



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Wisselwerking tussen gemeen en bijzonder
materieel strafrecht: een analyse en waardering in het
licht van de beginselen van codificatie, schuld en
legaliteit**

Cnossen, J.P.

Citation

Cnossen, J. P. (2024, September 26). *Wisselwerking tussen gemeen en bijzonder materieel strafrecht: een analyse en waardering in het licht van de beginselen van codificatie, schuld en legaliteit*. Meijersreeks. Boom, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4093438>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4093438>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

5.1 INLEIDING EN WERKWIJZE

In het vorige hoofdstuk is een beeld gevormd van de afwijkingen in het bijzonder strafrecht met betrekking tot de beginselen van schuld en legaliteit. Hierin is zichtbaar geworden dat die afwijkingen zich (uiteindelijk) voordoen via jurisprudentie of wetgeving. Deze twee modaliteiten zullen dan ook centraal staan om het onderstaande deel te structureren (hoewel sommige afwijkingen uiteindelijk een samenspel zijn van wetgeving en jurisprudentie).

In het vorige hoofdstuk kwamen vele concrete afwijkingen ter sprake, waarvan in dit hoofdstuk zal worden besproken of ze ingang hebben gevonden in het commune strafrecht; denk hierbij aan figuren als daderschap van de rechtspersoon of een gemuteerde schuldvorm. Daarnaast werd in het vorige hoofdstuk een tendens gesignaleerd in de aanwending van het materiële strafrecht. In die tendens is sprake van een zekere instrumentalisering in de opvattingen over de inzet van het materiële strafrecht; het invoeren of toepassen van een strafbaarstelling is hierbij niet primair ingegeven door het wederrechtelijk karakter van de gedraging maar door de sanctionerende of strafvorderlijke potentie. In die tendens kan ook een zekere geneigdheid tot thematisering van het materiële strafrecht worden herkend; hierbij wordt de materieelrechtelijke vormgeving in de eerste plaats afgestemd op de aard van de onderliggende materie, waardoor de in het codificatiebeginsel belichaamde gedachte van algemene regelingen soms plaatsmaakt voor verbrokkeling. Met name het leerstuk opzet lijkt gevoelig voor deze thematische toepassing. In die tendens kan tot slot gesproken worden van een zekere dedogmatisering van het materiële strafrecht, omdat de toepassing van materieelrechtelijke figuren bijvoorbeeld verloopt via weinig normerende begrippen als 'redelijke toerekening'. Hierbij wordt het materiële strafrecht niet aangewend als stelsel waarbinnen eigen waarden en beginselen op een consistente wijze de (mogelijkheid tot) vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid begrenzen, maar vooral als een soms lastig te openen deur naar de sanctionerende of strafvorderlijke mogelijkheden. Niet de begrenzing van de strafrechtelijke aansprakelijkheid is dan zijn functie, maar het faciliteren van de strafvordering. In dit hoofdstuk zal ook onderzocht worden of deze bredere tendens vatbaar is gebleken voor doorwerking in het commune strafrecht.

Tussen de twee modaliteiten van wetgeving en rechtspraak kan onderscheid gemaakt worden voor wat betreft de mate waarin een door-

werking problematisch is. Een doorwerking van een 'bijzonder' figuur via de wetgeving heeft als voordeel dat deze doorwerking zichtbaar is. Dat neemt niet weg dat alsnog problemen kunnen ontstaan met betrekking tot de inbedding van deze van oorsprong bijzondere figuur in de commune systematiek. Een doorwerking van een figuur of interpretatie via jurisprudentie zal vaak minder zichtbaar of stilzwijgend zijn, en daarmee in potentie problematischer. Vanwege het meer problematische karakter van doorwerking via jurisprudentie heb ik eerst door middel van een empirisch-juridische analyse onderzocht of en in welke mate er via jurisprudentie *expliciete* doorwerking plaatsvindt van figuren of constructies uit het bijzonder strafrecht. Dat leverde weinig betekenisvolle resultaten op, waardoor een eerste resultaat van dit onderzoek reeds is dat van een dergelijke expliciete doorwerking in de jurisprudentie nauwelijks sprake is.¹ Daarna heb ik onderzocht of onder verwijzing naar artikel 91 Sr toepassing van afwijkingen uit bijzondere wetten in het commune strafrecht afgewezen wordt. In dat geval zou de bedoelde doorwerking juist actief geblokkeerd worden in de jurisprudentie. Dat bleek niet het geval,² waardoor het in de jurisprudentie zichtbare effect van artikel 91 Sr beperkt is tot de sporadische gevallen waarin de lagere wetgever in strijd met de strekking van artikel 91 Sr een beperking of uitbreiding aanbrengt op de algemene leerstukken in het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht.³ Een tweede resultaat van dit onderzoek is derhalve dat doorwerking van afwijkingen uit bijzondere wetten in het commune strafrecht niet zichtbaar geblokkeerd wordt op basis van artikel 91 Sr.

Het beeld dat uit dit jurisprudentieonderzoek naar voren komt is aldus helder: er is in de jurisprudentie nauwelijks sprake van een op deze wijze te detecteren doorwerking van het bijzonder strafrecht op het commune strafrecht, en evenmin van een expliciete blokkade van een dergelijke doorwerking. Dat heeft voor dit onderzoek als consequentie dat de focus, voor wat betreft de jurisprudentie, komt te liggen op meer impliciete doorwerking van de in hoofdstuk 4 besproken afwijkingen, en op de in dat hoofdstuk gesignaleerde ontwikkelingen. Getracht zal worden deze impliciete doorwerking te signaleren en zichtbaar te maken, door te onderzoeken

1 Ik heb aan de hand van gerichte zoektermen de rechtspraak uit de NJ (voorzover opgenomen in de digitale catalogus van de Kluwer Navigator) doorgenomen. Die zoektermen betroffen verwijzingen in commune jurisprudentie naar een aantal bijzondere wetten (hierbij heb ik de analyse beperkt tot de WED, de AWR en de WVV). Dit leverde geen betekenisvolle resultaten op: tot 2015 waren er 27 uitspraken waarin een gemeen delict was tenlastegelegd en waarin ook de AWR vermeld werd, in 44 commune zaken werd de WED vermeld en in 61 zaken de WVV. In deze zaken was steeds sprake van een meervoudige tenlastelegging (van in elk geval één gemeen delict en één bijzonder delict), waardoor deze zaken niet betekenisvol zijn binnen dit onderzoek.

2 Er werd in 34 zaken expliciet verwezen naar art. 91 Sr. Dit bleken vrij algemene verwijzingen, waaruit al snel bleek dat die bepaling niet (zichtbaar) voorkomt dat 'bijzondere' figuren veralgemeniseerd worden.

3 Zie hierover par. 2.2.2.1.

of figuren en interpretaties uit het bijzonder strafrecht (vervolgens) in het commune strafrecht verschijnen, zonder dat hierbij expliciet verwezen is naar de herkomst.⁴

5.1.1 Functie codificatiebeginsel

Het codificatiebeginsel komt in dit hoofdstuk, net als in het vorige hoofdstuk, minder prominent in beeld dan het schuld- en legaliteitsbeginsel. Tegelijk is dit beginsel permanent op de achtergrond aanwezig; zowel in het vorige als het huidige hoofdstuk wordt immers onderzocht in welke mate de huidige stand van zaken in het bijzondere en commune strafrecht beantwoordt aan de in dit beginsel neergelegde idealen van algemeenheid, systematiek, ordening, samenhang en consistentie. De nadruk op het algemene komt vooral tot uitdrukking in de centrale positie van het Wetboek van Strafrecht en de hierin vervatte algemene leerstukken en beginselen, waarvan via artikel 91 Sr de algemene gelding benadrukt wordt. In wezen roept veralgemenisering van bijzondere figuren of interpretaties reeds daarom al spanning op met dit beginsel, dat zal in dit hoofdstuk niet bij elke doorwerking steeds afzonderlijk benoemd worden. Deze veralgemenisering is echter ronduit problematisch indien niet voorzien is in een zorgvuldige inbedding in de commune systematiek van een aanvankelijk bijzonder figuur of bijzondere interpretatie. Het Wetboek van Strafrecht is immers – vanuit de codificatiegedachte – ontworpen als een zorgvuldig samenhangend geheel, waarbij er alleen componenten kunnen worden toegevoegd of gewijzigd indien daarmee steeds het geheel, als samenhangend systeem, in het oog wordt gehouden. Het codificatiebeginsel vraagt derhalve om een vorm van permanent systeemonderhoud, zodat het systeem niet stap voor stap afgebroken wordt bij elke wijziging. In dit hoofdstuk zal het codificatiebeginsel op deze wijze dus permanent aanwezig zijn, maar daarbij vaak een onzichtbare achtergrondpositie aannemen. Die achtergrondpositie neemt het beginsel ook in bij de in paragraaf 2.4 beschreven betrokkenheid bij het schuld- en legaliteitsbeginsel. De onderzoeksresultaten in dit hoofdstuk worden steeds in het licht van deze beginselen geplaatst, waarbij de verbinding met het codificatiebeginsel niet steeds expliciet gezocht wordt.

4 Hierbij is in de eerste plaats onderzocht of en hoe vaak in Hoofdstuk 4 gesignaleerde afwijkingen die een min of meer vaste formulering hebben, zoals de 'meerdere of mindere mate van bewustzijn', in commune jurisprudentie zijn verschenen, zonder dat hierbij de herkomst (het bijzonder strafrecht) expliciet is gemaakt. Dat leverde enkele resultaten op die in dit hoofdstuk zullen worden besproken. Daarnaast is door middel van een klassiek-juridische analyse besproken of gesignaleerde afwijkingen die geen vaste formulering hebben maar zich in de sfeer van de toepassing of interpretatie van leerstukken bevinden, zoals een grotere nadruk op zorgplichten bij de vaststelling van voorwaardelijk opzet, in het commune strafrecht zijn verschenen, zonder dat hierbij de herkomst expliciet is gemaakt.

5.2 DOORWERKING VAN AFWIJKINGEN VIA WETGEVING

Binnen het Wetboek van Strafrecht zijn op legislatief niveau meerdere invloeden vanuit het bijzonder strafrecht aanwijsbaar. Die invloed kan zijn ontstaan bij het verplaatsen van een figuur die aanvankelijk als uitzondering in het bijzonder strafrecht was opgenomen naar het commune strafrecht (zoals bij de regeling van daderschap van de rechtspersoon).⁵ Voorts kan die invloed ontstaan zodra in het bijzonder strafrecht een wijziging wordt aangebracht die ook directe gevolgen heeft voor het strafrecht in het wetboek (zoals bij de invoering van de schuldvorm roekeloosheid). Tot slot kan het bijzonder strafrecht als meer algemene inspiratiebron invloed uitoefenen op de commune strafwetgeving (zoals bij de vormgeving van strafbaarstellingen). Dit laatste betreft een meer impliciete invloed op legislatief niveau. Ik beperk dat deel tot enkele illustraties van delictsomschrijvingen met een (deels) 'open' materiële norm, om daarmee te laten zien dat er (ook) ten aanzien van de vormgeving van delictsomschrijvingen een zekere vatbaarheid bestaat voor beïnvloeding vanuit het bijzonder strafrecht, waarin een bepaalde openheid van delictsomschrijvingen meer gangbaar is.

5.2.1 Daderschap van de rechtspersoon

5.2.1.1 *Analyse*

In paragraaf 4.5.1.4.1 is de ontwikkeling van de figuur van daderschap van de rechtspersoon in de context van de WED beschreven. Deze figuur is in 1976 overgeheveld naar een algemene regeling in het Wetboek van Strafrecht. Om die veralgemenisering goed te kunnen duiden breng ik een aantal belangrijke punten uit paragraaf 4.5.1.4.1 in herinnering.

In 1943 werd de figuur van het daderschap van de rechtspersoon vrij geruisloos geïntroduceerd in het bijzonder strafrecht bij de wijziging van artikel 6 uit het Economisch Sanctiebesluit. Deze regeling vormde een belangrijke inspiratiebron voor het latere artikel 15 WED (oud), dat in 1951 werd ingevoerd. Deze regeling markeerde een belangrijke omslag in het denken over daderschap van de rechtspersoon in het strafrecht; tot 1943 bestond enkel de mogelijkheid vertegenwoordigers of bestuurders van de rechtspersoon te bestraffen, voorzover zij (zelf) opzet of schuld aan het tenlastegelegde delict hadden. Noch bij de wijziging van het Economisch Sanctiebesluit, noch bij invoering van de WED valt een overdenking (van de wetgever) te bespeuren van de systematische en dogmatische gevolgen van de invoering van het daderschap van de rechtspersoon,

5 Hierbij haakt dit onderzoek nadrukkelijk aan bij de eerdere in de literatuur beschreven wettelijke osmose tussen het bijzonder strafrecht en het commune strafrecht. Hierbij kan worden gesproken van een 'proeftuin-constructie' in het bijzonder strafrecht of van de 'schrittmacherfunktion' van het bijzonder strafrecht, zie hierover respectievelijk: Bos 1976; Groenhuijsen 2004, par. 2; Schaffmeister 1978, p. 168.

terwijl dit brak met de fundamentele gedachte dat het strafrecht zich enkel tot natuurlijke personen richtte. Doorslaggevend voor de invoering was (slechts) de toepasselijkheid van een arsenaal aan sancties en maatregelen, zoals de ont-neming van onrechtmatig verkregen voordeel, op rechtspersonen die zich bin-nen de sfeer van de WED begaven. Hoe valide dit op zichzelf ook moge zijn, de contemplatie op de gevolgen van de introductie van daderschap van de rechts-persoon was hiermee verre van compleet. Terecht constateerde de wetgever dat 'in de wetenschap in beginsel niet meer bestreden' werd 'dat strafbaarheid van de rechtspersoon principieel toelaatbaar is'.⁶ In de wetenschap werd daarbij ech-ter wel gewezen op de systematische en dogmatische gevolgen die de wetgever diende te overzien, en de keuzes die hij diende te maken om een dogmatisch passende inbedding te bieden van deze, van oorsprong civielrechtelijke, figuur in het materiële en formele strafrecht.⁷ Zo ontbrak bijvoorbeeld bij de wetgever een doordenking over de wijze waarop individuele schuld diende te worden vastgesteld bij de rechtspersoon; het strafrechtelijke schuldbeginsel verdraagt zich slecht met het civielrechtelijke toerekeningsconcept. In de wetenschap werd over deze kwestie wisselend gedacht; Van Rijn van Alkemade stelde dat opzet of schuld kon bestaan bij de rechtspersoon indien het vastgesteld kon worden bij een 'handelend vertegenwoordiger' als 'orgaan' van de rechtspersoon.⁸ Tegelijk stelde hij voor om een strafuitsluitingsgrond te creëren voor de rechtspersoon; die is niet strafbaar indien hij, 'middels een toezichthoudend orgaan, alle maat-regelen heeft getroffen die in redelijkheid kunnen worden verlangd, om overtred-ing van strafbepalingen te voorkomen'.⁹ Hier valt eenvoudig de avas-variant van maximaal te vergen zorg (*avant la lettre*¹⁰) te herkennen. Hiermee werd enige compensatie geboden voor de zekere risicoaansprakelijkheid die de rechtspersoon zou dragen als opzet of schuld van de handelend vertegenwoordiger onder alle omstandigheden zou kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon. De Commissie Wijnveldt – waar diezelfde Van Rijn van Alkemade onderdeel van was – kwam uiteindelijk tot het voorstel om in een wettelijke regeling in het Wetboek van Strafrecht onder meer een omkering van de bewijslast van de (bij misdrijven vereiste) subjectieve bestanddelen te regelen.¹¹

6 *Kamerstukken II* 1947/48, 603, 2-3, p. 19. Hierbij dacht de wetgever vermoedelijk vooral aan het rapport van de Commissie Wijnveldt, waarin – naast de naamgever – ook Van Rijn van Alkemade en Pompe zitting hadden. Hun voorstel omvatte een algemene rege-ling in het Wetboek van Strafrecht, zie *NJB* 1941, p. 412-415; zie voorts *NJB* 1941, p. 404 e.v. voor een verslag van de bespreking van dit voorstel in de Vereniging voor Strafrecht-spraak. Zie ook Van Rijn van Alkemade 1941, p. 189-229 voor het voorstel waartoe men besloot de Commissie Wijnveldt in te stellen.

7 Zoals bijvoorbeeld Van Dulleman 1941, p. 529 e.v., in het bijzonder p. 532. Ook na invoe-ering van art. 15 WED werd op de gebreken en leemtes gewezen in de regeling van het daderschap van de rechtspersoon in het strafrecht, zie Van Eck 1951.

8 Van Rijn van Alkemade 1941, p. 208.

9 Van Rijn van Alkemade 1941, p. 226-227.

10 Vellinga 1982, p. 173-176. Vellinga schaaft het overigens nog onder de iets bredere noemer 'zorgvuldig gedrag', waarbij hij ook het handelen met een 'geoorloofd risico' uit het verkeersrecht betreft.

