

Voorwaardelijk opzet van HIV-besmette (3)

Diverse rechtbanken bogen zich reeds over de vraag wanneer er sprake is van voorwaardelijk opzet (poging tot doodslag) als mannen die weten van hun HIV-besmetting onveilige seks hebben. (Advocatenblad 2001-7, p. 251-253; 2001-II, p. 416v.) Behalve de rechtbank voegt zich nu ook het Hof Leeuwarden in die rij. In deze bijdrage de tot nu toe niet gepubliceerde uitspraken. Nu alleen de Hoge Raad nog: wanneer is een kans aanmerkelijk en mogen normatieve argumenten het antwoord mede bepalen?

Mr. J. Boksem
advocaat te Leeuwarden

Na de rechtbanken te Leeuwarden¹, Arnhem² en Utrecht³ hebben ook de rechtbank te Den Haag⁴ en het gerechtshof te Leeuwarden⁵ zich gemengd in de discussie over voorwaardelijk opzet in een HIV-zaak. In de Haagse zaak ging het om de vraag in hoeverre een HIV-besmette man die onveilige seks bedrijft met een vrouw (voorwaardelijk) opzet heeft op de dood van die vrouw.

Welbewust reële kans aanvaard

De rechtbank Den Haag overwoog:

‘Door verdachte en diens raadsman is ter terechtzitting onder meer aangevoerd dat verdachte geen opzet heeft gehad op de dood c.q. het zware lichamelijke letsel van de vrouwen met wie hij onbeschermd seksuele gemeenschap heeft gehad, nu hij ervan uitging dat hij niemand kon besmetten, omdat zijn “viral load” laag was en hij bovendien veiligheidshalve steeds buiten het lichaam van die vrouwen klaarkwam.

De rechtbank stelt vast dat verdachte met beide aangeefsters onbeschermd seksuele gemeenschap heeft gehad, terwijl hij wist dat hij besmet was met het HIV-virus, zonder dit voorafgaand aan die gemeenschap aan die vrouwen kenbaar te maken. Met de officier van justitie en de raadsman is de rechtbank van oordeel dat er geen sprake is geweest van opzet in de zin dat verdachte de bedoeling heeft gehad die vrouwen te doden of (zwaar) lichamelijke letsel toe te brengen.

De vraag die vervolgens beantwoord moet worden is of verdachte door aldus te handelen willens en wetens (welbewust) de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat deze vrouwen ten gevolge daarvan zouden overlij-

den, dan wel zwaar lichamelijke letsel bekomen, met andere woorden of zijn zogeheten voorwaardelijk opzet daarop gericht is geweest. Voor het aannemen van voorwaardelijk opzet gelden drie vereisten. Het eerste vereiste is het kenniselement: de dader moet zich van de mogelijkheid van het intreden van het gevolg waartegen de strafbepaling bescherming beoogt te bieden bewust zijn geweest. Als tweede vereiste geldt dat de mogelijkheid van verwezenlijking van dat gevolg aanmerkelijk is. Ten slotte geldt voor voorwaardelijk opzet een wilsvereiste: de dader moet die kans willens en wetens (of bewust) hebben aanvaard, (of anders gezegd) voor lief op de koop toe hebben genomen.

Voor de beantwoording van de vraag of verdachte in deze zin voorwaardelijk opzet heeft gehad op de dood, dan wel lichamelijke letsel van de bedoelde vrouwen is het volgende van belang.

1. Kenniselement: de problematiek van HIV- en aids-besmetting is reeds vele jaren onderwerp van uitgebreide voorlichtingscampagnes, waarin aandacht wordt besteed aan de risico's van onbeschermd seksueel contact en de gevolgen van besmetting met HIV. De mogelijkheid van besmetting door een handelwijze als die van verdachte en de gevolgen daarvan zijn derhalve feiten van algemene bekendheid, welke ook verdachte bekend waren. Voorts was verdachte hiermee in het bijzonder bekend, omdat hij zelf door onbeschermd seksueel contact met HIV is besmet geraakt. Uit de verklaring van verdachte bij de politie blijkt dat verdachte – wetende dat

