>zie</i> Opzet als oogmerk; Politoff & Koopmans	
Oogmerk, <i>zie</i> Opzet als oogmerk	
Opzet als oogmerk	
prototype van opzet	31
bijkomend oogmerk	32
verwarren naaste/uiteindelijke doel	31, 56
Opzet, bewijzen	
en afgaan op mededelingen dader	55
objectivering	56
verschil must en should	56, 201
Opzet bij waarschijnlijkheidsbewustzijn, <i>zie</i> Opzet, voorwaardelijk	
Opzet bij zekerheidsbewustzijn	33
Opzet, boos	
typering	26
oorsprong	27
doorwerking	27
schema boos versus kleurloos	30
en 'opzettelijk wederrechtelijk'	54
Opzet, dubbel	
nabije opzet	228, 231
verdergelegen opzet	228, 229, 231
geen kennis wederrechtelijkheid nodig	228
minimaal bewustzijn volstaat	232, 234, 240
lijstje evolutionaire angsten	233
Gezamenlijke Aandacht	242
monadisch, diadisch en triadisch	243
effecten metafoor ipv. letterlijke eis	244
Opzet, dubbel, <i>zie ook</i> Deelneming	

Opzet en geestelijke stoornis	
opzet en bewust/onbewust handelen	45, 50
bewustzijn als toegang tot informatie	46
opzet en handelen buiten de geest om	47
opzet en handelen per ongeluk	48
opzet en geestelijke stoornis	48
opzet en ontoerekenbaarheid	49
opzet en slaapstoornis	49
Opzet, kleurloos, <i>zie</i> Opzet, boos	
Opzet, reikwijdte	
geobjectiveerde bestanddelen	51
normatieve/descriptieve bestanddelen	51
‘opzettelijk wederrechtelijk’	53
Opzet, voorwaardelijk	
cynische attitude	34
valkuilen	35
beter prototype	37
en culpa	38, 58
jurisprudentie na Porsche-arrest	39
snelle aanvaarding	39
en hebben/dienen doel	72
geen tweederangsopzet	72
gestikte Chinezen	73
Russische bedelaars	73
en gebrek aan betrokkenheid	76
hoop/vertrouwen	77
en vervolging als culpoos delict	78
en voornemen bij poging	79
en minimaal bewustzijn	244
Opzet, voorwaardelijk, <i>zie ook</i> Causaliteit; Deelneming; Leidinggeven, feitelijk; Voornemen	
Opzet, voorwaardelijk, <i>zie ook</i> Voornemen	
Orwell, George	
Nineteen Eighty-Four	149
Animal Farm	238
Overtredingen, <i>zie</i> Medeplichtigheid; Poging	
Pacheco (geweer aan de voet)	204
Paradoxen	
en poging	171
zelfverwijzing	176
leugenaars-	177
logische	177
common sense	178

talige	179
wees spontaan-	180
ten onrechte zien	180, 183
existentiële	184
'methodeloze methode'	13
Pinker, Steven	
lijstje aangeboren instincten	16
toegang tot informatie	45
angsten in moderne stedelingen	78
tranen vs. val in liftschacht	121
'common sense'	125, 126
Wason-test	22
causaliteit	120
Poging	
en 'iter criminis'	142
en formele delicten	143
en materiële delicten	144
voltooid en onvoltooid	144
en gekwalificeerde delicten	146
en culpose delicten	146, 244
en overtredingen	147
strafmaat	148
en visie op strafrecht	148
existentiële vs. utilitaire	171
tot medeplichtigheid	245
Poging, absoluut/relatief ondeugdelijk, <i>zie</i> Uitvoering, begin van	
Poging, voltooid/onvoltooid, <i>zie</i> Poging; Terugtrek, vrijwillige	
Poging, <i>zie ook</i> Causaliteit	
Poging, <i>zie ook</i> Paradoxen	
Politoff & Koopmans	
bijkomend oogmerk	33
descriptieve/normatieve bestanddelen	51
Erfolgshaftung	100
Reactie vs. respons	
begrippen	307
toepassing	308
Reactie vs. respons, <i>zie ook</i> Zen	
Rechtspersonen, publiekrechtelijke	
Staat	278, 279
decentrale overheid: vroeger	278
decentrale overheid: thans	278
Rechtspersoon, <i>zie</i> Daderschap, corporatief; <i>zie ook</i> Rechtspersonen, publiekrechtelijke	
Rechtvaardigingsgrond, putatieve, <i>zie</i> Dwaling; Schuld, afwezigheid van alle	

