

Een aanmerkelijke kans?

Onlangs veroordeelde de Rechtbank Leeuwarden in een geruchtmakende zaak een met HIV besmette man die onveilige seks had met minderjarige jongens. Bij de ten laste gelegde poging tot doodslag werd voorwaardelijk opzet bewezen geacht. De daarbij gehanteerde verschuiving van 'aanmerkelijke kans' naar 'maatschappelijk ontoelaatbare kans' is onwenselijk.

mr. J. Boksem
advocaat te Leeuwarden



Dat de kans 'maatschappelijk onaanvaardbaar' is, mag niet bepalen of de verdachte een 'aanmerkelijke kans' heeft geriskeerd

Sinds het Cicero-arrest¹ heeft het voorwaardelijk opzet als hulpmiddel om tot het bewijs van het opzet te komen een enorme vlucht genomen. Te pas en te onpas wordt de bewijsredenering gebruikt om tot een sluitende bewijsconstructie te komen. In 1997 betoogde Wedzinga – niet geheel ten onrechte – dat het voorwaardelijk opzet geen 'smeermiddel' mag zijn.² De rechter dient op een bewuste wijze verantwoord gebruik te maken van het voorwaardelijk opzet.

In de oorspronkelijke 'formule' verstond men onder voorwaardelijk opzet: het zich wilens en wetens blootstellen aan de 'geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans' dat een bepaald gevolg zou intreden. In latere uitspraken werd de lat aanzienlijk hoger gelegd: de verdachte moest welbewust 'de aanmerkelijke kans' op het gevolg hebben aanvaard.

Wanneer is de kans nu zo groot dat van een 'aanmerkelijke kans' mag worden gespro-

ken? Bij het beantwoorden van deze vraag heeft de Rechtbank te Leeuwarden onlangs het voorwaardelijk opzet opnieuw gedefinieerd.³

'Aanmerkelijk'

De verdachte – een met het HIV-virus besmette man – had (volgens de rechtbank) onveilige seks gehad met twee ter prostitutie aangeboden jongens van respectievelijk dertien en zestien jaar oud. Hem werd poging tot doodslag ten laste gelegd. De raadsman voerde onder meer als verweer dat in beide gevallen geen (voorwaardelijk) opzet op de dood bewezen kon worden, omdat de verdachte weliswaar enige kans heeft aanvaard, maar dat deze kans niet als aanmerkelijk kon worden beschouwd. Hij had ter onderbouwing aangevoerd 'dat het begrip "aanmerkelijk" belangrijk, groot of aanzienlijk betekent, terwijl uit de zich in het dossier bevindende

1 HR 9 november 1954, NJ 1955, 55, m.nt. WP.

2 W. Wedzinga, Voorwaardelijk opzet is geen smeermiddel, *Advocatenblad* 1997-11, p. 497-501.

3 Rechtbank Leeuwarden, 1 maart 2001, parketnr. 17/080228-00.

**Te pas en te onpas
wordt de
bewijsredenering
gebruikt om tot een
sluitende
bewijsconstructie te
komen**

brieven van prof. dr. S.A. Danner, werkzaam in het VU-ziekenhuis, blijkt dat de statistische kans op besmetting met het HIV-virus varieert van 1 op 250 tot 1 op 10.000 per seksueel contact, terwijl vervolgens de kans dat zich vervolgens bij de slachtoffers de ziekte aids zal ontwikkelen wordt geschat tussen de tien en tachtig procent’.

De rechtbank overwoog naar aanleiding van het verweer van de raadsman het volgende:

‘De rechtbank volgt deze redenering van de raadsman ten aanzien van de opzet niet. Naar het oordeel van de rechtbank miskent de raadsman dat het begrip “aanmerkelijke kans” niet een objectief, absoluut, door de statistiek bepaald begrip is. Het betreft een juridisch-normatief begrip dat wordt bepaald door de mate van maatschappelijke toelaatbaarheid van het intreden van bepaalde gevolgen door het verrichten van bepaalde handelingen. Dit houdt in dat, naarmate de gevolgen van bepaalde handelingen onaanvaardbaarder worden, des te kleiner – statistisch gezien – de risico’s zijn die mogen worden gelopen. In zoverre is de term “aanmerkelijk” behalve een normatief, evenzeer een relatief begrip. Hieruit volgt dat het begrip “voorwaardelijk opzet” gedefinieerd dient te worden als het verrichten van een handeling/gedraging, terwijl men zich bewust is van de omstandigheid dat deze handeling/gedraging de maatschappelijk ontoelaatbare kans op het intreden van een bepaald gevolg in het leven roept.