hij met HIV besmet was – een eerdere relatie met een vrouw heeft gehad, waarin onbeschermd seksuele gemeenschap plaatsvond. Verdachte heeft verklaard dat dit feit tijdens een controle in het ziekenhuis ter sprake kwam en dat de arts daarvan zichtbaar schrok en aandrang op een onmiddellijke test voor zijn vriendin. Deze test toonde aan dat zij HIV-besmet was geraakt. Voorts blijkt uit de verklaring van een getuige dat verdachte heeft verteld dat hij in die relatie ook altijd buiten het lichaam klaarkwam. Op grond hiervan concludeert de rechtbank dat verdachte kennis droeg van de mogelijkheid dat hij door onbeschermd seksueel contact een vrouw zou besmetten met HIV, ook indien hij buiten haar lichaam zou klaarkomen. In dit verband is voorts van

belang dat verdachte ter terechtzitting heeft verklaard nimmer enige inlichtingen te hebben ingewonnen over specifieke factoren die van belang zijn voor de mate van besmettingsgevaar. Hiermee is niet te rijmen dat verdachte ten tijde van de telastegelegde feiten overwegingen gewijd zou hebben aan zijn “viral load” in relatie tot besmettingsgevaar, zoals door zijn raadsman is gesteld. Ten slotte overweegt de rechtbank ten aanzien van dit punt dat het een feit van algemene bekendheid is dat HIV de ziekte aids kan veroorzaken en dat aids de dood tot gevolg kan hebben. Verdachte was daarmee in het bijzonder bekend. Hij gebruikte immers reeds lange tijd medicijnen om deze gevolgen af te wenden.

De rechtbank heeft zich over de vragen die in dit verband rijzen laten voorlichten door de deskundige, prof. dr. S.A. Danner. Zij acht met name het volgende van wat hij verklaard heeft van belang. De kans dat de dood intreedt als gevolg van onbeschermd seksuele gemeenschap met iemand die HIV-besmet is, is afhankelijk van het overbrengen van het HIV-virus, het ontwikkelen van de ziekte aids en het verloop van de ziekte. De kans op besmetting met het HIV-virus is afhankelijk van een veelheid van factoren die zowel de drager als de ontvanger betreffen, zoals bijvoorbeeld de “viral load” (de hoeveelheid HIV-cellen), de vorm van seksueel contact en de gezondheidstoestand van de vrouw. De deskundige gaat uit van een algemeen aangehouden besmettingskans van 1 op 250 à 300 per genito-vaginaal contact. Hij heeft daarbij benadrukt dat zijn schattingen van deze kans ingeval buiten de vagina wordt klaargekomen, dan wel bij een geringe hoeveelheid HIV in het bloed met veel onzekerheden zijn omgeven en neerkomt op een “gevoel”, dan wel een “educated guess”. De kans op ontwikkeling van de ziekte aids is op haar beurt weer afhankelijk van onder meer virusfactoren, gastheerfactoren en succesvolle therapie. Gelet op de huidige kennis van de medische wetenschap geldt dat de ziekte aids ongeneeslijk en dodelijk is, aldus de deskundige. Daarbij speelt een grote rol dat de behandeling zeer zwaar is en veel bijwerkingen kent, dat niet duidelijk is hoe het op de lange duur patiënten zal vergaan die behandeld worden en dat aids uiteindelijk mogelijk een resistentie tegen de medicijnen ontwikkelt. Uit de verklaring van de deskundige maakt de rechtbank op dat zelfs in de meest gunstige omstandigheden de kans op (allereerst) besmetting met HIV, (vervolgens) het ontwikkelen van aids en (tenslotte) de dodelijke afloop van de ziekte zodanig is dat die als reëel moet worden aangemerkt. De conclusie moet dan ook zijn dat de mogelijkheid dat het handelen van verdachte de dood van de slachtoffers ten gevolge zou hebben aanmerkelijk is (geweest).

De rechtbank concludeert dat zelfs in de gunstigste omstandigheden de kans op een dodelijke afloop reëel is

2. Aanmerkelijke kans: naar het oordeel van de rechtbank is er sprake van een “aanmerkelijke” kans indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat door de verweten gedraging het gevolg waartegen de strafbepaling bescherming beoogt te bieden zal optreden en die kans tot anders handelen aanleiding had kunnen (en moeten) geven. De kans (of: het gevaar) moet zodanig zijn geweest dat er tegenmotiverende kracht van zou hebben kunnen (en moeten) uitgaan. Daarbij worden slechts die gevolgen of omstandigheden in aanmerking genomen die zich niet incidenteel voordoen maar waarvan een aspect van regelmaat en algemener voorkomen valt te ontwaren (in deze zin: P.J.H.M. Brouns, *Opzet in het wetboek van Strafrecht*, 1988, blz. 228). In dit oordeel ligt besloten dat de berekening van een kans op basis van wetenschappelijke en/of statistische gegevens of aannames wel van belang, maar niet beslissend is voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een strafrechtelijk relevante aanmerkelijke kans.