Rechtvaardigingsgrond, <i>zie</i> Strafuitsluitingsgronden	
Redelijke toerekening	
werkwijze HR	112
implicaties	114
verdere ontwikkeling	116
indeling in groepen	116
omdat-verband blijft nodig	117
Ridley, Matt (wil)	83
Risico-afstand, <i>zie</i> Roekeloosheid	
Roekeloosheid	
vorm van culpa	238
en evolutionair verankerde angsten	235
en risico-afstand	236
moralistische inkleuring	236
bewust vs. welbewust	237, 238
inmiddels in wet opgenomen	5
Roekeloosheid, <i>zie ook</i> Culpa	
Sartre (hel)	284
Scheikunde, juridische	141, 142
Schelling, Thomas (rationele consument)	256
Schuld, <i>zie</i> Culpa	
Schulduitsluitingsgrond, <i>zie</i> Strafuitsluitingsgronden	
Smullyan, Raymond (hebben/dienen doel)	70
Specialiteit, <i>zie</i> Samenloop; Wetsconcurfus, schijnbare	
Stein, Gertrude (stroop)	298
Stevenson, Robert Louis	
Bed in Summer	47
Whole Duty of Children	184
Strafbepalingen, strekking, <i>zie</i> ne bis in idem	
Stralen, Jon van (medeplegen van en poging tot culpoos delict)	2, 347
Tangconstructie	178
Tao, <i>zie</i> Zen	
Terugfred, vrijwillige	
ratio	161
veronderstelt begin van uitvoering	162
veronderstelt niet-voltooiing	163
bij onvoltooide poging	163
bij voltooide poging	164, 190
reële keus stoppen/doorgaan	165
formeelrechtelijk	167
Toegang tot informatie, <i>zie</i> Opzet en geestelijke stoornis; Pinker	
Toerekenbaarheid, verminderde, <i>zie</i> Ontoerekenbaarheid	
Toerekening, <i>zie</i> Redelijke toerekening	

Triadisch, *zie* Opzet, dubbel

Uitlokken

prototype	210
uitlokkingsmiddelen	211
grens met medeplichtigheid	213
en concretiseren opzet	213
en aard opzet	212

Uitlokken, poging tot

vormen	220
terugfluiten door uitlokker	221

Uitvoering, begin van

absoluut ondeugdelijk	153
relatief ondeugdelijk	154
uiterlijke verschijningsvorm	159

Verband, fysisch, *zie* Causaliteit

Vliegveld-jurisprudentie, *zie* Dolus in causa; Kelk

Voodoo 154

Vorbereiding

stukmaken zaak	168
'gat in de rechtshandhaving'	168
misdrijven in vereniging	168
kennelijke bestemming	169

Voornemen

gericht op voltooiing	150
voorwaardelijk opzet volstaat	151
voorwaardelijk opzet niet altijd genoeg	82
en minimaal bewustzijn	244

Voornemen, *zie ook* Opzet, voorwaardelijk

Voorwaardelijk opzet, *zie* Opzet, voorwaardelijk

Wason-test, *zie* Pinker

Watts, Alan

Fa-yen	69
imitatie	183
wielmaker	288

Watzlawick, Paul

ontstaan regels	106
bijgelovige rat	134
tongzoen	171
moeder Andy	180
hervorming	182
onmogelijkheid niet te communiceren	185
twee talen	8

Wees spontaan-paradox, *zie* Paradoxen; Watzlawick

Welbewust, <i>zie</i> Adjectieven; Roekeloosheid; ANS	
Wetsconcurus, schijnbare, <i>zie ook</i> Samenloop	
Wiersma, Clinton (poging tot medeplichtigheid)	245, 326
Wittgenstein	
weten en zeggen	8, 68
aroma koffie	68
Zen	
literatuurverwijzing	256
woordeloos kijken	283, 284
ontstaan uit boeddhisme	285
dhyān > ch'an	285
en tao	285
geen doel	285
ch'an > zen	285
koan	285
zen-meester	285
satori	286
samadhi	287
niet anti-intellectueel	288
compliment als truc	289
innerlijke vlam	290
geen imitatie	290
achterhouden kennis	291
namen geen indicatie oorsprong	293
reactie vs. respons	293
besluit als pose	294
steen tegen bamboestengel	294
zichzelf vergeten	295
incident niet causaal	295
en humor	296