11 Vgl. het voorstel van de Commissie Wijnveldt, *NJB* 1941, p. 412-415.

Het euvel in de wettelijke regeling van het ouderschap van rechtspersonen bleef tot 1976 in zekere zin beperkt doordat de regeling enkel van toepassing was binnen de WED – hoewel dat uiteindelijk uitgroeide tot een gigantisch deelterrein van het strafrecht. Tegelijk meende de Minister (van Justitie) in 1951 dat de ervaringen die in de WED werden opgedaan met het ouderschap van de rechtspersoon van waarde konden zijn voor een toekomstige algemene regeling in het wetboek;¹² een ware proeftuinconstructie aldus.

In 1976 werd uiteindelijk toch een algemene regeling van het ouderschap van de rechtspersoon in het Wetboek van Strafrecht geregeld, waarmee de afzonderlijke regeling in de WED verviel. Hiermee ontstond een uitgelezen kans om de regeling meer te modelleren naar de algemene uitgangspunten van het wetboek, zodat hij zou worden ingebed in de bestaande systematiek van het materiële strafrecht. Hiertoe waren in de jaarvergadering van de Nederlandse Juristenvereniging van 1966 ook (uiteenlopende) voorstellen gedaan door de preadviseurs Kist en Hulsman.¹³ Deze kans werd niet benut. De Minister stelde bij de invoering:

“Het wetsontwerp is de laatste stap op weg [sic] die in Nederland reeds lang is begaan. Het lijkt mij dan ook niet vereist aan de strafbaarstelling van de rechtspersoon thans een diepgravende rechtstheoretische beschouwing te wijden.”¹⁴

En bij de behandeling van dit wetsvoorstel in de senaat:

“Ik geloof ook dat de wetgever als zodanig zich er beter van kan onthouden stelling te nemen in rechtstheoretische strijdvrage, anders dan daar waar hij aan het innemen van een positie niet kan ontkomen, omdat hij wetgeving moet plegen en daarom genoopt is een keuze te doen.”¹⁵

Hierin valt de pragmatische inslag te herkennen waarmee het Wetboek van Strafrecht tot stand kwam. Een ‘rechtstheoretische beschouwing’ was hier echter wenselijk geweest, alleen al om de gevolgen van de systeembreuk (die de invoering van ouderschap van de rechtspersoon in het wetboek teweegbracht) te doordenken.¹⁶ Er stond echter een ander belang voorop bij de invoering van ouderschap van de rechtspersoon in het wetboek: ‘doeltreffende’ of ‘doelgerichte’ mogelijkheden tot bestraffing van een rechtspersoon.¹⁷ Het feit dat de vergelijkbare regeling in de WED in de

12 *Handelingen II* 1950/51, 1900, nr. 7, p. 11 (zoals aangehaald in *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, nr. 1-3, p. 16 en Topping 1984, p. 54).

13 F.C. Kist & L.H.C. Hulsman, *Dient het W.v.S. bepalingen te bevatten betreffende het ouderschap en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van andere dan natuurlijke personen?* (Preadviezen voor de NJV), 1966.

14 *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 3, p. 8.

15 *Handelingen I* 1975/1976, p. 1227.

16 Vergelijkbare kritiek bestond ook in de behandeling van dit wetsvoorstel in de senaat, zie *Handelingen I* 1975/76, p. 1224-1225.

17 *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 3, p. 13.

praktijk ‘praktisch bruikbaar’ bleek vormde een belangrijk argument om de regeling uit de WED zonder inhoudelijke aanpassingen in het wetboek over te nemen.¹⁸ Ook in deze overweging wordt een doordachte inhoudelijke inbedding van deze (voor het commune strafrecht wezensvreemde) figuur expliciet afgewezen:

“De mogelijkheid die zij geeft om de vervolging hetzij alleen te richten tegen de corporatie, hetzij mede tegen een of meer natuurlijke personen, blijkt – al is de rechtstheoretische grondslag wellicht minder sterk – in de praktijk zeer doelmatig te werken.”¹⁹

Ook in de considerans van deze wet kwam al ondubbelzinnig naar voren dat ‘doeltreffende bestraffing’ van rechtspersonen het voornaamste motief vormde voor deze wijziging in het wetboek.²⁰ In zijn eerder aangehaalde preadvies stelde Hulsman voor om daderschap van de rechtspersoon enkel mogelijk te maken voor bepaalde, door de wetgever aangewezen, delicten in het wetboek. Hiermee zou recht gedaan worden aan de grondgedachte dat het wetboek zich enkel tot natuurlijke personen richt (met alle dogmatische gevolgen van dien).²¹ De wetgever overwoog hieromtrent als volgt:

“Een systeem waarin een strafbaar feit slechts kan worden begaan door een corporatie in de gevallen waarin zulks uitdrukkelijk bij of krachtens de wet is bepaald, gaat van de gedachte uit, dat ons strafrecht in beginsel alleen is geschreven voor natuurlijke personen. De ondergetekende meent evenwel dat de consequentie behoort te worden getrokken uit *de ontwikkeling van het strafrecht in vele bijzondere wetten*, zoals samengevat in het in i 3 en § 4 van deze memorie gegeven overzicht. Dit leidt tot afwijzing van de gedachte dat het strafrecht, voor zover dit zich richt tegen andere dan natuurlijke personen, slechts een aanvullend karakter kan hebben.”²² (Mijn cursivering, JC)

En de minister stelde hierover tijdens de behandeling van dit wetsvoorstel in de senaat:

“Zouden wij hebben moeten kiezen voor een limitatieve opsomming van delict tot delict? (...) Ik houd het erop, dat wij in die gigantische operatie niet geslaagd zouden zijn en dat het daarom maar beter is de rechtspraak de gelegenheid te bieden nadere inhoud te geven aan het daderschap van rechtspersonen, beter dan dat de wetgever daartoe een vrijwel bij voorbaat tot mislukken gedoemde poging zou ondernemen.”²³

18 *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 3, p. 16-17.

19 *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 3, p. 17.

20 *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 2, p. 1.

21 Hulsman 1966, p. 132 e.v.

22 *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 3, p. 17.

23 *Handelingen I 1975/76*, p. 1226.

Hiermee wordt het beeld wederom bevestigd dat de wetgever een systematische inbedding van deze nieuwe figuur in het wetboek bepaald geen prioriteit gaf. Veelzeggend is ook de plek die de regeling in het wetboek kreeg; artikel 51 Sr – waarin tot 1976 een regeling stond omtrent de reikwijdte van de aansprakelijkheid van bestuurders (van rechtspersonen) – werd gewijzigd in een regeling omtrent het ouderschap van de rechtspersoon. De wetgever had er ook voor kunnen kiezen om het ouderschap van de rechtspersoon in een nieuwe bepaling te regelen, zoals artikel 1a Sr. Hierbij zou de fundamentele plaats die de ouderschapsregeling heeft in het strafrecht tot uiting komen in de plaats die hij inneemt in het wetboek, terwijl de tekst van lid 1 ('Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.') ook niet zou misstaan in een van de openingsbepalingen van het wetboek. De wetgever koos er echter voor om de ouderschapsregeling volkomen misplaatst in de deelnemingstitel te regelen, waardoor de regeling thans plompverloren ingeklemd zit tussen de bepalingen omtrent de medeplichtigheid.²⁴

5.2.1.2 Waardering

De regeling in artikel 51 Sr was uiteindelijk zelfs summierder dan de regeling in artikel 15 WED. Waar laatstgenoemde bepaling nog enige sturing gaf aan de wijze waarop ouderschap kon worden vastgesteld door de rechter (in artikel 15 lid 2 WED), werd dit in artikel 51 Sr weggelaten om de rechter 'geheel vrij te laten in zijn oordeelvorming'.²⁵ In de jurisprudentie werd uiteindelijk een kader gevormd om ouderschap vast te stellen dat op een aantal punten overeenkomt met het voormalige artikel 15 lid 2 WED,²⁶ dat in de context van het economisch strafrecht was ontwikkeld. Zo keert het wat vage begrip van de 'sfeer van de rechtspersoon' expliciet terug,²⁷ evenals de voor ouderschap relevante omstandigheid dat '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'. Hiervan gaat het betekenisvolle signaal uit dat de rechter in dit geval wel degelijk behoefte had aan sturing door de wetgever. Omdat die sturing met betrekking tot de commune regeling ontbrak, werd door de rechter aangeknoopt bij de oude regeling uit de context van het economisch strafrecht. De Hullu stelt terecht dat het criterium van de 'sfeer van de rechtspersoon' 'niet erg verhelderend' is, en dat het begrip zou kunnen worden weggedacht uit het denkschema van het Drijfmest-arrest.²⁸ Hierbij wordt

24 Hierover werd ook nog kort van gedachten gewisseld tijdens de kamerbehandeling, zie *Handelingen II* 1975/76, p. 4208.

25 *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 5, p. 2.

26 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, *NJ* 2006, 328 (Drijfmest), r.o. 3.3-3.5.

27 Terwijl dit begrip nog resoluut van de hand werd gewezen als criterium door de Minister, zie *Handelingen II* 1975/76, p. 4209.

28 De Hullu 2021, p. 165.

overigens niet meteen duidelijk waarom hij (de terminologie van) de leer van de ‘redelijke toerekening’ – die niet uitblinkt in helderheid en op geen enkele wijze sturing geeft aan de invulling van daderschapscriteria – in dit verband wel positief ontvangt. Deze leer werd geïntroduceerd in het zojuist aangehaalde Drijfmest-arrest. De term ‘redelijk’ wordt in dit arrest voor het eerst gebezigd in deze context, hoewel het arrest bij het gebruik van deze term (r.o. 3.3) verwijst naar de wetsgeschiedenis en eerdere arresten. Uit deze documenten kan de term ‘redelijk’ echter niet expliciet worden gedestilleerd,²⁹ hoewel het er wel impliciet uit kan worden afgeleid.³⁰ Wellicht werd het uiteindelijk vooral geïntroduceerd om uitdrukking te geven aan het feit dat ‘toerekenen’ niet fraai is en slecht past in een strafrechtelijke context, terwijl de toevoeging van ‘redelijk’ het dogmatisch leed enigszins verhult. Een belangrijke kwestie is de herkomst echter niet, nu de term ‘redelijk’ in vrijwel elk denkbare juridische context een (pleonastische) rol kan spelen.

Opmerkelijk is in dit verband dat de wetgever van 1975 ervan uit lijkt te gaan dat artikel 15 lid 2 WED bedoeld was om te bepalen onder welke omstandigheden het opzet of de schuld van een natuurlijk persoon aan de rechtspersoon kon worden toegerekend.³¹ Artikel 15 lid 2 WED behelsde echter een niet-limitatief bedoelde regeling om daderschap (niet: schuld) vast te stellen bij de rechtspersoon.³² Hierin leek de wetgever van 1947 juist het vaststellen van opzet of schuld bij de rechtspersoon over het hoofd te zien.³³

Indien men de gehele totstandkomingsgeschiedenis van de figuur van het daderschap van de rechtspersoon van 1943 tot 1976 in ogenschouw neemt, dan valt niet aan de indruk te ontkomen dat de wijze waarop opzet of schuld (in de zin van culpa of in de zin van verwijtbaarheid) dient te worden vastgesteld bij de rechtspersoon slechts een beperkte bijrol speelt.³⁴ Tegen de achtergrond van het schuldbeginsel is dit hoogst verwonderlijk, nu juist de idee van individuele schuldvaststelling bij rechtspersonen moeilijk denkbaar is, en op z’n minst veel hersenacrobatiek vraagt. Het

29 In de gehele wetsgeschiedenis, alsmede de arresten waarnaar de HR verwijst, ontbreekt de terminologie ‘redelijke toerekening’, waardoor het bijvoorbeeld ook ontbreekt in de dissertatie van Torringa van 1984.

30 Schaap 2022, p. 85.

31 *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 3, p. 18: “In dit voorschrift is getracht aan te geven wanneer het bij een in dienst van een rechtspersoon handelende natuurlijk persoon bestaande opzet of schuld aan de corporatie kan worden toegerekend.”; *Kamerstukken II* 1975/76, 13655, 5, p. 2: “Door ervan af te zien in het wetsontwerp een bepaling analoog aan die van artikel 15, tweede lid, van de Wet op de economische delicten op te nemen, wordt de rechter geheel vrij gelaten in zijn oordeelvorming of, alle concrete omstandigheden in aanmerking genomen, het opzet of de schuld van de handelende natuurlijk persoon kan worden toegerekend aan de rechtspersoon bij wie hij in dienst is.”

32 *Kamerstukken II* 1947/48, 603, 2-3, p. 19-20.

33 Zie paragraaf 4.5.1.4.1.

34 Illustratief is de (in zijn eigen woorden: ‘hulpeloze’) reactie van de Minister op vragen hierover in de senaat, *Handelingen I* 1975/76, p. 1226.

civielrechtelijke toerekeningsconcept staat nu eenmaal haaks op het strafrechtelijke schuldbeginnsel. Dit vormde in onze buurlanden dan ook lange tijd een voornaam bezwaar tegen de invoering van daderschap van de rechtspersoon;³⁵ in België werd in 1999 pas een vergelijkbare regeling in het commune strafrecht ingevoerd,³⁶ en in Duitsland ontbreekt die regeling tot op de dag van vandaag.^{37, 38}

Het feit dat individuele schuldvaststelling bij rechtspersonen zich moeilijk laat bedenken is niet alleen een abstracte, normatieve vaststelling; ook positiefrechtelijk is dit zichtbaar in de wijze waarop rechtspersonen in het strafrecht bejegend worden. In de daderschapscriteria (sinds het Drijfmest-arrest) rust veel gewicht op het beschikken en aanvaarden (over en van de gedragingen van natuurlijke personen),³⁹ terwijl daarmee ook reeds een voorschot wordt genomen op het vaststellen van opzet of schuld en verwijtbaarheid. Mocht er in de bedrijfspolitik vervolgens onvoldoende aanwijzingen worden gevonden voor het bestaan van opzet of schuld bij de rechtspersoon dan kan de subjectieve gezindheid (bestaande in opzet of schuld) van relevante personen binnen de rechtspersoon worden toegerekend aan de rechtspersoon. Zorgplichten spelen binnen de rechtspersoon op dit vlak een belangrijke rol ter invulling van het daderschapscriterium van beschikken en aanvaarden en binnen de vaststelling van het (voorwaardelijk) opzet; ook hierin illustreert het positieve recht de gevolgen van de meer abstracte, fundamentele breuk die het toerekeningsconcept teweegbracht.

Binnen de verwijtbaarheid kan worden aangetekend dat de klassieke schulduitsluitingsgronden deels zijn uitgesloten voor rechtspersonen, nu er geen acuut of duurzaam manco kan bestaan in de uitoefening van de vrije wil. De meer naar rechtvaardigingsgrond neigende schulduitsluitingsgronden (zoals de dwaling omtrent het recht of de dwaling in de vorm van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel) laten zich wel bedenken in de sfeer van rechtspersonen. Dat neemt niet weg dat de aansprakelijkheidsconstructie van rechtspersonen binnen het strafrecht wel erg ruim kan uitpakken. Dit realiseerde de Hoge Raad zich mogelijk ook toen hij de avas-variant van de maximaal te vergen zorg (in bedrijfsmatige context) accepteerde.⁴⁰ Dit was een van de voorzieningen geweest waarin de wet-

35 Legros 1985, p. 137 e.v.

36 Wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, *BS* 22 juni 1999.

37 Duitsland kent wel een beperkte regeling hiertoe in het bijzonder strafrecht (§ 30 Ordnungswidrigkeitengesetz); zie hierover uitgebreid M.P. Waßmer, in: E. Hilgendorf, H. Kudlich & B. Valerius (red.), *Handbuch des Strafrechts: Band 3: Strafrecht Allgemeiner Teil II*, Heidelberg: C.F. Müller 2021, par. 49D, p. 55-125.

38 Zie voor een rechtsvergelijkende analyse waarbij onder meer Nederland, België en Duitsland betrokken worden: Geeroms 1997, p. 421-454.

39 Schaap 2022, p. 94.

40 HR 2 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7899, NJ 1993, 476 (Aflatoxinepinda's).

gever met gemak had kunnen voorzien in de wettelijke regeling; Van Rijn van Alkemade deed deze aanbeveling al in 1941.⁴¹

Op een aantal plaatsen in de parlementaire documenten wordt een tweede argument genoemd voor invoering van een algemene regeling van daderschap van de rechtspersoon in het wetboek. Er wordt gewezen op het voordeel van de uniformiteit van een algemene regeling in het wetboek boven verscheidene regelingen in bijzondere wetten.⁴² In dit argument schuilt enige ironie. Weliswaar valt dit argument terug te voeren op het codificatie-ideaal (waarin een algemene regeling de voorkeur verdient boven verschillende bijzondere regelingen), maar dan dient deze nieuwe regeling wel gemodelleerd te worden naar de algemene uitgangspunten van de codificatie waarin deze geplaatst wordt – terwijl de wetgever dit juist bewust naliet. Bovendien had het euvel van uiteenlopende regelingen in verschillende wetten anders kunnen worden opgelost dan met een algemene regeling in het wetboek. De verschillende regelingen hadden bijvoorbeeld kunnen worden aangepast op de regeling in de WED, of de wetten waarin die regelingen stonden hadden kunnen worden ondergebracht in de raamwet-constructie van de WED, waardoor de afzonderlijke regelingen konden vervallen.