3. Wilselment: uit de verklaring van verdachte bij de politie en ter terechtzitting blijkt dat verdachte een mogelijke besmetting met het HIV-virus, het ontwikkelen van de ziekte aids en de dood van de slachtoffers op de koop toe nam, liever dan af te zien van onbeschermd seksuele gemeenschap. Verdachte heeft verklaard dat hij weliswaar een morele plicht voelde te vertellen dat hij seropositief was, dan wel een condoom te gebruiken, doch dat dit hem niet van zijn handelen heeft weerhouden, omdat hij absoluut niet wilde dat de slachtoffers zouden weten dat hij seropositief was.

poging tot doodslag op een minderjarige, bestaande uit het aangaan van een onbeschermd seksueel contact, wetende dat hij geïnfecteerd was met het HIV-virus. Naar eigen verklaring zou verdachte die besmetting enkele jaren terug hebben opgelopen bij een eenmalig seksueel contact met een voor hem onbekende vrouw. Deze infectie heeft er toe geleid dat hij sedert enkele maanden vóór het litigieuze delict (...) remmingsmiddelen heeft moeten gebruiken en ook sedert dat tijdstip op de hoogte is van de mogelijkheid een ander, bij een onbeschermd seksueel contact – in casu is er sprake van een genito-anaal contact – te infecteren. Met betrekking tot het litigieuze

nige afweerstoornis dat anti-HIV-behandeling nodig is om verdere stoornis te voorkomen die tot aids zou leiden” en : “het is op dit moment nog niet duidelijk of deze (behandeling) het optreden van aids inderdaad blijvend kan voorkomen”.

In aanmerking nemend dit door de deskundige aangeduide risico overweegt het hof met betrekking tot de vraag of ten aanzien van verdachte kan worden gezegd dat hij een als aanmerkelijk aan te duiden risico heeft genomen bij dat contact, dat er in beginsel ruimte is voor een waardering van de kans op het gevolg doch niet in overwegende mate, aangezien er naar het oordeel van het hof sprake is van een juridisch-normatief begrip waarin meer factoren dan louter kansberekening een rol spelen. Het juridische begrip “in aanmerkelijke mate” vindt mede zijn vertaling in de kans dat het gevolg zal intreden. Dit speelt met name in het geval dat er sprake is van een seksueel contact met weinig tot geen risico op besmetting.

In het onderhavige geval staat vast dat verdachte ruim voor het seksueel contact met W. was besmet met het HIV-virus, dat hij dientengevolge, naar eigen verklaring, op de hoogte was met die besmetting en de risico's kende die onbeschermd seksueel contact oplevert en nochtans dit contact in de vorm als eerder aangeduid, is aangegaan. Mede gezien het oordeel van de deskundige kan naar de mening van het hof worden gezegd dat verdachte aldus willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het gevolg zou kunnen intreden. Derhalve kan het opzet – in voorwaardelijke zin – worden geacht te zijn bewezen.'

Gevoel

In een zeer uitvoerige bewijsoverweging gaat de Haagse rechtbank in op het voorwaardelijke opzet. Er wordt aangehaakt bij de gebruikelijke definitie. Toch wordt er een nieuwe maatstaf aangelegd. Om vast te stellen of er sprake is van een aanmerkelijke kans, wordt de vraag gesteld of de kans op het gevolg een *reële kans* is. Dat is opmerkelijk. Enerzijds geeft de rechtbank aan dat er sprake moet zijn van een 'behoorlijke' kans (door de term 'aanmerkelijk' te hanteren), maar anderzijds legt de rechtbank de lat niet al te hoog (door de 'reële kans' als maatstaf

Het hof stelt dat er bij dit juridisch-normatief begrip meer factoren dan louter kansberekening een rol spelen

Op grond van vorenstaande overwegingen komt de rechtbank tot het oordeel dat verdachte welbewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat zijn handelen de vrouwen met wie hij onbeschermd seksuele gemeenschap had met een dodelijk virus zou besmetten. In die zin was zijn voorwaardelijk opzet gericht op de dood van beide vrouwen.'