In de onderhavige zaak staat vast dat de verdachte besmet was met HIV (Human Immunodeficiency Virus) en dat hij daarvan ten tijde van het plegen van de feiten op de hoogte was. Ook staat vast dat de verdachte geen beschermende maatregelen heeft getroffen toen hij seksueel contact had met de beide slachtoffers en dat hij de slachtoffers niet op de hoogte heeft gesteld van zijn besmetting. Verdachte mag niet alleen bekend worden verondersteld met de consequenties van zijn besmetting, het mag naar het oordeel van de rechtbank inmiddels als een feit van algemene bekendheid worden verondersteld dat de maatschappelijke bezorgdheid rond HIV en aids (Acquired Immuno Deficiency Syndrome) buitengewoon groot genoemd mag worden, gelet op de reeds jaren durende

zeer uitgebreide voorlichtingscampagnes. Deze zijn gericht op het voorkómen van verdere besmettingsgevallen, zulks door het benadrukken van het belang van veilige vormen van seksueel contact, alsmede door het wijzen op de mogelijke, zeer ernstige consequenties van het besmet raken met HIV, namelijk het ontwikkelen van de dodelijke ziekte aids. Bij de huidige stand van de medische wetenschap moet er daarom van worden uitgegaan dat het HIV-virus op termijn dodelijk is. Hieruit kan alleen maar worden afgeleid dat de risico’s van het hebben van onbeschermde seksuele contacten terwijl men weet besmet te zijn met HIV, zeker in die gevallen waarin de partner niet op de hoogte wordt gesteld van de besmetting, maatschappelijk gezien als volstrekt ontoelaatbaar moeten worden beschouwd. De consequentie hiervan is dat als de verdachte, wetende dat hij met HIV besmet is, niettemin onbeschermd seksueel contact heeft met de beide slachtoffers die hij omtrent zijn besmetting onwetend laat, hij daarmee per definitie bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt op de dood van zijn slachtoffers.’

Normativering

Het opmerkelijke aan deze uitspraak⁴ is dat de rechtbank in wezen zegt dat naarmate de gevolgen van het handelen ernstiger zijn (en dus ‘maatschappelijk onaanvaardbaarder’ worden) er eerder (voorwaardelijk) opzet kan worden aangenomen. In het veroorzaken van de dood – iets wat per definitie maatschappelijk volstrekt onaanvaardbaar is – ligt het opzet min of meer besloten, wanneer blijkt dat de verdachte zich bewust is geweest (of zich bewust moet zijn geweest) van de kans op het intreden van het gevolg. Door deze vergaande normativering is er weinig ruimte meer voor ‘bewuste schuld’ (roekeloosheid) bij bijvoorbeeld artikel 307 Sr (dood door schuld).

Wanneer is een kans een ‘aanmerkelijke kans’? In de literatuur en in de rechtspraak wordt bij deze vraag nauwelijks stilgestaan.⁵ Volgens De Hullu moet het gaan om een ‘behoorlijke kans’: ‘Vanuit de gedachte dat het opzet de aansprakelijkheid niet alleen fundeert maar ook beperkt, pleit er nogal wat voor een vrij restrictieve interpretatie: het moet gaan om het willens en wetens aanvaar-

4 Waartegen overigens de verdachte hoger beroep heeft ingesteld.

5 Vgl. De Hullu in zijn noot onder HR 30 november 1999, *NJ* 2000, 215.

6 J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Gouda Quint Deventer, 2000, p. 222.

7 D.H. de Jong, ‘Groeiende aandacht voor het materiële strafrecht?’, in *DD* 2000, p. 857.

8 Vgl. Buruma in zijn noot onder HR 10 oktober 2000, *NJ* 2001, 4.

den van een behoorlijke kans.⁶ In deze visie is er weinig ruimte voor een normatieve invulling van het begrip 'aanmerkelijk' bij kansopzet.

De Jong huldigt een andere opvatting, die duidelijk in de lijn ligt van de uitspraak van de Leeuwarder rechtbank: 'de vraag welke mogelijkheden vanuit een juridisch perspectief niet uit te vlakken, "geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen" zijn, lijkt mij niet zozeer een vraag naar een bepaalde graad van waarschijnlijkheid, maar een meer normatief ingekleurde probleemstelling. Hoe zwaarder het strafrechtelijk beschermde rechtsbelang bijvoorbeeld weegt, des te eerder wordt een ver van waarschijnlijkheid wegblijvende statistisch kleine kans op krenking daarvan onaanvaardbaar en in die zin "geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen" of "aanmerkelijk".⁷

Ik vraag mij af of de door De Jong gehuldigde opvatting past in de Nederlandse traditie. Ten onzent wordt niet gewerkt met een 'normatieve opzetleer'. In theorie is het opzet geen normatief begrip, maar een subjectief delictsbestanddeel. Daar staat tegenover dat steeds vaker geobjectiveerde bewijsredeneringen worden gehanteerd.⁸ Ook normatieve componenten kunnen daarbij een rol spelen. Aan de hand van de omstandigheden van het geval en met name op basis van het gedrag van de verdachte wordt het voor opzet vereiste 'weten' en 'willen' ingevuld. In zoverre is er ruimte voor een zekere toerekening naar redelijkheid.