5.2.1.3 *Tussenconclusie: daderschap rechtspersonen in wetgeving*

Op basis van het voorgaande kan een aantal kanttekeningen geplaatst worden bij de legislatieve geschiedenis van het daderschap van de rechtspersoon in het strafrecht. In de eerste plaats valt op dat deze geschiedenis aan elkaar hangt van een aantal losstaande, maar opeenvolgende wettelijke aanvullingen of wijzigingen. De regeling in het Economisch Sanctiebesluit (1943) kwam tot stand in een roerige periode, waardoor er weinig ruimte was voor bezinning over de inbedding in bestaande materieelrechtelijke uitgangspunten. Het civielrechtelijke toerekeningsconcept werd hierbij ingevoerd in het materiële strafrecht, zonder dat het gemodelleerd werd naar het fundamentele strafrechtelijke schuldbeginnsel. Het bereik van de regeling was echter nog beperkt tot het Economisch Sanctiebesluit. De regeling diende evenwel als blauwdruk voor de regeling in de WED (1951). Hierbij heeft de wetgever vooral oog gehad voor de sanctiemogelijkheden jegens de rechtspersoon, en ging men er blijkbaar (ten onrechte) van uit dat de regeling in het Economisch Sanctiebesluit reeds systematisch doordacht was.⁴³ De regeling in de WED was op zijn beurt een belangrijke inspiratie voor de regeling in het wetboek (1976). Bij deze wijziging wordt gewezen op het feit dat de vergelijkbare regeling in de WED in de rechtspraak niet

41 Van Rijn van Alkemade 1941, p. 226-227

42 Dat gebeurt al in de considerans: *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 2, p. 1; zie ook *Kamerstukken II 1975/76*, 13655, 3, p. 14.

43 Zie hierover uitgebreid par. 4.5.1.4.1.

tot grote problemen heeft geleid, zonder daar verdere ‘rechtstheoretische beschouwingen’ aan te wijden. Ook hier domineert de pragmatiek en de wens tot ‘doeltreffende bestraffing’ van rechtspersonen. Het feit dat de wetgever van 1975 het onderscheid tussen daderschap en schuld (onder verwijzing naar artikel 15 lid 2 WED) niet scherp voor ogen heeft is veelzeggend in dit verband. De pragmatische inslag van de wetgever – eufemistisch uitgedrukt als het ‘overlaten aan de rechtspraak’ of het ‘vrij laten van de rechter in zijn oordeelsvorming’ – is hierbij niet uniek. Integendeel; het lijkt bij netelige strafrechtelijke kwesties welhaast een gewoonte te zijn. Het Wetboek van Strafrecht ademt deze ‘pragmatiek’, en ook in de huidige wetgevingsoperatie naar een nieuwe Wetboek van Strafvordering bedient de wetgever zich van dit gemak, hetgeen tot kritiek van de Raad van State heeft geleid:

“Daarbij mag van de wetgever worden verwacht dat hij sturing geeft aan de rechtspraak en dat hij de wijze waarop de strafvorderlijke regels in de praktijk worden toegepast nader normeert door in de toelichting een visie daarop te formuleren.”⁴⁴

Deze kritiek is *a fortiori* van toepassing op de wijze waarop het daderschap van de rechtspersoon in het Wetboek van Strafrecht is geregeld.

De legislatieve geschiedenis van het daderschap van de rechtspersoon vertoont derhalve kenmerken van een cadavre exquis; de wettelijke figuren volgen elkaar op, zijn op elkaar geïnspireerd, maar zijn niet gemodelleerd naar de wettelijke omgeving waarin zij dienden te gaan functioneren.

5.2.1.4 Bredere invloed van invoering van het daderschap van de rechtspersoon in het wetboek

In het voorgaande werd duidelijk dat de overplaatsing van de ‘bijzondere’ daderschapsfiguur van de rechtspersoon naar het commune strafrecht een systeembreuk in het wetboek betekende. De idee van individuele schuldvaststelling gold immers niet langer in het algemeen; er was een (civiel-rechtelijk) toerekeningsconcept geïntroduceerd in het commune strafrecht. De invloed van de figuur van daderschap van de rechtspersoon blijft echter niet beperkt tot zaken waarin de rechtspersoon centraal staat. De invoering van het daderschap van de rechtspersoon staat mede aan de voet van een bredere ontwikkeling die vanuit het bijzonder strafrecht is overgewaaid naar het commune strafrecht; een meer functionele benadering van de rechtssubjecten. Op deze functionalisering van de rechtssubjecten, het breder trekken van de kring van aansprakelijken dan enkel de direct fysiek betrokkenen, kom ik bij de bespreking van functioneel daderschap nog terug.

44 Advies van 6 april 2022, *Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering*, Den Haag 2022, p. 7.

Het ouderschap van de rechtspersoon heeft daarnaast in het commune strafrecht een holistisch aansprakelijkheidsconcept geïntroduceerd, dat hierna ook opduikt binnen andere leerstukken. Dit concept kan zich manifesteren *binnen* leerstukken en *tussen* leerstukken *onderling*. Op dit laatste kom ik verderop eveneens nog terug, omdat dit niet alleen betrekking heeft op het hier aan de orde gestelde ouderschap van de rechtspersoon.

Bij een holistische invulling *binnen* een leerstuk ontbreekt het aan een (duidelijke) materieelrechtelijke norm, maar wordt een toerekeningsconcept gekozen waarvan de invulling variabel is; niet-limitatieve criteria kunnen (in wisselende samenstelling) leiden tot de vaststelling van aansprakelijkheid. Redelijke toerekening is hiervan bij uitstek een voorbeeld.⁴⁵ Hierboven werd al opgemerkt dat in het Drijfmestarrest de term ‘redelijke toerekening’ in het kader van ouderschap van de rechtspersoon voor het eerst expliciet gebruikt wordt. Het concept ontwikkelde zich echter al langer, zoals al blijkt uit de verwijzing van de Hoge Raad naar eerdere jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis.⁴⁶ Kort na invoering van het ouderschap van de rechtspersoon in het wetboek (1976) introduceerde de Hoge Raad de leer van de redelijke toerekening in een geheel ander materieelrechtelijk leerstuk: de causaliteit (1978).⁴⁷ De Hoge Raad overwoog in het Letale longembolie-arrest, een verkeersrechtelijke casus, dat

“het optreden van letale longembolie na als gevolg van een botsing bekomen letsels als voormeld *niet van zodanige aard is dat het overlijden van het slachtoffer redelijkerwijze niet meer als gevolg van de botsing aan de dader zou kunnen worden toegerekend;*”⁴⁸ (mijn cursivering, JC)

Deze niet-onredelijke toerekening, die niet veel later werd omgedoopt tot leer van de redelijke toerekening, is sindsdien de heersende theorie om een strafrechtelijk causaal verband vast te stellen. Tot dit arrest werd de causaliteit vastgesteld volgens de voorzienbaarheidstheorie.⁴⁹ Deze laatstgenoemde theorie was veel bekritiseerd omdat het *de facto* weinig sturing gaf aan de vaststelling van causaliteit; ook een onvoorzienbare reeks van

45 Het is niet het enige voorbeeld. Verderop in dit hoofdstuk kom ik nog terug op de in het bijzonder strafrecht ontwikkelde meer holistische benadering van het materiële strafrecht.

46 “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. Ook in de rechtspraak is *die* toerekening erkend als grondslag voor het ouderschap van de rechtspersoon (vgl. onder meer HR 23 februari 1993, NJ 1993, 605 en HR 13 november 2001, NJ 2002, 219).” (mijn cursivering, JC), HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006, 328 (Drijfmest), r.o. 3.3.

47 Ik ga op de inhoud van dit leerstuk slechts kort – namelijk: voorzover relevant binnen de onderzoeksafbakening – in, omdat het als zodanig buiten de afbakening valt. Het komt hier slechts voorbij omdat het een voorbeeld vormt van eenzelfde holistische aansprakelijkheidsbenadering als bij het ouderschap van de rechtspersoon.

48 HR 12 september 1978, NJ 1979, 60.

49 De Hullu 2021, p. 174-175 (die deze theorie overigens de adequatietheorie noemt).

gebeurtenissen werd binnen de voorzienbaarheidstheorie gebracht indien het gevolg in zijn algemeenheid voorzienbaar was bij het verrichten van de gedragingen.⁵⁰ Het bood echter *de iure* tenminste nog een materieelrechtelijke norm, waarmee in potentie sturing kan worden gegeven aan een leerstuk. Met de introductie van de leer van de redelijke toerekening werd die potentie geheel losgelaten, en werd gekozen voor een open, holistische invulling. Deze invulling komt niet alleen overeen met de wijze waarop daderschap van de rechtspersoon wordt vastgesteld voor wat betreft de heersende leer (redelijke toerekening), maar ook betreffende de invulling ervan: een samenstel van vooraf niet limitatief opgesomde omstandigheden kan bepalen of toerekening in een concreet geval redelijk is. Niet de redelijkheid van de uitkomst staat hierbij ter discussie, maar de voorspelbaarheid ervan.

Opmerking verdient overigens nog dat bij de introductie van de leer van de redelijke toerekening binnen de causaliteit een belangrijke rol is weggelegd voor het verkeersrecht; eerst werd deze leer toegepast om de *civielrechtelijke* causaliteit van schade na verkeersongevallen vast te stellen (vanaf 1970),⁵¹ waarna het in 1978 dus voor het eerst werd gebruikt om de *strafrechtelijke* causaliteit van schade na verkeersongevallen vast te stellen. Toepassing van de leer van de redelijke toerekening bleef echter, zoals bekend, niet beperkt tot verkeersrechtelijke casuïstiek, maar werd in het gehele strafrecht de heersende leer.

De maatstaf van de redelijke toerekening wint ook terrein buiten de leerstukken van causaliteit en daderschap van de rechtspersoon, zij het (nog) niet zo expliciet zichtbaar. Onder de oppervlakte lijkt deze maatstaf steeds dominanter te worden bij het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, ook buiten de hierboven besproken leerstukken.⁵² De Jong spreekt in dit verband van een ‘vervlakking’ van het algemeen deel.⁵³ Hierbij valt te wijzen op de deelnemingsconstructies en het voorwaardelijk opzet.⁵⁴

Deze benadering is problematisch vanuit het perspectief van legaliteit, en in het verlengde daarvan vanuit het perspectief van het codificatiebeginsel en de daarmee verbonden functie van het algemeen deel van het wetboek. Niet alleen de delictomschrijvingen in het bijzonder deel van het wetboek dienen duidelijkheid te verschaffen over de grens tussen strafbaar en niet-strafbaar gedrag; ook de grenzen van de strafrechtelijke aanspra-

50 Hiervan vormt het Etalageruit-arrest een sprekend voorbeeld: HR 13 januari 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB4614, NJ 1970, 144.

51 Op deze zaken wijst annotator Van Veen in zijn noot bij het Letale longembolie-arrest: HR 12 september 1978, NJ 1979, 60, m.nt. Van Veen.

52 De Hullu 2021, p. 22-24.

53 De Jong 2012, p. 16-19 en p. 21-23.

54 Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:232, r.o. 8.5. Hier wordt (een deel van) het voorwaardelijk opzet beredeneerd aan de hand van de redelijke toerekening. Knigge pleit voor deze maatstaf in het kader van het (uiteenlopend) opzet bij medeplegers, zie Knigge 2003, p. 309-321.

kelijkheid die (impliciet of expliciet) in het algemeen deel van het wetboek zijn geregeld dienen die voorspelbaarheid te bieden. Door ‘redelijke toerekening’ als maatstaf te kiezen verliest het materiële strafrecht terrein bij het vaststellen van de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid (dedogmatisering), en komt de klemtoon meer te liggen op de bewijsvoering van dit begrip en de wijze waarop de rechter de invulling van dit begrip motiveert in zijn vonnis.

5.2.2 Schuldvorm roekeloosheid

5.2.2.1 Analyse en waardering

Een directe vorm van doorwerking in het commune strafrecht van een figuur die ontwikkeld is tegen de achtergrond van een bijzondere wet is de schuldvorm roekeloosheid. Deze figuur is op hetzelfde moment ingevoerd in artikel 175 WvW en artikel 307 en 308 Sr.⁵⁵ Hierom kan de vraag gesteld worden of het wel een vorm van doorwerking is. Bestudering van de parlementaire behandeling van de invoering van roekeloosheid (paragraaf 4.3.5.5) laat echter geen misverstand bestaan over de verkeersrechtelijke context waarbinnen deze invoering begrepen dient te worden. Het feit dat deze schuldvorm ook bij artikel 307 en 308 Sr is ingevoerd diende de ‘consistentie’ tussen die delicten en artikel 6 WvW te bevorderen.⁵⁶ Dit terwijl artikel 6 WvW als logische specialis dient te worden beschouwd van artikel 307 en 308 Sr.⁵⁷ Met andere woorden: de wetgever had niet hoeven vrezen voor het uitblijven van toepassing van de roekeloosheid via de artikelen 307 en 308 Sr – hij beoogde immers de mogelijkheid tot zwaardere bestrafing te creëren bij ‘ernstige verkeersongevallen’. Niettemin werd de nieuwe schuldvorm ook in die bepalingen ingevoerd.

Zoals in paragraaf 4.3.5.5 reeds werd beschreven werd het bestanddeel roekeloosheid (om verklaarbare redenen) restrictief uitgelegd door de Hoge Raad. Dit gold ook voor de toepassing van roekeloosheid binnen artikel 307 en 308 Sr.⁵⁸ Deze restrictieve toepassing vormde voor de wetgever aanleiding om met de invoering van artikel 5a WvW (onder meer) een ruimere toepassing van de roekeloosheid mogelijk te maken. In paragraaf 4.3.5.7 werd al besproken dat de invulling die roekeloosheid heeft gekregen via artikel 5a WvW de in de rechtspraak ontwikkelde (restrictieve) invulling van roekeloosheid vrijwel geheel buitenspel plaatst, waardoor de meerwaarde van de ‘tussenstap’ die roekeloosheid nu feitelijk vormt in de

55 Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 11.

56 *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, 3 (MvT), p. 13-14.

57 Machielse in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht*, art. 308 Sr, aant. 3.

58 HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3057, *NJ* 2015, 15, m.nt. Keijzer; HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2482, *NJ* 2015, 404, m.nt. Keijzer; HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:829, *NJ* 2019, 359, m.nt. Vellinga.

WVW betwist kan worden. Bovendien zorgt artikel 5a WVW ervoor dat de – door de wetgever nog stellig gewenste – consistentie tussen artikel 6 WVW en artikel 307 en 308 Sr verdwenen is. Vanwege de logische specialis verhouding tussen die bepalingen zal er immers geen verkeersongeval via de commune culpoze bepalingen worden bestraft, waardoor de aanvankelijk gewenste consistentie plaats heeft gemaakt voor divergentie. Het is onduidelijk of de roekeloosheid in artikel 307 en 308 thans een volledig autonome betekenis heeft, maar aangenomen mag worden dat de (restrictieve) invulling die de Hoge Raad aan de roekeloosheid gaf hier nog leidend is. (Voor de volledigheid: die is in artikel 175 WVW op zichzelf ook nog van toepassing, maar naar verwachting zal die daar vrijwel geheel overschaduwed worden door de invulling via artikel 5a WVW.) De enige zaak waarin de Hoge Raad 's Hofs oordeel dat sprake was van 'commune' roekeloosheid in stand liet is de zaak naar aanleiding van het ongeval op de Vinkeveense plassen.⁵⁹ Het betrof een aanvaring tussen een speedboot en een sloep, waarbij twee opvarenden van de sloep om het leven kwamen. De bestuurder van de speedboot werd primair doodslag tenlastegelegd en subsidiair dood door schuld met roekeloosheid. Het Hof had vrijgesproken van de doodslag, omdat niet vastgesteld kon worden dat de verdachte zich bewust was van de aanmerkelijke kans op een dodelijk ongeval (en die kans dus ook niet kon hebben aanvaard).⁶⁰ Het Hof kwam wel tot een bewezenverklaring van roekeloosheid, en motiveerde dit door te wijzen op een uitgebreid samenstel van gedragingen, waarmee het uitdrukking gaf aan de ernst van de schuld. Deze gedragingen bestonden onder meer in het varen met 39 kilometer per uur (waar 6 kilometer per uur was toegestaan), zonder verlichting varen terwijl het donker was, en varen onder invloed van driemaal de toegestane hoeveelheid alcohol.⁶¹ Met deze uitgebreide motivering deed het Hof 'recht aan het bijzonder karakter van roekeloosheid', waardoor dit oordeel in cassatie standhield. Dit arrest is vooralsnog de enige houvast die gevonden kan worden in de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent roekeloosheid in het commune strafrecht. Het betreft echter een tamelijk unieke zaak, waarin de verdachte met zijn gedragingen een groot aantal (zorgvuldigheids)normen heeft geschonden, waardoor de motivering van roekeloosheid zich liet vormgeven door op al deze normschendingen te wijzen. Het is daarom sterk de vraag of een dergelijke motivering in andere (eveneens ernstige ogende) casuïstiek kán worden geboden, zoals bij de merkwaardige schietincidenten waarin een bewezenverklaring van roekeloosheid in een commune zaak geen standhield.⁶² In deze casuïstiek kan immers niet gemotiveerd worden met verwijzing naar een groot aantal normschendingen, waardoor het 'samenstel van gedragingen' lastiger het oordeel van roekeloosheid kan dragen. Anders gezegd: roekeloosheid zal

59 HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:829, NJ 2019, 359, m.nt. Vellinga.

60 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10871.