Juridisch-normatief begrip

Ook in de Leeuwarder zaak was de vraag aan de orde of de verdachte opzet had op de dood van zijn slachtoffers. Het gerechtshof oordeelde dat in één geval het voor (poging tot) doodslag vereiste opzet bewezen kon worden en sprak de verdachte van een ander geval vrij. De vrijspraak had betrekking op orale seks (pijpen). Bij de veroordeling ging het om genito-anaal contact. Het gerechtshof overwoog:

'Het hof acht niet bewezen hetgeen aldus sub 2 primair [poging tot doodslag, JB] aan de verdachte is telastgelegd, zodat hij daarvan moet worden vrijgesproken.

Met betrekking tot de bewezenverklaring van feit 3 primair overweegt het hof het volgende: het hof is tot het oordeel gekomen dat ten aanzien van verdachte het primair telastgelegde bewezen is, te weten een

contact is er naar het oordeel van het hof sprake van een aanmerkelijke kans dat zo een contact leidt tot een infectie met het HIV-virus. Deze infectie leidt op zich niet tot de dood maar wel tot het risico de aandoening A(cquired) I(mmuno) D(eficiency) S(yndrome) te krijgen welke aandoening in beginsel (nog steeds) als dodelijk moet worden aangemerkt. Het hof neemt zulks aan op basis van het rapport van de deskundige prof. Danner van het VU-ziekenhuis te Amsterdam. Deze deskundige verklaart op een vraag van de officier van justitie of het slachtoffer W. door de litigieuze handelingen van verdachte met het slachtoffer kan worden besmet (met het HIV-virus): “ja, zonder enige wetenschappelijke twijfel”, daarbij nog aangetekend dat bij genito-anaal verkeer de kansen op besmetting groter zijn dan bij genito-vaginaal verkeer omdat het anaal slijmvlies niet zo goed bestand is tegen wrijfkraften en er gemakkelijk micro-traumata ontstaan die bloeden, wat de kans op besmetting onmiddellijk verhoogt. Met betrekking tot het risico na een HIV-besmetting de aandoening aids te krijgen, meldt de deskundige: “Na feitelijke besmetting met HIV komt het in een overgrote meerderheid der gevallen na een gemiddelde incubatietijd van zo'n 6-10 jaar tot een zoda-

te nemen en daarbij op te merken dat de berekening van een kans op basis van wetenschappelijke en/of statistische gegevens of aannames wel van belang, maar niet beslissend is voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een 'strafrechtelijk relevante aanmerkelijke kans').

In deze zaak was er over de werkelijke kans op besmetting met het HIV-virus en op het uiteindelijke gevolg (de dood) nauwelijks iets met zekerheid te zeggen. De door de rechtbank geraadpleegde deskundige heeft aangegeven dat hij er slechts naar kon raden. Hij kwam niet verder dan op te merken dat onder de gegeven omstandigheden de kans op besmetting met HIV, het ontwikkelen van aids en de dodelijke afloop een reële kans is. Een reële kans hoeft echter niet een aanmerkelijke kans te zijn.

Over de problematiek van HIV- en aids-besmetting is veel voorlichtingsmateriaal beschikbaar. De rechtbank wees daarop. In de voorlichtingsfolder *Pijpen zonder klaarkomen* van de SAD Schorerstichting wordt bijvoorbeeld uitgelegd dat bij oraal seksueel contact de kans op besmetting bijzonder klein is wanneer men niet in de mond klaarkomt: 'Als er geen sperma in de mond komt, dan is het vrijwel onmogelijk om HIV op te

geraadpleegde deskundige heeft aangegeven door zijn 'gevoel' te laten spreken.

Maatschappelijk oordeel

Ook de rechtbank lijkt haar gevoel te volgen. Er worden factoren genoemd die niets zeggen over de aanmerkelijke kans, maar die wel een bepaalde kleur aan de zaak geven. Voor de rechtbank speelt een grote rol 'dat de behandeling zeer zwaar is en veel bijwerkingen kent, dat niet duidelijk is hoe het op de lange duur patiënten zal vergaan die behandeld worden en dat aids uiteindelijk mogelijk een resistentie tegen de medicijnen ontwikkelt'. Zo beschouwd lijkt de opvatting van de Haagse rechtbank dicht in de buurt te komen van die van de Leeuwarder rechtbank, die de 'maatschappelijk ontoelaatbare kans' op het gevolg doorslaggevend liet zijn. Terwijl de Rechtbank Leeuwarden dit aspect uitdrukkelijk betrof bij de beantwoording van de vraag of er sprake was van (voorwaardelijk) opzet, heeft de Rechtbank 's-Gravenhage de omstandigheid dat 'het gedrag van verdachte (...) maatschappelijk volstrekt ontoelaatbaar' is, (slechts) een uitdrukkelijke rol bij de straftoemeting laten spelen.