Porsche

Wat geldt voor de kern van het opzet ('weten' en 'willen'), geldt niet zonder meer ook voor het begrip 'aanmerkelijk' bij de constructie van het voorwaardelijk opzet. De rechtbank te Leeuwarden heeft in de hierboven aangehaalde overwegingen een nieuwe definitie van het voorwaardelijk opzet gegeven, waarin de nadruk wordt gelegd op de 'maatschappelijke (on)toelaatbaarheid' van het eventuele gevolg. Wanneer de dood het gevolg is of zou kunnen zijn – zoals in de onderhavige casus –, ligt in de 'maatschappelijke ontoelaatbaarheid' het opzet besloten. Naar mijn mening wordt aldus te veel het accent gelegd op het normatieve aspect van opzet.

In zekere zin is het Porsche-arrest⁹ illustratief. In die zaak ging het om maatschappelijk volstrekt ontoelaatbaar (rij)gedrag (met dodelijk gevolg). De A-G mr. Meijers kwam op grond van een normatieve redenering tot de conclusie dat er sprake was van opzet op de dood. Hij stelde: 'Zij [de omstandigheden, J.B.] verraden de mentaliteit van een cynisch en rücksichtslos op de koop toe nemen van ernstige gevolgen, zoals die op een drukke weg te verwachten zijn. Deze, uit de vastgestelde verkeersgedragingen van verzoeker sprekende mentaliteit mag (ik zou haast zeggen: moet) in strafrechtelijke zin vooral uit maatschappelijke overwegingen, die met repressie en met zowel speciale als generale preventie te maken hebben, worden vertaald in opzet, al dan niet in zijn "voorwaardelijke" vorm.'

De Hoge Raad koos voor een andere, subjectievere, benadering en oordeelde uiteindelijk dat het opzet niet zonder meer uit de gegeven omstandigheden mocht worden afgeleid.¹⁰

Ondergrens

Zou de Hoge Raad in het Porsche-arrest de nieuwe definitie van de Rechtbank te Leeuwarden hebben gehanteerd, dan had hij moeten vaststellen dat in het handelen van de verdachte het opzet besloten lag, aangezien hij zich bewust moet zijn geweest van de omstandigheid dat door zijn handelen de maatschappelijk ontoelaatbare kans op het intreden van een bepaald gevolg (te weten de dood van medeweggebruikers) in het leven werd geroepen. Voor een dergelijke normatieve benadering heeft de Hoge Raad – anders dan de A-G – uitdrukkelijk niet gekozen.

In de praktijk zal een evenwicht gevonden moeten worden tussen de normatieve en de meer subjectieve elementen van het bestanddeel opzet. Waar de grenzen precies moeten liggen is iets waarover nagedacht zal moeten worden. Vooralsnog zou ik ervoor willen pleiten het voorwaardelijk opzet niet te verruimen. Het gaat hier immers om de ondergrens van het opzet. Een aanmerkelijke kans moet aanmerkelijk zijn. De omstandigheid dat de kans maatschappelijk (on)aanvaardbaar is, zal bij de straftoemeting kunnen worden betrokken, maar moet niet bepalen of de verdachte al dan niet opzettelijk heeft gehandeld. n

9 HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199, m.nt. 't H.

10 Voor de goede orde dient te worden opgemerkt dat in de overwegingen van de Hoge Raad de nadruk werd gelegd op het 'wilselement'.

Rectificaties

In het vorige nummer (2000-6) staat bovenaan de pagina's van het rapport Voor-werk II over buitengerechtelijke kosten, en bovenaan de pagina's van het artikel van mr. P.C. Knijp (de pagina's 216-225), ten onrechte vermeld dat het zou gaan om het nummer '23 van 22 december 2000', in plaats van nummer 6 van 23 maart 2001.

Op p. 225 van dat nummer zijn bovendien bij de voetnoten de cijfers fout: er zijn geen noten weggevalen maar de nootcijfers 7-13 in de tekst verwijzen naar de tekst van de geplaatste voetnoten 12-18.