61 HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:829, NJ 2019, 359, r.o. 2.2.3.

62 HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3057 en HR 8 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2482.

in commune casuïstiek met name een rol kunnen spelen indien de feitelijke context sterk door normen beheerst wordt (zoals het verkeer niet zijnde wegverkeer, of een context waarin veel veiligheidsnormen en protocollen gelden zoals riskante sport- of amusementsaangelegenheden). Roekeloosheid is geen generieke 'reserve-optie' voor voorwaardelijk opzet.

Daarnaast moet bedacht worden dat deze zaak onmiskenbaar een verkeersrechtelijk karakter heeft, alleen betreft het het waterverkeer en niet het wegverkeer. Voorts valt op dat het alcoholgebruik in deze zaak wél ondersteunend werkte voor de bewezenverklaring van roekeloosheid; in het commune strafrecht is dat namelijk geen zelfstandige strafverzwarende omstandigheid (zoals in de Wegenverkeerswet), waardoor het wetssystematische bezwaar van de Hoge Raad op dit punt is weggenomen. Dit zou het bewijs van roekeloosheid kunnen vereenvoudigen voor commune zaken in vergelijking met de verkeersrechtelijke zaken, ware het niet dat de Wegenverkeerswet intussen met artikel 5a een eenvoudiger route naar roekeloosheid kent.

De ontwikkeling van de schuldvorm roekeloosheid past naadloos binnen de ontwikkelingen in het verkeersstrafrecht sinds de jaren negentig van de vorige eeuw. Die ontwikkeling kan kort omschreven worden als een zoektocht (van de wetgever) naar mogelijkheden om de veroorzakers van (ernstige) verkeersongevallen zwaarder te kunnen bestraffen, waarbij het oprekken en aanpassen van materieelrechtelijke grenzen en leerstukken niet geschuwd wordt. De stand van zaken tot aan de jaren negentig was immers dat het commune strafrecht enkel ingezet werd bij 'verkeerszaken' indien de gedragingen van de verdachte min of meer rechtstreeks gericht waren op iets *anders* dan verkeersdeelname. Te denken valt aan situaties waarbij een voertuig is ingezet als wapen, door (opzettelijk) in te rijden op een persoon. Er ontstond echter een sterke behoefte om veroorzakers van ernstige verkeersongevallen – ook buiten de zojuist genoemde gevallen – zwaarder te kunnen bestraffen (paragraaf 4.3.5.3 en 4.3.5.4), en hiertoe werden allereerst de commune mogelijkheden verkend (in het bijzonder (poging tot) artikel 287 en 302 Sr). Er kunnen op dit punt twee situaties worden onderscheiden: een ongeval tussen *gelijkwaardige* verkeersdeelnemers en een ongeval tussen *ongelijkwaardige* deelnemers. Ingeval van ongelijkwaardige verkeersdeelnemers kan de veroorzaker (de 'sterke' verkeersdeelnemer) soms veroordeeld worden voor een commun delict, zoals bij het Enkhuizer doodslag-arrest.⁶³ Bij een bewezenverklaring zal bijzondere aandacht moeten uitgaan naar de onderbouwing van het voorwaardelijk opzet, waaruit blijkt dat de verdachte zich bewust was van de aanmerkelijke kans (op de dood), en hij die kans minstens op de koop toenam. Hiervoor zullen verklaringen (van de verdachte of eventuele getuigen) niet zelden essentieel zijn. Ook in het geval van een verkeersongeluk tussen gelijkwaardige deelnemers

63 HR 23 januari 2001, NJ 2001, 327.

zijn de mogelijkheden voor een veroordeling voor een gemeen delict nadrukkelijk verkend sinds de jaren negentig. Hierbij zijn de grenzen van het voorwaardelijk opzet opgezocht, zoals in het Porsche-arrest.⁶⁴ Toen die grens bereikt was (omdat veroordeling voor het doleuze artikel 287 Sr niet haalbaar bleek in deze zaak) werd de zoektocht naar mogelijkheden tot zwaardere straffen voor veroorzakers van ernstige verkeersongevallen voortgezet met de introductie van de roekeloosheid.⁶⁵ Die schuldvorm had, zoals bekend, ook gevolgen voor de commune artikel 307 en 308 Sr, zonder dat helder werd waarom aanpassing van die bepalingen noodzakelijk was in het licht van de wens tot zwaardere bestraffing bij ernstige verkeersongevallen. De roekeloosheid in die bepalingen werd vervolgens nader gecompileerd door de introductie van artikel 5a WVV, waardoor het commune strafrecht nu opgescheept zit met een blindganger van de roekeloosheid in de Wegenverkeerswet.

Uit deze analyse volgt de bevinding dat de werkwijze van de wetgever bij de invoering van roekeloosheid frictie oplevert met het schuldbeginnsel als fundament van het strafrecht. Het is daarom niet verwonderlijk dat in de strafrechtspraak moeite bleek te bestaan met de toepassing van deze schuldvorm. Zo kan de grote terughoudendheid van de Hoge Raad in de toepassing van deze schuldvorm mede verklaard worden vanuit een zeker ongemak met de verhouding tussen roekeloosheid en de 'gewone' culpa. De wetgever legde de klemtoon op de mogelijkheid tot zwaardere bestraffing, terwijl de Hoge Raad zich geconfronteerd zag met de vraag hoe het strafverhogende effect van deze schuldvorm kon worden ingepast in een strafrechtelijk systeem waarin het schuldbeginnsel reeds zorgvuldig uitgewerkt was in de schuldvormen opzet en culpa. Deze terughoudendheid resulteerde in onvrede bij de wetgever, omdat de gewenste hogere straffen in veel gevallen uitbleven. Die onvrede valt uiteindelijk echter vooral terug te voeren tot een gebrekkige doordenking van de precieze plaats van de roekeloosheid ten opzichte van bestaande schuldvormen, en een overmatige focus op de gewenste strafverzwarende mogelijkheid ervan. De divergentie die intussen is opgetreden tussen de roekeloosheid in de Wegenverkeerswet en de commune roekeloosheid kan een herhaling van zetten opleveren, zodra blijkt dat de verkeersrechtelijke roekeloosheid via artikel 5a WVV frequent wordt toegepast terwijl de commune roekeloosheid nog steeds slechts in zeer uitzonderlijke gevallen wordt toegepast.

64 HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199.

65 De uitkomst van het Porsche-arrest werd expliciet gebruikt in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel waarmee roekeloosheid werd geïntroduceerd, zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, 3 (MvT), p. 10.

5.2.3 Vormgeving strafbaarstellingen

5.2.3.1 Analyse en waardering

In het vorige hoofdstuk kwam naar voren dat de vormgeving van de strafbaarstellingen in de bijzondere wetten regelmatig sterk afwijkt van de vormgeving in het commune strafrecht. Hierdoor ontstaat met betrekking tot de normen in het bijzonder strafrecht vaak enige spanning met het legaliteitsbeginsel.

In hoofdstuk 4 is besproken dat in bijzondere wetten in toenemende mate gebruik gemaakt wordt van strafbaarstellingen die de materiële norm minder scherp aanduiden, of de invulling van die materiële norm overlaten aan lagere wet- of regelgeving. In het eerste geval kan wel gesproken worden van semantische onduidelijkheid, en in het laatste geval van systematische onduidelijkheid. In beide gevallen verschuift het belang van het legaliteitsbeginsel naar de achtergrond, en het belang van de rechtshandhaving naar de voorgrond. In veel gevallen zal er sprake zijn van een zekere onmacht van de wetgever om de strafbaarstellingen scherper te omschrijven, bijvoorbeeld omdat het wenselijk wordt geacht om de normen wisselend te kunnen invullen. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan fiscaal strafrechtelijke normen, waarvan de invulling zal kunnen afhangen van het fiscaal beleid (dat frequent zal wijzigen). Toch kiest de wetgever in gevallen waarin hij onmachtig is de norm scherp aan te duiden voor een strafbaarstelling; doorgaans om daarmee het strafvorderlijk instrumentarium of het strafrechtelijk sanctiearsenaal beschikbaar te maken. In bijvoorbeeld het fiscale strafrecht en, in het bijzonder, in de WED wordt op deze wijze het strafrecht als 'sluitstuk' ingezet. Hiermee is het materiële strafrecht een middel geworden om de strafvordering en sanctionering te faciliteren. In veel strafbaarstellingen in het bijzonder strafrecht is de daadwerkelijke materiële norm niet opgenomen; de materiële wederrechtelijkheid blijkt hier niet uit de strafbaarstelling. De materiële norm wordt vaak (via delegatie) op lager niveau bepaald in regelgeving, of de norm wordt zo bepaald dat de werkelijke invulling wordt overgelaten aan een bestuursorgaan (administratieve afhankelijkheid). Ook komen in het bijzonder strafrecht zorgplichtbepalingen voor. In deze gebodsbepalingen worden de rechtssubjecten opgedragen een bepaalde mate van zorg te betrachten met betrekking tot een bepaald rechtsgoed. In het vorige hoofdstuk werd bij wijze van voorbeeld artikel 13 van de Wet bodembescherming besproken (paragraaf 4.5.2.3). Deze normen kunnen vanuit legaliteitsperspectief sterk problematisch zijn omdat niet altijd op voorhand duidelijk is welke mate van zorg voldoende is; hierdoor wordt het haast onmogelijk voor rechtssubjecten om hun gedrag af te stemmen op de norm. Naast deze expliciete zorgplichtbepalingen bestaan in het bijzonder strafrecht ook impliciete zorgplichtbepalingen. Via de constructie van het voorwaardelijk opzet worden bijvoorbeeld verbodsbepalingen in de Opiumwet in wezen getransformeerd naar gebodsbepalingen waarin het niet betrachten van een bepaalde mate van zorg feitelijk reeds strafbaar is.

Met deze werkwijze worden de grenzen van het legaliteitsbeginsel opgezocht, maar volgens bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad niet overschreden.⁶⁶ Vanuit Straatsburg lijkt een strengere lijn te zijn ingezet omtrent

66 Zie hierover par. 3.4.2.2.1 en bijvoorbeeld HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14 (*Krulsla*).

het gebruik van gelede normstellingen,⁶⁷ waardoor het niet ondenkbaar is dat de Nederlandse bijzondere strafwetgeving op dit punt in de nabije toekomst enige aanpassing behoeft. Binnen dit alles blijft echter verschil bestaan tussen toelaatbare (semantische of systematische) vaagheid in bijzondere wetten en de toelaatbare vaagheid in het commune strafrecht, zoals naar voren kwam in paragraaf 3.4.2.2.2. Tegen deze achtergrond is het opvallend dat deze vormgeving van de normen uit de bijzondere wetten ook voet aan de wal lijkt te krijgen in het commune strafrecht.

Dit wordt onder meer zichtbaar in een aantal strafbaarstellingen binnen het terrorismedomein. Zo luidt het voorgestelde artikel 134b Sr, voorzover hier van belang en zoals de bepaling is voorgesteld aan de Eerste Kamer:

“1. Met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft de Nederlander die, anders dan in opdracht van de staat of een volkenrechtelijke organisatie of als afgevaardigde van het Internationaal Comité van het Rode Kruis of van het Rode Kruis, bedoeld in artikel 1, tweede lid, van het Besluit Rode Kruis 1988, zonder toestemming van Onze Minister van Justitie en Veiligheid, opzettelijk verblijft in een gebied dat bij algemene maatregel van bestuur is aangewezen als een onder controle van een terroristische organisatie staand gebied. Toestemming kan worden verleend aan een groep personen werkzaam voor een bepaalde organisatie.”⁶⁸

Uit deze strafbaarstelling op zichzelf valt voor de rechtssubjecten weinig te achterhalen met betrekking tot de precieze materiële norm. De norm houdt namelijk, kort gezegd, in: het zonder toestemming van de minister verblijven in een bepaald gebied. Daarin is geen enkele precisie aangebracht. Een intrinsiek onrecht valt in deze bepaling niet te bespeuren,⁶⁹ de wederrechtelijkheid ontstaat pas zodra de minister een gebied per AMvB aanwijst. De werkelijke norm wordt hier aldus per AMvB vormgegeven. De onmacht tot scherpere aanduiding van de norm blijkt voorts uit de laatste volzin, waarbij de reikwijdte van de strafbaarstelling wordt beperkt in geval er toestemming is gegeven; ook dit markeert het totale gebrek aan precisie in de gehele norm.⁷⁰ Niet alleen in de mate van onduidelijkheid van de materiële norm, maar ook in de ratio achter deze strafbaarstelling bestaat een gelijkenis met de strafbaarstellingen in bijzondere wetten: het wordt ingevoerd om de effectiviteit van de handhaving van (andere) terroristische misdrijven te verbeteren, en bewijsproblemen van andere misdrijven te

67 EHRM 29 mei 2020, Advies P16-2019-001 – Advies onder Protocol 16 over het gebruik van gelede normstellingen en art. 7 EVRM, *EHRC Updates* 2020/160, m.nt. Gerards & Nossen.

68 *Kamerstukken I* 2019/20, 35125, A, p. 2.

69 Van Kempen 2019, p. 783-800;

70 Dit dreigende legaliteitsprobleem werd eerder al gesignaleerd in een (WODC-)onderzoek dat voorafging aan de huidige voorgestelde strafbaarstelling: Van Kempen & Fedorova 2015, p. 14-50.

omzeilen.⁷¹ Deze twee overeenkomsten doen zich natuurlijk niet toevallig tegelijk voor, nu de openheid van de materiële norm juist faciliterend werkt voor de mogelijkheden tot strafvordering.

Ook in het reeds bestaande artikel 134a Sr maakt de delictsomschrijving maar amper duidelijk wat de materiële norm is, in het bijzonder bij het deel van de delictsomschrijving waarin het gaat om 'een ander kennis of vaardigheden bijbrengen' die uiteindelijk benut kunnen worden 'bij het plegen van een terroristisch misdrijf dan wel een misdrijf ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf'; ook wel het 'trainen voor terrorisme' genoemd. Hierbij hoeft niet bewezen te worden dat degene die de training geeft daadwerkelijk weet van de terroristische motieven van degene die de training volgt; voorwaardelijk opzet hierop volstaat.⁷² Dit voorwaardelijk opzet bestaat volgens de wetgever reeds indien er 'geen navraag wordt gedaan' bij degenen die de training volgen, waardoor niet voldaan is aan de 'onderzoeksplicht' ter zake.⁷³ Dit opzetvereiste ligt aanmerkelijk lager dan waartoe de wetgever verplicht was; artikel 7 van het Verdrag van de Raad van Europa ter voorkoming van terrorisme spreekt in dit verband namelijk van een oogmerkvereiste.⁷⁴ Een dergelijk opzetvereiste ligt in deze bepaling ook voor de hand, om enige begrenzing te geven aan de strafbaarstelling. Daar is niet voor gekozen, waardoor deze bepaling strafrechtelijke aansprakelijkheid in het leven kan roepen bij het niet-voldoen aan een onderzoeksplicht, terwijl de in de delictsomschrijving aangeduide gedragingen volstrekt neutraal (kunnen) zijn. Hiermee is een breed strafvorderlijk vangnet opgezet, dat ten koste gaat van de precisie van de materieelrechtelijke strafbaarstelling. Bij deze strafbaarstelling kan de vraag gesteld worden of hij voldoet aan wat de absolute kerneigenschap van het materiële strafrecht (vanuit legaliteitsperspectief) dient te zijn: onderscheid maken tussen strafbaar en straffeloos gedrag.

Ook in een tweetal commune milieubepalingen⁷⁵ (artikel 173a en 173b Sr) is in de vormgeving van de strafbaarstellingen gebruik gemaakt van een normstellingsconstructie die afkomstig is uit de bijzondere wetten. Hoewel

71 *Kamerstukken II* 2018/19, 35125, 3, p. 1-3.

72 Ten Voorde, in: *T&C Strafrecht*, art. 134a Sr, aant. 7.

73 *Handelingen II* 20 januari 2009, 43, p. 3795, via: Ten Voorde, in: *T&C Strafrecht*, art. 134a Sr, aant. 7.