De Hoge Raad moet zich erover buigen in hoeverre maatschappelijke ontoelaatbaarheid een rol speelt bij bepaling van voorwaardelijk opzet

lopen of over te dragen.' Men licht dat toe: 'In voorvocht zit wel HIV-virus, net als in sommige andere lichaamsvloeistoffen (zweet, speeksel, traanvocht). De hoeveelheid HIV in voorvocht is echter zo klein dat besmetting via je mond eigenlijk niet mogelijk is.'

Uiteraard is de SAD Schorerstichting geen erkende wetenschappelijke instelling en zal het bovendien verschil maken of het om orale seks gaat of om 'genito-vaginaal contact'. Toch maakt het citaat duidelijk dat de omstandigheid dat men voor het zingen de kerk uit is gegaan een factor van belang kan zijn bij de vaststelling of er al dan niet sprake is geweest van een aanmerkelijk risico. Dat is in wezen ook wat de door de rechtbank

Het Leeuwarder gerechtshof heeft eveneens zijn (maatschappelijk) oordeel over het gedrag van de verdachte bij de straftoemeting betrokken: 'Ook vanuit maatschappelijk oogpunt is verdachtes handelwijze volstrekt ontoelaatbaar. Verdachtes handelingen raken immers niet slechts beide slachtoffers maar hebben ook in het algemeen een forse impact, nu door dergelijke handelingen een in beginsel dodelijke aandoening kan worden verspreid, hetgeen gevoelens van onrust en onveiligheid versterkt.'

Helaas werd de partiële vrijspraak door het gerechtshof niet gemotiveerd. Door de raadsman van de verdachte was aangevoerd dat bij oraal seksueel contact (pijpen) de kans op besmetting met het HIV-virus geen

aanmerkelijke kans is. Het gerechtshof lijkt (impliciet) dezelfde mening te zijn toegegaan. De verdachte werd weliswaar vrijgesproken van poging tot doodslag, maar hij werd op grond van hetzelfde feitencomplex wel veroordeeld voor verkrachting van het slachtoffer.

Normatieve argumenten toelaatbaar?

Waar de grenzen van het voorwaardelijk opzet precies liggen wordt door het hof niet echt duidelijk gemaakt. Maatgevend is 'een als aanmerkelijk aan te duiden risico', wat niet wegneemt – aldus het gerechtshof – dat er ook ruimte is voor een normatieve beoordeling: 'Het juridische begrip "in aanmerkelijke mate" vindt *mede* [cursivering JB] zijn vertaling in de kans dat het gevolg zal intreden. Dit speelt met name in het geval dat er sprake is van een seksueel contact met weinig tot geen risico op besmetting.' Zo beschouwd is het toch weer merkwaardig dat het gerechtshof bij het orale contact geen poging tot doodslag heeft aangenomen. Kennelijk oordeelde het gerechtshof de kans op besmetting bij oraal contact zo gering dat in dat geval bij een bewezenverklaring het accent te veel op de normatieve component zou komen te liggen.

Het wordt tijd dat de Hoge Raad zich uitsprekt over de vraag waar de grenzen van het voorwaardelijk opzet precies liggen. Wanneer is een kans aanmerkelijk? In hoeverre mogen normatieve argumenten – zoals de maatschappelijke ontoelaatbaarheid van het gedrag – een rol spelen bij de invulling van het voorwaardelijk opzet? Tegen het arrest van het Leeuwarder gerechtshof is inmiddels cassatieberoep ingesteld.

n

Noten

- 1 Rechtbank Leeuwarden 1 maart 2001, parketnummer 17/080228-00 (ELRO-nr. AB0355).
- 2 Rechtbank Arnhem 24 april 2001, parketnummer 05/090285-00 (ELRO-nr. AB1374).
- 3 Rechtbank Utrecht 13 juni 2001, parketnummer 16/022020-00 (ELRO-nr. AB2089).
- 4 Rechtbank 's-Gravenhage 29 juni 2001, parketnummer 09/027547-01 (ELRO-nr. AB2390).