74 Deze bepaling luidt, voor zover hier van belang: "Voor de toepassing van dit Verdrag wordt verstaan onder 'training voor terrorisme', het geven van instructie voor het vervaardigen of gebruiken van explosieven, vuurwapens of andere wapens of schadelijke of gevaarlijke stoffen, of voor andere specifieke methoden of technieken, met als doel het plegen van of bijdragen aan het plegen van een terroristisch misdrijf, *in de wetenschap dat beoogd wordt* de verstrekte vaardigheden daarvoor in te zetten." (mijn cursivering, JC).

75 Het verschil met de bijzondere milieubepalingen is gelegen in het beschermde rechtsbelang: in de art. 173a en 173b gaat het om de bescherming van de veiligheid c.q. gezondheid van personen, terwijl in de bijzondere milieubepalingen de bescherming van het milieu centraal staat.

op het eerste gezicht niet zichtbaar, schuilt achter het bestanddeel 'wederrechtelijk' in deze delictsomschrijvingen zowel een gelede normstelling als een vorm van administratieve afhankelijkheid. De wetgever stelde bij de invoering van deze bepalingen namelijk het volgende:

"Een afzonderlijke bespreking behoeft het bestanddeel «wederrechtelijk» in de voorgestelde delictsomschrijving. Het is hier niet de plaats uitvoerig op dit leerstuk in zijn algemeenheid in te gaan. In de voorgestelde bepalingen wordt beoogd hiermee het volgende aan te geven. Verschillende bijzondere milieuwetten kennen het vereiste van een vergunning voor het verrichten van daarbij omschreven handelingen die verband houden met het milieu. Handelt iemand in overeenstemming met zo een vergunning, dan is dit niet wederrechtelijk. Ook al zou hij voor het overige voldoen aan alle bestanddelen van de voorgestelde strafbepalingen, dan nog is zijn handelen niet strafbaar."⁷⁶

De artikelen 173a en 173b Sr bevatten aldus zowel een gelede normstelling (via de achterliggende norm in de bijzondere milieuwetten waarin het vergunningsvereiste is opgenomen) als een vorm van administratieve afhankelijkheid (het stellen van vergunningsvoorwaarden is overgelaten aan een bestuursorgaan).

Ook in de reden om deze strafbaarstellingen op deze wijze vorm te geven is een verband te leggen met het bijzonder strafrecht. Een blik op de memorie van toelichting bij de wijziging van deze bepalingen in hun huidige vorm leert namelijk dat de bepalingen zijn ingevoerd om – via de gestelde strafmaxima – verjaringsproblematiek te omzeilen,⁷⁷ toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen mogelijk te maken⁷⁸ en om de 'bewijsbaarheid' te vergemakkelijken.⁷⁹ Net als in de bijzondere wetten wordt het belang van de strafvordering gesteld boven het materieelrechtelijke belang. Niet de (strafwaardigheid van de) gedragsnorm is doorslaggevend voor de vormgeving van de strafbaarstellingen, maar de sanctienorm (en de daaraan verbonden strafvorderlijke mogelijkheden).

De vier hierboven besproken delictsomschrijvingen illustreren dat het commune strafrecht vatbaar is voor doorwerking van de in de bijzondere wetten gangbare vormgeving van strafbaarstellingen, zeker indien strafvorderlijke motieven een sterke rol spelen bij het opstellen of wijzigen van een strafbaarstelling. Dat laatste komt steeds nadrukkelijker naar voren als patroon in de hier aan dit in dit onderzoek aan de orde gestelde materie. Het is goed denkbaar dat zich een vergelijkbaar patroon voordoet indien de focus niet op het schuld- of legaliteitsbeginsel wordt gelegd, maar op bijvoorbeeld het beginsel van het daadstrafrecht. Een eerste indruk die ik

76 *Kamerstukken II* 1984/85, 19020, 3, p. 13.

77 *Kamerstukken II* 1984/85, 19020, 3, p. 9.

78 *Kamerstukken II* 1984/85, 19020, 3, p. 1.

79 *Kamerstukken II* 1984/85, 19020, 3, p. 13.

hierbij heb, is dat de focus in voorkomende gevallen minder komt te liggen op dit beginsel omwille van met name strafvorderlijke redenen.⁸⁰ Omdat dit beginsel buiten de afbakening van dit onderzoek ligt laat ik dit punt verder rusten.

De rol die zorgplichten spelen bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid kwam hierboven al even aan de orde, maar zal hieronder nog nadrukkelijker worden besproken met betrekking tot het (voorwaardelijk) opzet.

5.3 DOORWERKING VAN AFWIJKINGEN VIA JURISPRUDENTIE

Een tweede wijze waarop afwijkingen uit het bijzonder strafrecht kunnen doorwerken in het commune strafrecht is via de jurisprudentie. Hierbij zal een figuur of interpretatie eerst in de jurisprudentie van het bijzonder strafrecht moeten zijn ontstaan (hoofdstuk 4), om vervolgens ook ingang te vinden in het commune strafrecht. Wellicht ten overvloede wijs ik er hierbij op dat deze doorwerkingen naar hun aard problematisch zijn vanwege de codificatiesystematiek, waarbinnen de algemene regeling van het materiële strafrecht in het wetboek vooropgesteld wordt. Deze positie staat onder druk zodra het materiële strafrecht buiten het wetboek de ontwikkeling van het gehele materiële strafrecht mede gaat beïnvloeden. Een dergelijke ontwikkeling via wetgeving (paragraaf 5.2) heeft vaak tenminste als voordeel dat hij zichtbaar is, en weloverwogen kan worden ingebed in zijn 'nieuwe' (commune) omgeving – hoewel we hierboven zagen dat dit inbedden niet altijd zorgvuldig is gebeurd. Indien deze ontwikkeling zich via de jurisprudentie voltrekt, ontbreken die voordelen grotendeels – hoewel van de rechter wel mag worden verwacht dat hij niet zomaar een figuur of interpretatie uit het bijzonder strafrecht overneemt in het commune strafrecht.

Hieronder wordt van de in het vorige hoofdstuk beschreven afwijkingen in het bijzonder strafrecht besproken of en op welke wijze zij terugkeren in het commune strafrecht, waarbij die doorwerking telkens gewaardeerd kan worden in het licht van het schuld- en legaliteitsbeginsel. Hierbij neem ik soms ontwikkelingen samen die in het vorige hoofdstuk afzonderlijk werden besproken, zoals mutaties in de schuldvormen. Hierbij werk ik met observaties, en niet met causale relaties, omdat de nodale structuur van die ontwikkelingen niet altijd te ontrafelen is.

80 Dit gold reeds voor de strafbare voorbereidingshandelingen die als uitzondering in de Opiumwet werden geregeld en later werden veralgemeniseerd in het Wetboek van Strafrecht, alsmede voor de bijzondere voorbereidingsdelicten binnen bijvoorbeeld het terrorismedomein of de zedendelicten, met artikel 240c Sr als meest recente toevoeging.

5.3.1 Functioneel ouderschap

5.3.1.1 *Nadere analyse van de totstandkoming*

In het vorige hoofdstuk is stilgestaan bij de ontwikkeling van het functioneel ouderschap in de context van de jurisprudentie inzake de WED.⁸¹ Deze figuur is tot ontwikkeling gekomen in de context van de revolutie in het economisch strafrecht die zich halverwege de twintigste eeuw afspeelde; in de jaren '40 werd een dogmatische grens doorbroken met de invoering van het ouderschap van de rechtspersoon, direct na de oorlog werd begonnen met de vorming van de WED en er werd belangrijke jurisprudentie gewezen over de toepasselijkheid van het uitgangspunt van kleurloos opzet in het economisch strafrecht. Bovendien werd in 1951 het voorwaardelijk opzet als opzetgradatie geaccepteerd door de Hoge Raad.⁸² Binnen deze ontwikkeling past ook de ontwikkeling van het functioneel ouderschap. De feiten in het IJzerdraad-arrest⁸³ zijn in 1952 gepleegd, nog geen jaar na de inwerkingtreding van de WED.⁸⁴ Hieruit valt mogelijk te verklaren waarom de rechtbank en het hof artikel 15 WED – waarin de regeling van het ouderschap van de rechtspersoon stond – (ten onrechte) analoog hadden toegepast op de eigenaar van een eenmanszaak die de verdachte was in het IJzerdraad-arrest.⁸⁵ Relevant is dat aan de verdachte het *plegen* van de feiten is tenlastegelegd, niet het medeplegen of doen plegen, terwijl de feitelijke gedragingen werden verricht door de persoon die als export-manager in dienst was in de eenmanszaak van de verdachte. In de tenlastelegging wordt echter gesteld dat de verdachte heeft 'ingevuld', heeft 'doen toekomen' en heeft 'uitgevoerd' "middels J. D. M., Export-manager tevens chef-inkoper". Hieraan ligt dus de gedachte ten grondslag dat een natuurlijk persoon ook strafbare feiten kan plegen middels een ander; een vorm van doen plegen, zonder dat straffeloosheid van de onmiddellijk pleger vereist is. Deze functionele benadering van ouderschap was in de decennia voorafgaand aan het arrest reeds tot ontwikkeling gekomen,⁸⁶ maar was beperkt tot toepassing op delictsniveau (niet op het niveau van algemene leerstukken). Het leek hierbij in de eerste plaats te gaan om delicten waarin de strafbaarstelling bestond uit een verboden toestand,⁸⁷ waarbij degene in

81 Par. 4.5.1.4.2.

82 HR 6 februari 1951, ECLI:NL:HR:1951:2, NJ 1951, 475 (Inrijden op agent).

83 HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3, NJ 1954, 378 (IJzerdraad).

84 Wet van 22 juni 1950, *Stb.* 1950, K258 (i.w.tr. op 1 mei 1951).

85 Overigens werd in de literatuur ook gepleit voor deze analoge toepassing (vanwege de uniformiteit), zie de noot van Mulder bij dit arrest, *SEW* 1954-3, p. 85-92, waarin hij onder meer het volgende overweegt: "Rechtspersonen en natuurlijke personen zullen, indien zij eigenaars van ondernemingen zijn, dikwijls elkanders concurrenten op de markt zijn. Een gelijkstelling in strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het handelen door middel van derden mag daarom eis van goed recht zijn." (p. 91).

86 Zie hierover uitgebreid: Torringa 1984, p. 14-43.

87 Torringa 1984, p. 32.

wiens macht het lag om een einde te maken aan een verboden toestand als dader kan worden aangemerkt. De in het IJzerdraadarrest geformuleerde criteria van beschikken en aanvaarden lijken ook rechtstreeks afkomstig uit jurisprudentie over het in stand laten van een verboden toestand.⁸⁸ In de tweede plaats was deze functionele benadering ontwikkeld op delictsniveau door een functionele interpretatie van strafbaar gestelde gedragingen in economische sfeer, zoals het verrichten van activiteiten zonder een daartoe vereiste vergunning te hebben.⁸⁹

Röling wijst in zijn noot bij het IJzerdraadarrest ook op de ontwikkeling van een 'sociaal-economisch gedragingsbegrip'.

"Het is een heroriëntatie van het begrip 'plegen' op grond van een nieuwe sociale werkelijkheid. Het 'bewerken', dat vroeger noodzakelijkerwijze leidde tot deelnemingsconstructie, wordt in het soc.-ec. recht de belangrijkste vorm van 'plegen'."⁹⁰

Het IJzerdraadarrest kan derhalve niet gezien worden als startpunt van een functionele benadering van daderschap. De Hoge Raad stelt immers, in aansluiting op de bestaande functionele benadering:

*"dat toch handelingen zoals dergelijk in strijd met de wet invullen van formulieren, doen toekomen van die formulieren aan den Dienst van In- en Uitvoer en uitvoeren van goederen, slechts dan waren aan te merken als gedragingen van verd., indien verd. erover vermocht te beschikken, of die handelingen al dan niet plaatsvonden, en deze behoorden tot de zodanige, welker plaatsvinden blijkens den loop van zaken door verd. werd aanvaard of placht te worden aanvaard;"*⁹¹

Zo kwam een vorm van daderschap tot ontwikkeling die specifiek was toegesneden op gedragingen in de economische sfeer, en daarmee was de toepassing meteen beperkt tot het economisch strafrecht. Het is dan ook niet toevallig dat, zoals zojuist gesteld, het IJzerdraadarrest is gewezen vlak na invoering van de WED. Hierbij zal de Hoge Raad in overweging hebben genomen dat de regeling van daderschap van rechtspersonen in artikel 15 WED zich niet uitstreckte tot eenmanszaken, terwijl voorkomen moest worden dat er in het strafrecht een verschil zou ontstaan tussen deze eenmanszaken en andere civielrechtelijke bedrijfsconstructies.

5.3.1.2 Veralgemening tot algemeen leerstuk

Waar het functioneel daderschap in de periode rondom het IJzerdraadarrest nog werd ingelezen in bepaalde delictsgedragingen in economische context,

88 Torringa 1984, p. 35.

89 Torringa 1984, p. 30-32.

90 HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (IJzerdraad), m.nt. Röling.

91 HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (IJzerdraad).

heeft het zich in de decennia erna ontwikkeld tot algemeen leerstuk. Het is een gangbare daderschapsconstructie geworden, ook in zaken die niet direct een economische lading hebben. Dit kan niet treffender geïllustreerd worden dan met een overweging ten overvloede uit het overzichtsarrest dat de Hoge Raad in 2014 wees met betrekking tot medeplegen:

“Het valt overigens op dat het openbaar ministerie bij het tenlasteleggen van commune en andere niet-economische strafbare feiten – in vergelijking met economische delicten – vaker gebruik lijkt te maken van (soms ingewikkelde) deelnemingsconstructies dan van het meer geëigend lijkende functionele daderschap.”⁹²

Dit arrest werd gewezen om meer duidelijkheid te verschaffen over de grens tussen medeplegen en andere deelnemingsvormen, in het bijzonder de medeplichtigheid. Hierbij is een expliciete aanmoediging aan het openbaar ministerie om vaker de figuur van functioneel daderschap te gebruiken in een tenlastelegging niet noodzakelijk, maar in de ogen van Hoge Raad blijkbaar dus wel gewenst. Hierin valt te constateren dat het functioneel daderschap zich sterk heeft veralgemeniseerd; aanvankelijk was de toepassing van deze figuur beperkt tot gedragingen in economische sfeer (daar werd deze vorm van daderschap ‘ingelezen’), terwijl deze vorm van *daderschap* nu een relevant alternatief is voor *deelnemingsconstructies* binnen het gehele materiële strafrecht.

Naast het feit dat functioneel daderschap een gangbare daderschapsconstructie is geworden in het gehele materiële strafrecht, heeft deze figuur ook invloed uitgeoefend op de interpretatie en toepassing van andere materieel-rechtelijke leerstukken. Niet zelden valt de feitenrechter te betrappen op het gebruiken van de maatstaf van beschikken en aanvaarden buiten gevallen waarin het om functioneel daderschap gaat,⁹³ zo constateert ook de Hoge Raad in zijn eerder aangehaalde overweging uit het overzichtsarrest.⁹⁴ Dat wordt mede veroorzaakt door het feit dat functioneel daderschap toepasbaar is op de deelnemingsvormen; functioneel medeplegen, functioneel uitlokken, maar ook functionele medeplichtigheid en zelfs functioneel doen plegen zijn (theoretisch) mogelijk. Tegelijk tekent zich binnen het medeplegen een ontwikkeling af waarin de medepleger ook op afstand kan staan van het plegen van het delict. Deze ontwikkeling, die duidelijk zichtbaar werd in het Containerdiefstalarrest,⁹⁵ vergroot ook de mogelijkheden om een persoon die functioneel betrokken is als volwaardig pleger te bestraffen. Een grote functionele betrokkenheid kan hierbij een geringe fysieke betrokkenheid compenseren. Aldus vindt er over de gehele linie een verbreding plaats van de kring van strafrechtelijk aansprakelijken.

92 HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015, 390, r.o. 3.3.1.

93 Zie bijvoorbeeld HR 30 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2344.

94 HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015, 390, r.o. 3.3.1.

95 HR 17 november 1981, NJ 1983, 84.

Hoewel de zojuist geschetste ontwikkeling past binnen de wijze waarop de samenleving zich heeft ontwikkeld in de twintigste eeuw, roept hij wel vragen op in het licht van artikel 91 Sr in verbinding met het legaliteitsbeginsel. Het algemeen deel van het wetboek bepaalt de voorwaarden waaronder strafrechtelijke aansprakelijkheid gevestigd kan worden, terwijl artikel 91 Sr deze voorwaarden versleuteld en van toepassing verklaard op het gehele materiële strafrecht. Hierin valt duidelijk de legaliteitsgedachte te herkennen, nu het algemeen deel hiermee zekerheid verschaft omtrent de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Legaliteit stelt niet alleen eisen aan delictsomschrijvingen maar ook aan de algemene leerstukken die bepalend zijn voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het legaliteitsbeginsel verliest veel waarde zodra er weliswaar sprake is van heldere en tijdig ingevoerde strafbaarstellingen, maar de voorwaarden waaronder men als pleger of dader van de strafbaarstelling kan worden bestraft niet helder zijn vastgelegd.

De geschetste ontwikkeling van het functioneel daderschap en de bredere functionalisering van strafrechtelijke aansprakelijkheid is problematisch in het licht van artikel 91 Sr. Het functioneel daderschap is ontwikkeld in de context van het bijzonder strafrecht en daarna veralgemeniseerd, en is ontwikkeld in de jurisprudentie, zonder solide wettelijke basis. Hierin vallen twee problemen te signaleren. De veralgemenisering van deze bijzondere figuur is allereerst een directe doorkruising van de grondwettelijke verhouding tussen het wetboek en de bijzondere wetten. Wie (het algemeen deel van) het wetboek erop naslaat heeft geen idee van het bestaan van functioneel daderschap, terwijl het intussen een prominente vorm van daderschap is geworden in het gehele strafrecht. Bovendien is deze figuur niet ontwikkeld door de wetgever – de ‘beheerder’ van het algemeen deel – maar door de rechter. Dit terwijl artikel 91 Sr een uitbreiding van het algemeen deel slechts toestaat bij formele wet (en niet bij jurisprudentie). Dit euvel is in het IJzerdraad arrest nog niet zichtbaar; we constateerden immers eerder al dat de Hoge Raad in dit arrest een meer functionele vorm van daderschap kon baseren op de functioneel getinte bestanddelen van de delictsomschrijving (uit het economisch strafrecht). Het ‘beschikken en aanvaarden’ werden hierbij geleend uit de jurisprudentie omtrent het in stand laten van een verboden toestand; een eveneens (tot de WED beperkte) functioneel getinte vorm van strafbaar stellen (wie niet ingrijpt, laat in stand). De Hoge Raad wees dit arrest ongetwijfeld mede om onverantwoorde ongelijkheid tussen eenmanszaken en andere ondernemingen – die vanuit artikel 15 WED (oud) kon ontstaan – te voorkomen. De figuur van functioneel daderschap heeft zich nadien echter geleidelijk ontwikkeld tot algemene vorm van daderschap, die niet beperkt is tot strafbaarstellingen die functioneel getinte bestanddelen bevatten, en evenmin beperkt is tot strafbaarstellingen in bijzondere wetten. Hiermee is de reikwijdte van het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder twijfel flink uitgebreid, zonder dat het te herleiden valt uit het algemeen deel van het wetboek. Want bij de toepassing van het functioneel daderschap wordt niet

meer gekeken of de bestanddelen uit de delictsomschrijving een functionele interpretatie toestaan; het is intussen een gangbare en algemeen toepasbaar algemeen leerstuk geworden. Deze vorm van *daderschap* heeft zich ontwikkeld tot volwaardige *deelnemingsvorm*. Veelzeggend is ook de passage uit het overzichtsarrest waarin de Hoge Raad wijst op het functioneel *daderschap* als alternatief voor een gekunstelde medeplegen-constructie:

“Het gebruikmaken van aan *andere deelnemingsvormen* ontleende begrippen of constructies kan de bewijsvoering voor medeplegen compliceren en verdient daarom in zulke gevallen geen aanbeveling. (Vgl. HR 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5140 en HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1593, in welke zaken het medeplegen door het hof was bewezenverklaard aan de hand van criteria voor het zogenoemde functionele *daderschap*).”⁹⁶

De Hoge Raad ziet het functioneel *daderschap* intussen kennelijk als *deelnemingsvorm*, en dat onderstreept nog maar eens de veralgemenisering van het functioneel *daderschap*. Bovendien gaat hiervan het signaal uit dat deze figuur, bij gebrek aan een wettelijke regeling, zich heeft kunnen ontwikkelen tot een soort hybride tussenvorm van een *daderschaps-* en een *deelnemingsfiguur*.

5.3.2 Ontwikkeling voorwaardelijk opzet (met mogelijkhedenbewustzijn)

Een van de meest belangrijke leerstukken die zich voor een belangrijk deel heeft ontwikkeld over de bandbreedte van het bijzonder strafrecht is het voorwaardelijk opzet. In het vorige hoofdstuk kwam aan de orde op welke wijze die opzetgradatie wordt geïnterpreteerd en toegepast in een aantal bijzondere wetten. Het behoeft hier geen betoog dat het voorwaardelijk opzet intussen een gangbare opzetgradatie is in het *commune* strafrecht. In de appendix bij dit onderzoek heb ik de ontwikkeling hiervan in grote lijnen beschreven. Hoewel het eindresultaat helder is (voorwaardelijk opzet is een geaccepteerde opzetgradatie), kan over het startpunt nog wel getwist worden. Modderman erkende het voorwaardelijk opzet reeds als opzetgradatie: “Ik erken slechts twee soorten van opzet en schuld: onvoorwaardelijk opzet en voorwaardelijk opzet, bewuste schuld en onbewuste schuld.”⁹⁷ Hij erkende tegelijk dat er discussie bestond over de grens tussen opzet en culpa, waardoor hij – geheel passend bij de pragmatische werkwijze die ook ten aanzien van andere dogmatische kwesties werd gehanteerd – de nadere ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet overliet aan de ‘wetenschap en praktijk’.⁹⁸ In de rechtspraak van de Hoge Raad werd deze opzetgradatie uiteindelijk nader uitgewerkt. In dit verband wordt regelmatig gewezen

96 HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015, 390, r.o. 3.3.1.

97 Smidt I, p. 87.

98 Smidt I, p. 89.

op het antieke Hoornse Taart-arrest.⁹⁹ In dit arrest was echter geen sprake van het accepteren van het voorwaardelijk opzet zoals dat tegenwoordig ingevuld wordt. Er was weliswaar sprake van een *error in persona*, maar er bestond geen twijfel over de vraag of de verdachte het delictsgevolg (de dood van ‘een ander’) beoogde. Annotator Simons bestempelde dit arrest desondanks als “een belangwekkend voorbeeld voor de leer van het voorwaardelijk opzet”.¹⁰⁰ De Hoge Raad laat zich in dit arrest echter niet uit over de vraag op welke wijze dat voorwaardelijk opzet ingevuld dient te worden. Sterker: de Hoge Raad hanteert in dit arrest niet de term ‘voorwaardelijk opzet’, en hij geeft evenmin een invulling aan het opzet die doet denken aan de thans gangbare invulling van het voorwaardelijk opzet.¹⁰¹ Bovendien raakte dit arrest ook niet de kern van de discussie over de toelaatbaarheid van het voorwaardelijk opzet, nu op zichzelf (ook in 1911) breed aanvaard was dat het waarschijnlijkheidsbewustzijn (waarvan getuige de bewijsmiddelen in het Hoornse Taart-arrest sprake was¹⁰²) een acceptabele vorm van opzet opleverde.

Pas decennia na het Hoornse Taart-arrest liet de Hoge Raad zich expliciet uit over de toelaatbaarheid van het voorwaardelijk opzet als opzetgradatie. In de jaren na de Tweede Wereldoorlog spitste deze discussie zich wél toe op de toelaatbaarheid van het mogelijkheidsbewustzijn als basis voor (voorwaardelijk) opzet. Dat gebeurde in een periode (begin jaren vijftig) waarin er binnen het materiële strafrecht in een paar jaren veel veranderde.¹⁰³ In het arrest dat bekend staat onder de naam ‘Inrijden op agent’¹⁰⁴ treffen we voor het eerst een formulering aan die doet denken aan de hedendaagse invulling van voorwaardelijk opzet. De Hoge Raad overweegt daar immers:

“dat toch de automobilist, die *bewust een kans* om een ander omver te rijden en dan naar redelijke verwachting van het leven te beroven, zo hachelijk dat hem alleen een ijlings opzij springen van dien ander zelf nog aan haar verwerkelijking kan onttrekken, in het leven roept en blijkens zijn doorrijden blijft *aanvaarden*, handelt met het voor poging tot doodslag vereiste opzet;”

99 HR 19 juni 1911, ECLI:NL:HR:1911:1, W 9203.

100 HR 19 juni 1911, W 9203, p. 2.

101 Het is ook veelzeggend dat het arrest niet voorkomt in het handboek van De Hullu (De Hullu 2021) en bovendien niet in Brouns 1988.

102 De verdachte verklaarde in deze zaak onder meer “dat hij in den trein tusschen Amsterdam en Hoorn (namelijk ná de verzending der taart uit Amsterdam) tot het *duidelijk inzicht* en de *stellige verwachting* is gekomen, dat de vrouw van [betrokkene 1] wel van de taart zoude eten; dat hij desondanks evenwel, hoewel het toen daarvoor nog tijd was, niets gedaan heeft om te voorkomen, dat genoemde [slachtoffer] van die taart gebruikte;” (mijn cursivering, JC).

103 Te wijzen valt op de invoering van de WED, het functioneel ouderschap kwam tot ontwikkeling, het ouderschap van de rechtspersoon werd ingevoerd, de Hoge Raad bevestigde de lijn dat in bijzondere wetten geen boos opzet-vereiste gold en de rechtsdwaling werd (als avas-variant) voor het eerst als buitenwettelijke schulduitsluitingsgrond geaccepteerd.

104 HR 6 februari 1951, NJ 1951, 475 (Inrijden op agent).

Tegelijk spreekt de Hoge Raad van een ‘waarschijnlijk gevolg’ voor de verdachte, waardoor in dit arrest nog gesproken kan worden van waarschijnlijkheidsbewustzijn.¹⁰⁵ Dat neemt niet weg dat in dit arrest de basis is gelegd voor de bekende formule die gehanteerd wordt bij de invulling van het voorwaardelijk opzet. Er valt op twee relevante eigenaardigheden te wijzen in deze zaak: de feiten spelen zich af in een verkeersrechtelijke context (maar wordt tenlastegelegd en bewezenverklaard als gemeen delict)¹⁰⁶ en het betreft een poging. Wat dat laatste betreft, een poging is (per definitie) toekomstgericht. Het opzetvereiste in de poging (het ‘voornemen’) drukt dat ook uit. Dat toekomstgerichte komt in de gebezigde formulering van het opzet tot uitdrukking in het ‘in het leven roepen van een kans’.

Ondanks deze eigenaardigheden heeft dit arrest aan de wieg gestaan van het voorwaardelijk opzet. Dat valt zeker ook te zeggen van het Cicero-arrest.¹⁰⁷ In deze zaak was een delict tenlastegelegd uit een bijzondere wet (de Auteurswet).¹⁰⁸ Om tot een bewezenverklaring te komen moest onder meer opzet bestaan op ‘het inbreuk maken op het auteursrecht van een ander’. Dat opzet werd door de verdachten tot in cassatie betwist. Ter onderbouwing stelden de verdachten (zonder dat ze hieromtrent zekerheid hadden) dat een van de eisen die werd gesteld door de houder van het auteursrecht ter verkrijging van een ‘opvoeringsvergunning’ ‘zonder recht gesteld werd’. Door wél aan de andere vergunningsvoorwaarde te voldoen meenden de verdachten daarom dat zij in overeenstemming handelden met het auteursrecht. Zij werden in de feitelijke instanties echter veroordeeld, welk oordeel de Hoge Raad in stand liet:

“dat toch hij die, zich ervan bewust dat de vertegenwoordiger van den recht-hebbende hem tot de opvoering slechts vergunning geeft indien hij aan twee daartoe gestelde eisen voldoet, daarop den enen eis vervullende den anderen bepaaldelijk niet vervult, zonder te weten of deze ten onrechte werd gesteld, en dan desalniettemin, in stede van vooraf daarnaar te informeren, tot de opvoering overgaat, zich *willens en wetens blootstelt aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans*, dat die vertegenwoordiger ook dergelijken tweeden eis niet zonder grond zal hebben gesteld;”

Hierom hadden de verdachten ‘voorwaardelijk hun opzet mede gericht’ op het opvoeren van dit toneelstuk zonder de vereiste vergunning te hebben. In dit arrest treffen we de waarschijnlijkheid van het gevolg (en het bewustzijn van die waarschijnlijkheid) niet aan.¹⁰⁹ Het bewustzijn van de

105 Daar wijst annotator Röling ook op in zijn noot bij dit arrest.

106 De verdachte zet hierbij zijn voertuig in als wapen, waardoor de verkeersrechtelijke context naar de achtergrond verdwijnt.

107 HR 9 november 1954, NJ 1955, 55.

108 Het betrof art. 31 Auteurswet, dat thans luidt: ‘Hij, die opzettelijk inbreuk maakt op eens anders auteursrecht, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie.’

109 Zie hierover ook Appendix I.

mogelijkheid is hier voor de Hoge Raad blijkbaar voldoende, zo stelde ook annotator Pompe – die dit arrest dan ook plaatst in een ‘bedenklijke ontwikkeling’ – vast.¹¹⁰ Hiermee stond een arrest omtrent een strafbaarstelling in het bijzonder strafrecht – het handelen zonder vergunning, een typisch ‘bijzonder feit’ – aan de voet van het accepteren van het voorwaardelijk opzet met mogelijkheidsbewustzijn als opzetgradatie. Brouns bracht in kaart hoe de acceptatie van deze opzetgradatie in latere jurisprudentie werd bevestigd.¹¹¹ In 1956 betrof het een zaak waarin een overtreding van bepalingen in het Kwekersbesluit 1941 (dat strafbaar gesteld was via de WED) werd bewezenverklaard door de rechtbank Middelburg;¹¹² in 1962 betrof het een zaak waarin de Hoge Raad een veroordeling voor een commun feit (heling) in stand liet.¹¹³ Deze laatste zaak vormt daarom een mijlpaal, nu de Hoge Raad deze invulling van de voorwaardelijk opzet-constructie ook accepteerde in een commune zaak. Het was dus geen uitzondering meer in bijzondere wetten, maar een volwaardig geaccepteerde (invulling van een) opzetgradatie. Voorzover ik heb kunnen achterhalen heeft dit gegeven destijds (en nadien) niet tot discussie geleid, waardoor het voorwaardelijk opzet met mogelijkheidsbewustzijn zich impliciet vestigde binnen het gehele materiële strafrecht. Dat is opvallend. Terwijl er decennialang was gediscussieerd over de vraag of mogelijkheidsbewustzijn ‘voldoende’ was voor voorwaardelijk opzet, wordt er niet gediscussieerd over de vraag of deze invulling van voorwaardelijk opzet – zodra die voet aan wal heeft gekregen in de bijzondere wetten – ook in het commune strafrecht geaccepteerd dient te worden. Zo had bijvoorbeeld gesteld kunnen worden dat de ‘Cicero-redenering’ acceptabel was tegen de achtergrond van het ordeningsrechtelijk karakter van het tenlastegelegde delict in kwestie (het strafrecht vormt in het auteursrecht of intellectueel eigendomsrecht een ‘sluitstuk’ op overigens civielrechtelijke normen, tot uiting komend in de strafbaarstelling van het zonder vergunning (van de rechthebbende) handelen), waarin een wat ruimer uitpakkende opzet-constructie niet direct misstaat. De consequentie van die stelling had kunnen zijn dat deze invulling van het voorwaardelijk opzet als uitzondering op de hoofdregel beperkt had moeten blijven tot die bijzondere wet (of tot bijzondere wetten waarin eenzelfde ordeningsrechtelijk karakter te herkennen valt). Deze stelling valt te betwisten, maar toont in elk geval aan dat er discussie mogelijk was over deze doorwerking van de ‘bijzondere’ invulling van het voorwaardelijk opzet. Het valt op dat deze discussie niet (zichtbaar) gevoerd is.

Intussen heeft het voorwaardelijk opzet (met mogelijkheidsbewustzijn)

110 HR 9 november 1954, *NJ* 1955, 55, m.nt. Pompe.

111 Brouns 1988, p. 224-225. Een zoekopdracht in de gepubliceerde jurisprudentie in online bronnen laat zien dat de door hem genoemde jurisprudentie nog steeds een accuraat beeld geeft van de ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet met mogelijkheidsbewustzijn in de eerste jaren na het Cicero-arrest.

112 Rb. Middelburg 6 juli 1956, *ECLI:NL:RBMID:1956:8*, *NJ* 1957, 385.

113 HR 26 juni 1962, *ECLI:NL:HR:1962:150*, *NJ* 1963, 10, m.nt. Pompe.

zich ontwikkeld tot breed geaccepteerde – en in de praktijk veelvuldig toegepaste – opzetgradatie. Hierbij had verwacht kunnen worden dat er (nadat het in 1962 onderdeel werd van het algemene, commune strafrecht) sprake is van een helder, eenvormig kader voor de toepassing ervan. Uiteraard heeft het opzet een delictsgekleurde invulling, maar dat hoeft eenvormigheid in de toepassing niet in de weg te staan. Van een dergelijke eenvormigheid lijkt momenteel echter geen sprake. Zo zou gesproken kunnen worden van een differentiatie naar de kenmerken van delicten; zoals formeel en materieel omschreven delicten¹¹⁴ of gevaarzettingsdelicten en krenkingsdelicten. Er zou ook gesproken kunnen worden – nog problematischer dan een differentiatie vanwege delictskenmerken – van een differentiatie naar thematiek. Zo onderscheidt De Hullu in zijn handboek opzet in Opiumwetgevallen, opzet bij ‘schietincidenten’, en opzet bij ernstige verkeersongevallen.¹¹⁵ Uit het voorgaande hoofdstuk bleek eveneens dat de wijze waarop voorwaardelijk opzet wordt ingevuld in bijzondere wetten niet altijd hetzelfde is. Veelzeggend is het dat in de literatuur wel wordt gesproken van facetopzet (als pendant van de meer bekende facetwederrechtelijkheid¹¹⁶).¹¹⁷ Brouns concludeerde hieromtrent dat ‘het opzet zich niet steeds in hetzelfde gewaad vertoont’,¹¹⁸ en dat een verlaagd opzetvereiste (bij formeel omschreven delicten, zoals heling, komt de nadruk geheel op de cognitieve component te liggen) bewijsproblemen dient te voorkomen.¹¹⁹ Van Dijk keert zich juist tegen deze gedifferentieerde benadering van het opzet, waarbij hij zich met name baseert op de gelijkheidsassumptie (gelijke woorden dienen zoveel mogelijk hetzelfde geïnterpreteerd te worden).¹²⁰ Dit argument is rechtstreeks ontleend aan de codificatiesystematiek, waarin ‘het algemene’ vooropgesteld wordt. Ik voeg aan zijn pleidooi voor eenvormigheid graag twee argumenten toe. Vanuit het schuldbeginnsel bezien ligt een eenvormig opzetbegrip sterk voor de hand. Het opzet vormt immers de belangrijkste uitwerking van het schuldbeginnsel op positiefrechtelijk niveau. Een gevarieerde uitwerking daarvan is niet verdedigbaar omdat dit resulteert in een betrekkelijk willekeurig beschermingsniveau van de rechts-

114 Zo maakt het voor de invulling van het voorwaardelijk opzet nogal verschil of er opzet bewezen dient te worden op het veroorzaken van de dood van een ander, of opzet op het voorhanden hebben van een verboden wapen. Het voorwaardelijk opzet lijkt met name geschikt voor materieel omschreven delicten, vanwege de benodigde aanmerkelijke kans op het gevolg. Bij formeel omschreven delicten komt de nadruk meer te liggen op de cognitieve component. Ook wordt wel gesteld dat elk delict in wezen een materiële component heeft, waarbij het gevolg (altijd) is een ‘verandering in de rechtstoestand’. Over dit laatste valt echter te twisten in delictsomschrijvingen waarin de concrete krenking van een rechtsgoed nog uit beeld is (en de nadruk op de gevaarstelling komt te liggen), zoals bij het ‘voorhanden hebben’ van verboden voorwerp.

115 De Hullu 2021, p. 232-238.

116 De Jong 2009, p. 397-398.

117 Van Veen 1972, p. 466-469.

118 Brouns 1988, p. 167.

119 Brouns 1988, p. 155-156, die spreekt van een ‘amputatie’ in het opzetbegrip.

120 Van Dijk 2008, p. 341-346 en p. 331-333.

subjecten op basis van het schuldbeginnsel. Een (te) gevarieerde invulling van het opzetbegrip staat daarnaast op gespannen voet met het legaliteitsbeginnsel omdat daarmee ook de voorzienbaarheid van de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het geding is; een delictsomschrijving kan keurig afgebakend zijn maar een onvoorzienbaar ruim bereik krijgen via de (delictsgekleurde) uitwerking van het opzet.¹²¹

De stand van zaken is echter dat – zoals hierboven werd vastgesteld – van een eenvormig opzetbegrip geen sprake is. Het voorwaardelijk opzet is niet gemodelleerd als (gradatie van een) algemeen leerstuk, maar als bewijsconstructie waaraan op delictsniveau een variabele invulling kan worden gegeven. Dit laat ook onzuivere argumenten toe bij de invulling van het voorwaardelijk opzet op delictsniveau, zoals argumenten die rechtstreeks ontleend zijn aan een dreigende bewijsnood. Vanwege deze delictsgebondenheid kan de vraag gesteld worden of er een basisvorm aanwezig is waaruit de variaties ontstaan. Het HIV I-arrest¹²² wordt in de regel wel als het ‘standaardarrest’ inzake de betekenis van het voorwaardelijk opzet beschouwd. De vraag is hoe terecht dat label is nu het opzet in die zaak niet alleen delictstypisch is, maar de feiten in deze zaak ook nog eens markant zijn. Een ‘standaarddefinitie’ van het voorwaardelijk opzet kan wellicht enkel ontleend worden aan een constellatie van verschillende zaken, met verschillende delictstypen (tenzij de Hoge Raad een overzichtsarrest zou wijzen). Tegelijk bevat het HIV I-arrest wel de meest uitgebreide en algemeen geformuleerde rechtsoverweging van de Hoge Raad over het voorwaardelijk opzet; aan deze rechtsoverweging wordt sindsdien dan ook veelvuldig gerefereerd in de rechtspraak. Aan de ‘algemeenheid’ kan echter worden getwijfeld omdat de HIV I-overweging niet expliciet refereert aan het bewustzijn, de cognitieve component binnen het voorwaardelijk opzet.¹²³ Dit kan, naast het gegeven dat dit bewustzijn niet ter discussie werd gesteld in de cassatiemiddelen, verklaard worden door de sterk materieel omschreven delictsomschrijving en tenlastelegging. Bij meer formeel omschreven misdrijven zal de klemtoon binnen het voorwaardelijk opzet juist meer op de cognitieve component komen liggen dan op het volitieve element, waardoor de HIV I-overweging binnen die delictsomschrijvingen niet compleet lijkt. Tot slot valt in de overweging het laatste deel op:

“Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de

121 Zie in deze zin ook: EHRM 26 september 2023, nr. 15669/20 (Yüksel Yalçinkaya t. Turkije), §271-272.

122 HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552, m.nt. Buruma. Zie Appendix 1, par. 5.3 voor een bespreking van dit arrest.

123 Zie hierover ook Appendix I, par. 5.3.

gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. *Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.*"¹²⁴

In de gecursiveerde woorden komt een veruiterlijkt bewijsvermoeden tot uitdrukking (dat overigens op zichzelf weer bijdraagt aan een gedifferentieerde toepassing op delictsniveau¹²⁵); dat vermoeden kan worden weerlegd door 'contra-indicaties'. Deze contra-indicaties kwamen in de rechtspraak van de Hoge Raad voorafgaand aan de HIV I-arrest niet voor. Wel kwam enkel in het Porsche-arrest het hieraan synonieme 'behoudens aanwijzingen voor het tegendeel' voor.¹²⁶ Hier fungeerden die aanwijzingen echter precies spiegelbeeldig aan de contra-indicaties in het HIV I-arrest. In laatstgenoemd arrest werken de contra-indicaties bevrijdend voor de verdachte ten opzichte van een bezwarend bewijsvermoeden, in het Porsche-arrest werken de aanwijzingen voor het tegendeel juist bezwarend voor de verdachte ten opzichte van een bevrijdende algemene ervaringsregel (dat de verdachte doorgaans niet zijn eigen dood op de koop toeneemt). Er valt op basis hiervan niet vast te stellen of de 'contra-indicaties' in het HIV I-arrest zijn geïntroduceerd door de Hoge Raad, of dat ze geïnspireerd zijn op het Porsche-arrest. Een tweede aanwijzing die erop duidt dat het Porsche-arrest een inspiratiebron was voor contra-indicaties in de HIV I-formule betreft de overweging van de Hoge Raad in het Porsche-arrest waarin hij wijst op de eerder afgebroken inhaalmanoeuvre; dit neemt de Hoge Raad 'in aanmerking' voor de vaststelling van het opzet.¹²⁷ Dit lijkt wél overeen te stemmen met de functie van contra-indicaties in het HIV I-arrest. Het lijkt er sterk op dat het (verkeersrechtelijk getinte) Porsche-arrest het latere 'standaard'-arrest van de Hoge Raad heeft beïnvloed, maar dit kan niet met zekerheid worden vastgesteld. Wel valt vast te stellen dat ze onderdeel zijn van een zeker veruiterlijkt bewijsvermoeden (de uiterlijke verschijningsvorm), waardoor het aan de verdachte is om de veronderstelde betekenis van zijn gedraging te bestrijden.

De vraag kan tot slot gesteld worden in welke mate deze stand van zaken – een versnipperde en tamelijk uitgeholde toepassing van het voorwaardelijk opzet – valt toe te schrijven aan het bijzonder strafrecht. Hiertoe deel ik de volgende observaties. De hedendaagse invulling van het voorwaardelijk opzet ontstond in de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot het bijzonder strafrecht. Die invulling was delictsgeladen; er werd niet voorzien in een basismodel dat zich eenvormig op verschillende delictscategorieën liet toepassen. In hoofdstuk 4 zagen we dat juist in de bijzondere wetten die delictsgeladenheid resulteerde in een tamelijk

124 HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, NJ 2003, 552, m.nt. Buruma (HIV I), r.o. 3.6.

125 Zie hierover de uitgebreide analyse in: Arendse 2020, p. 145-258.

126 HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199, r.o. 5.4.

127 HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199, r.o. 5.5.

uitgeholde, vaak op onderzoeks- of zorgplichten gebaseerde, invulling. Die invulling kan in die bijzondere wetten vaak verklaard (maar daarmee nog niet altijd gerechtvaardigd) worden vanuit een dreigende bewijsnood. Het voorwaardelijk opzet is geruisloos geïntroduceerd in het commune strafrecht, en daarin treffen we eenzelfde delictsvariabele invulling aan. Ook in het commune strafrecht ontbreekt het aan een eenvormig basismodel waarmee bewaakt kan worden dat de delictsvariaties binnen een bepaalde bandbreedte blijven. Commune delictsgroepen waarin handhavingsbelangen, net als in bijzondere wetten, sterker op de voorgrond komen te staan zijn daarmee vatbaar voor een vergelijkbare, uitgeholde invulling. Alleen al in het vaak als ‘standaard’ beschouwde HIV I-arrest worden bewijsvermoedens en algemene ervaringsregels aan de basis gelegd van de bewijsconstructie van het voorwaardelijk opzet. Hierboven stelde en beargumenteerde ik al dat deze stand van zaken op gespannen voet staat met het schuld- en het legaliteitsbeginsel.

5.3.3 Doorwerking van een enkel cognitief geladen opzetmutatie

Voor de ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet met mogelijkhedenbewustzijn in het commune strafrecht is – naast de hierboven beschreven ‘directe’ ontwikkeling – een tweede ontwikkeling relevant. Dat betreft de ontwikkeling van een gemuteerde schuldvorm in de context van het bijzonder strafrecht: ‘de meerdere of mindere mate van bewustzijn’ die in het vorige hoofdstuk reeds werd beschreven (in het bijzonder in paragraaf 4.3.5.2). Deze schuldvorm kwam tot ontwikkeling binnen misdrijven waarin de wetgever verzuimd had een schuldvorm op te nemen (terwijl als uitgangspunt elk misdrijf in Nederland een schuldvorm behoort te bevatten). Zoals reeds werd besproken bestaat er over de betekenis van deze schuldvorm discussie, en bestaat er naast de in de literatuur besproken mogelijkheid (pro parte doleus, pro parte culpoos) nog een mogelijke duiding. Deze schuldvorm kan namelijk geduid worden in het licht van de discussie die in de jaren vijftig gevoerd werd over de vraag of ‘mogelijkheidsbewustzijn’ een acceptabele vorm van opzet kon opleveren. Het kan goed zijn dat de ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ vooral duidt op de verschillende vormen van bewustzijn (van zekerheids- tot mogelijkheidsbewustzijn), waarbij de Hoge Raad te kennen geeft dat elk van deze vormen van bewustzijn (of dat nu een meerdere of mindere mate oplevert) voldoende is binnen de delictsommschrijving waarin deze schuldvorm werd ingelezen. Dat zou passen in de ontwikkeling die in die periode gaande was, waarin de Hoge Raad uiteindelijk het mogelijkheidsbewustzijn (ook) onder het voorwaardelijk opzet schaarde. De ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ vormt dan een variant op de opzetuitdrukking ‘wetende dat’.

Opvallend is dat de toepassing van het criterium van een ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ niet beperkt is gebleven tot de uitzonderlijke misdrijven in de bijzondere wetten waarin een schuldvorm ontbrak. In de

feitenrechtspraak wordt dit criterium ook gebruikt in gevallen waarin de delictsomschrijving uit het bijzonder strafrecht wel een expliciete vorm van opzet bevat.¹²⁸ Bovendien wordt dit criterium intussen toegepast in commune zaken. Zo paste het Hof Leeuwarden dit criterium toe voor een bewezenverklaring van het opzet in artikel 234 Sr ('skimmen').¹²⁹ Het criterium duikt ook op in conclusies van het parket bij de Hoge Raad en in de feitenrechtspraak inzake het commune artikel 240b Sr (kinderpornografie), waarbij het wordt gebruikt ter invulling van het opzet op de (verboden) 'aard' van de afbeelding¹³⁰ of op de aanwezigheid van de afbeelding op een computer (waardoor er sprake is van 'bezit'),¹³¹ artikel 420bis Sr (witwassen), waarbij het wordt gebruikt ter invulling van het opzet op het 'voorhanden hebben' van een (uit misdrijf afkomstig) voorwerp,¹³² en artikel 98c Sr.¹³³ In deze gevallen wordt het criterium dus toegepast bij delicten waarbij een schuldvorm niet ontbrak, maar (het opzet) op impliciete wijze was verwerkt in de delictsomschrijving.

Het is opmerkelijk dat het criterium van de 'meerdere of mindere mate van bewustzijn' wordt toegepast in deze zaken. Er bestond immers geen dwingende reden tot toepassing, nu de delictsomschrijvingen in deze zaken gewoon een opzetvereiste bevatten. Waarom is er dan een criterium toegepast waarvan de precieze betekenis al geruime tijd voer is voor discussie?

De Hoge Raad heeft zich niet expliciet uitgesproken over de toelaatbaarheid van dit criterium in commune zaken, maar heeft toepassing van het criterium (in feitelijke instanties) in elk geval niet expliciet van de hand gewezen. Ook in zijn arrest bij een van de hierboven aangehaalde conclusies wijst de Hoge Raad de toepassing van dit criterium niet af. De Hoge Raad overweegt namelijk:

128 Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 18 december 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4662 en Rb. Rotterdam 17 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10384. In deze zaken was een gedraging tenlastegelegd die strafbaar is gesteld op basis van het Vuurwerkbesluit (jo. Wet milieubeheer jo. art. 1a WED), namelijk het voorhanden hebben van illegaal vuurwerk. In deze zaken werkt het opzet strafverzuwend (art. 2, lid 1, WED), waardoor ook tot een veroordeling kon worden gekomen voor de overtredingsvariant zonder (gekunstelde) opzetconstructie.

129 Hof Leeuwarden 15 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3265 ("Voor 'voorhanden hebben' is vereist dat verdachte zich in meerdere of mindere mate bewust is geweest van de aanwezigheid van skimapparatuur.")

130 PHR 23 september 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2095, par. 6.2.

131 Rb. Utrecht 31 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM9249; Rb. Utrecht 7 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO2816; Rb. Utrecht 24 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1677; Rb. Middelburg 16 december 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BL658; Rb. Utrecht 31 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX8542; Hof Leeuwarden 22 maart 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AT6636; Rb. Utrecht 21 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:CA2321; Rb. Noord-Nederland 10 september 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3617; Rb. Utrecht 1 juni 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ7585; Rb. Utrecht 6 juni 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW7647; Rb. Gelderland 8 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:BZ9813; Rb. Rotterdam 5 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2538;

132 PHR 4 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:106; PHR 17 februari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:493.

133 Hof Den Haag 25 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ8627.

“Voor het – als pleger – ‘voorhanden hebben’ van een voorwerp in de zin van artikel 420bis lid 1 Sr is vereist dat de verdachte het voorwerp opzettelijk aanwezig had. Dat houdt in dat de verdachte zich bewust was van de (waarschijnlijke) aanwezigheid van het voorwerp, zonder dat die bewustheid zich hoeft uit te strekken tot de precieze eigenschappen en kenmerken van dat voorwerp (waaronder begrepen de precieze omvang van een geldbedrag) of tot de exacte locatie daarvan. Voor het bewijs van dergelijke bewustheid geldt dat daarvan ook sprake kan zijn in een geval dat het niet anders kan dan dat de verdachte zulke bewustheid heeft gehad.”¹³⁴

Ook hier wordt het opzet verengd tot een vorm van bewustzijn, waarbij opvalt dat wordt overwogen dat hiervoor voldoende kan zijn ‘dat het niet anders kan dan dat de verdachte zulke bewustheid heeft gehad’. Dit is op zichzelf geen bijzondere overweging (hiermee wordt het bewustzijn binnen het voorwaardelijk opzet regelmatig vastgesteld), ware het niet dat hieraan in dit geval het gehele opzet wordt opgehangen. Waar is het volitieve element van het opzet gebleven? Eerder werd al uiteengezet dat de focus op het cognitieve element van het opzet verklaarbaar is vanwege het sterk formele karakter van delictsomschrijvingen (zoals het voorhanden hebben van een verboden voorwerp). Dit lijkt ook de overeenkomst te zijn tussen de hierboven aangehaalde zaken; bestanddelen als ‘aanwezig’ of ‘voorhanden’ hebben lijken vooral vatbaar te zijn voor toepassing van het criterium van de ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’. Maar dit verklaart dan toch vooral de *bewijsrechtelijke* kant van het voorwaardelijk opzet (uit de aanwezigheid van een verboden voorwerp, en het bewustzijn van die aanwezigheid kan doorgaans volgen dat die aanwezigheid ook gewild was). Bij die stand van zaken mag echter nog wel verlangd worden dat dit onder woorden wordt gebracht, omdat de *materieelrechtelijke* standaard nog steeds verlangt dat er ook sprake was van willen (of aanvaarden). Overwogen zou op z’n minst kunnen worden dat er geen contra-indicaties zijn die wijzen op het tegendeel. Was dit niet de essentie van de standaardoverweging van de Hoge Raad in de befaamde rechtsoverweging 3.6 van het HIV I-arrest?¹³⁵

Een dergelijke overweging blijft echter achterwege, waardoor ook in het commune strafrecht thans een moeilijk vatbare schuldvorm gehanteerd wordt. Het ligt voor de hand dat hier, sterker dan thans, gestreefd wordt naar een eenvormig opzetbegrip van het opzet bij sterk formele bestanddelen als ‘voorhanden hebben’ of ‘aanwezig hebben’.

134 HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:570, r.o. 2.4.

135 HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552, r.o. 3.6. “Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is *niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden*, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld.”

5.3.4 Doorwerking van een zorgplichtopzet

Een derde ontwikkeling van het voorwaardelijk opzet in de bijzondere wetten werd omschreven in paragraaf 4.6.2. Hier ging het om het opzet in Opiumwetgevallen, dat in de literatuur wel als ‘waakzaamheidsopzet’ is getypeerd.¹³⁶ De vaststelling van het voorwaardelijk opzet komt in deze zaken in wezen neer op het schenden van een zorgplicht (met betrekking tot bijvoorbeeld een reistas of een voertuig), terwijl algemene ervaringsregels in die specifieke context voor verhoogde alertheid hadden moeten zorgen (een *Garantenstellung*). Net als bij andere formeel omschreven delicten ligt de nadruk in het vaststellen van het voorwaardelijk opzet in die gevallen op het cognitieve aspect (het bewustzijn). Niet toevallig duikt ook hier het criterium van de ‘meerdere of mindere mate van bewustzijn’ op.¹³⁷ Het onderscheid tussen deze opzetmutatie en de mutatie van de meerdere of mindere mate van bewustzijn is – zo moet worden toegegeven – deels semantisch. Want in beide gevallen komt de klemtoon in het vaststellen van het opzet geheel te liggen op een redenering waarbij het niet anders kan dan dat de verdachte wist van de aanwezigheid van een verboden voorwerp. In het geval van waakzaamheidsopzet wordt hierbij echter explicieter verwezen naar een (niet vervulde) onderzoeks- of zorgplicht of een niet uitgevoerde controle, en daarin schuilt toch een nuanceverschil.

Dit waakzaamheidsopzet kan deels begrepen worden tegen de achtergrond van de problematiek rondom drugskoeriers op Schiphol (en het ontbreken van een culpa-variant van de misdrijven in de Opiumwet).¹³⁸ Zonder deze mutatie zou het haast onmogelijk zijn om het opzet in deze gevallen te bewijzen. Deze mutatie in een belangrijk materieelrechtelijk leerstuk is aldus ontstaan vanuit een dreigend bewijs- en handhavingstekort, en vormt een voorbeeld van een delictsafhankelijke invulling van het voorwaardelijk opzet waar hierboven in par. 5.3.2 al op werd gewezen.

Ook in het fiscale strafrecht ligt de nadruk bij het vaststellen van het opzet feitelijk geheel op het niet vervullen van een zorgplicht, zoals beschreven werd in paragraaf 4.4.1. De precieze wijze waarop het opzet functioneert in *fiscalibus* is echter – net als in de Opiumwet-gevallen – contextbepaald. Zo heeft het opzet in artikel 69 AWR enige kleur (in de zin dat het op een deel van de wederrechtelijkheid dient te zien), en mede tegen die achtergrond is de figuur van het pleitbaar standpunt ontstaan.¹³⁹

De vraag van de doorwerking van dit ‘zorgplichtopzet’ kan op twee manieren benaderd worden: is er sprake van een rechtstreeks doorwerking

136 Kelk & De Jong 2023, p. 271. Eerder hanteerde De Hullu deze term al in zijn noot bij HR 30 november 1999, *NJ* 2000, 215. Zie ook HR 6 december 2016, *NJ* 2017, 85, m.nt. Keulen.

137 Zie bijvoorbeeld HR 1 oktober 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1459*.

138 Zie hierover uitgebreider par. 4.6.2.

139 Deze figuur, en de specifieke fiscaalrechtelijke context waarbinnen die ontwikkeld is, bespreek ik uitgebreider in: Cnossen 2017b.

in het commune strafrecht (1) of is er sprake van een doorwerking door bij te dragen aan een tendens waarin zorg- of onderzoeksplichten een (grotere) rol zijn gaan spelen (2).

Ad. 1 De rechtstreekse doorwerking in het commune strafrecht is beperkt. Zo wordt in de context van artikel 184 Sr wel gesproken van 'waakzaamheidsopzet',¹⁴⁰ terwijl de Hoge Raad het nalaten van (nader) onderzoek naar een door een bestuursorgaan uitgevaardigd gebiedsverbod uiteindelijk onvoldoende acht voor een bewezenverklaring van opzet.¹⁴¹ De advocaat-generaal concludeerde op dit punt echter contrair,¹⁴² onder specifieke verwijzing naar de wijze waarop het opzet in opiumwetgevallen wordt geconstrueerd. Het waakzaamheidsopzet lijkt daarom wel voet aan de grond te *kunnen* krijgen in deze context.¹⁴³ Buiten artikel 184 Sr lijken er in het commune strafrecht echter geen voorbeelden te bestaan waarin het opzet *louter* op basis van het nalaten van (nader) onderzoek wordt geconstrueerd (behalve als de delictsomschrijving als omissiedelict is vormgegeven, zoals artikel 255 Sr).¹⁴⁴

Ad. 2 Wel komt in veel andere commune jurisprudentie de klemtoon in de bewijsvoering van het voorwaardelijk opzet *meer* te liggen op het niet voldoen aan een bepaalde zorg- of onderzoeksplicht. In feite komt dit al tot uiting in het hierboven besproken HIV I-arrest, waarin naar voren komt dat de bewijsconstructie van het voorwaardelijk opzet grotendeels kan leunen op bewijsvermoedens, feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels. Niet zelden komt de verdachte daardoor in de positie waarin hij – als contra-indicatie voor het aanvaarden of ter weerlegging van een algemene ervaringsregel – zal moeten betogen dat hij sterker dan vermoed wordt, getracht heeft te voorkomen dat het gevolg, de toestand of de omstandigheid (waarop het opzet moet zien) zich zou voordoen. Dit kan zomaar uitmonden in een sterke nadruk op een niet-vervulde onderzoeks- of zorgplicht. Bijgevolg transformeren verbodsbepalingen – waaruit het commune strafrecht grotendeels bestaat – impliciet deels in gebodsbepalingen – die veelvuldig voorkomen in de bijzondere wetten.¹⁴⁵ Dat doet zich voor bij de eerder besproken Opiumwetgevallen; het is *verboden* om bepaalde middelen aanwezig te hebben, en de burger is vanwege de inter-

140 Eggen 2021.

141 HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2766, NJ 2017, 85, m.nt. Keulen.

142 PHR 25 oktober 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1202, par. 20.

143 Eggen 2021; Zie voorts L. Dallau, 'Schadelijk in de zin van artikel 174 Sr, maar niet opzettelijk', *TBS&H* 2020/6, p. 336-338, waarin de auteur pleit voor een toepassing van een vorm van waakzaamheidsopzet in de context van art. 174 Sr (zie in het bijzonder randnummer 7).

144 Hierbij kan ook gedacht worden aan art. 425 Sr; hierin is de norm expliciet als zorgplicht geformuleerd.

145 Bij verbodsbepalingen worden de rechtssubjecten opgedragen om bepaalde, specifiek aangeduide, gedragingen na te laten, terwijl ze bij gebodsbepalingen worden opgeroepen tot een 'doen'. Geboden zijn hierom notoir onbepaalder dan verboden; de burger zal zelf moeten herkennen wanneer zich een situatie voordoet waarin de wet hem opdraagt iets te doen. Schaffmeister 1986, p. 206; Wladimiroff 1990, p. 186; Cnossen & Ölçer 2021, par. 4.2.

pretatie en toepassing van het voorwaardelijk opzet in die context *geboden* om zorgvuldig om te gaan met zijn koffer op een luchthaven. Of: het is verboden een ander te ‘trainen voor terrorisme’, waardoor het onder omstandigheden geboden is onderzoek te doen naar de redenen waarom een ander aan de training deelneemt. Dit geeft deze formele delictsomschrijvingen een ruimer bereik dan op basis van de delictsomschrijving gedacht zou worden.

Deze grotere nadruk op zorgplichten binnen de voorwaardelijk opzetconstructie komt duidelijk naar de oppervlakte in het toenemend gebruik van de figuur van Garantenstellung voor de vaststelling van voorwaardelijk opzet. Een zoekslag binnen recente jurisprudentie levert tal van resultaten op waarin deze figuur is toegepast binnen dodelijke delicten.¹⁴⁶ Een Garantenstellung drukt uit dat van een (rechts)persoon een hogere mate van zorg of kundigheid mag worden verwacht vanwege zijn bepaalde (professionele) hoedanigheid.

De grotere nadruk op onderzoeks- of zorgplichten, al dan niet via een Garantenstellung, vormen een voor het opzet wezensvreemde ontwikkeling. Er wordt met deze figuren immers uitdrukking gegeven aan het feit dat van de verdachte meer mag worden verwacht dan hij blijkbaar daadwerkelijk heeft gedaan of nagelaten. Hiermee wordt ten hoogste vastgesteld dat de verdachte anders moest handelen, of van de aanmerkelijke kans moet hebben geweten. Dit legt een psychisch manco bloot dat nu juist typerend voor de culpa is.

5.3.4.1 Doorwerking van de figuur van het pleitbaar standpunt

In paragraaf 4.4.1.4 is besproken dat in het fiscale strafrecht de figuur van het pleitbaar standpunt is ontstaan. Deze figuur is oorspronkelijk afkomstig uit het fiscale boeterecht. Het pleitbaar standpunt betreft een verweer van de verdachte waarin hij stelt dat hij tijdens het doen van belastingaangifte is uitgegaan van een verdedigbare uitleg van het fiscale recht.¹⁴⁷ Indien van een pleitbaar standpunt sprake is, ontbreekt binnen het voorwaardelijk opzet de aanmerkelijke kans (waardoor vrijspraak voor artikel 69 AWR volgt). In paragraaf 4.4.1.4 liet ik zien dat over de introductie van deze figuur in het fiscale strafrecht verschillend kan worden gedacht. Enerzijds kan het als correctie dienen op de ruim uitpakkende strafrechtelijke

146 Ik noem enkele voorbeelden. Een Garantenstellung wordt betrokken bij de aanmerkelijke kans in: Concl. A-G Hartevelt, ECLI:NL:PHR:2022:427, bij HR 12 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:982 (het betrof hier een medisch behandelaar); alsmede in ‘s Hofs arrest voorafgaand aan HR 14 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:54 (zie Concl. A-G Jörg, ECLI:NL:PHR:2013:2115, par. 14), hier werd de Garantenstellung betrokken bij het bewustzijn, en betrof het een kandidaat-notaris; in Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:6848 werd een Garantenstellung betrokken bij het bewustzijn, en betrof het een ‘geoeffend vechtsporter’. A-G Frielink betreft in dezelfde zaak deze Garantenstellung overigens op het aanvaarden, zie Concl. A-G Frielink, ECLI:NL:PHR:2023:735, bij tot ‘81 RO’ leidend HR 10 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1412.

147 HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542.

aansprakelijkheid (onder meer vanwege de uitleg van het voorwaardelijk opzet, zoals hierboven beschreven) op basis van artikel 69 AWR. Anderzijds moet geconstateerd worden dat de fiscaal *strafrechtelijke* toepassing van voorwaardelijk opzet blijkbaar een vruchtbare ondergrond biedt voor dit correctiemechanisme uit het *boeterechtelijke* opzetbegrip, waardoor het een symptoom vormt van een sterk uitgehold opzetvereiste in het fiscale strafrecht.

Het is niet ondenkbaar dat feiten zowel onder de delictsomschrijving van artikel 69 AWR, als onder een commune delictsomschrijving kunnen worden gebracht (zoals valsheid in geschrifte, artikel 225 Sr, of witwassen, artikel 420bis Sr). Hierdoor ontstaat de vraag of de bijzonderheden van het fiscale strafrecht worden meegenomen naar het commune strafrecht zodra gekozen wordt voor een tenlastelegging op basis van een commune delictsomschrijving. Artikel 69 lid 4 AWR verhindert namelijk enkel een vervolging op basis van artikel 225 lid 2 Sr indien de feiten ook onder artikel 69 lid 1 of lid 2 AWR vallen. Hierdoor blijft de weg open naar een vervolging op basis van artikel 225 lid 1 (het valselijk opmaken van een geschrift).¹⁴⁸ Die valsheid zal dan bestaan uit valse informatie die overhandigd is aan de fiscus. De valsheid hangt dan dus mede af van het materiële belastingrecht. De in paragraaf 4.4.2 besproken enorme complexiteit van dit rechtsgebied kan hierdoor het commune strafrecht binnenkomen. Zo bezien ligt het voor de hand om dan ook de mogelijkheid open te houden dat de verdachte een verweer kan voeren aan de hand van de figuur van het pleitbaar standpunt, nu dat als correctiemechanisme dient voor deze enorm complexe wet- en regelgeving. Anders zou een belangrijk potentieel verweer van de verdachte reeds buiten werking kunnen worden gesteld door middel van een tenlastelegging op basis van artikel 225 lid 1 Sr. Anderzijds verzet de codificatiesystematiek zich tegen een doorwerking in het commune strafrecht van deze fiscaalrechtelijke eigenaardigheden;¹⁴⁹ zowel de enorme complexiteit van de fiscale wet- en regelgeving als de daaruit voortgekomen figuur van het pleitbaar standpunt dienen buiten het algemene strafrecht te worden gehouden.¹⁵⁰ De Hoge Raad lijkt een eventuele toepassing van de figuur van het pleitbaar standpunt in het commune strafrecht (althans, in gevallen waarin een fiscaal feitencomplex als overtreding van artikel 225 lid 1 Sr is

148 Er bestaat discussie over de vraag of dit wenselijk is, zie hierover (met nadere verwijzingen): Hofman 2021, p. 341.

149 Dit heb ik ook betoogd in Cnossen 2017b.

150 Kors beantwoordt de vraag naar de wenselijkheid van doorwerking van het figuur van het pleitbaar standpunt ontkennend met betrekking tot het bestuursrecht, zie Kors 2018. Ze wijst hierbij onder meer op het feit dat deze figuur voortkomt uit de eigenaardigheden van het fiscale (straf)recht, waardoor die niet goed zou aarden in een andere juridische omgeving.

tenlastegelegd) niet in algemene zin af te wijzen.¹⁵¹ Een rigide afwijzing van deze figuur in het commune strafrecht lijkt bij de huidige stand van zaken ook niet goed verdedigbaar.

Wel bestaat er aanleiding om de strafrechtelijke mogelijkheden binnen het fiscale fraudebeleid als geheel opnieuw te doordenken. Hofman doet daartoe de aanbeveling om de vervolgingsuitsluitingsgrond voor artikel 225 lid 2 Sr in geval feiten tevens binnen artikel 69 lid 1 en 2 AWR vallen, als vervat in artikel 69 lid 4 AWR, uit te breiden met artikel 225 lid 1 Sr.¹⁵² Aan haar argumenten hiervoor valt toe te voegen dat deze ingreep ook vanuit het perspectief van het codificatiebeginsel toe te juichen is; hiermee wordt voorkomen dat fiscale feiten – die niet voor niets als ‘bijzondere’ feiten buiten het Wetboek van Strafrecht zijn gehouden – via een sluiproute alsnog in het commune strafrecht terechtkomen (inclusief hun ‘bijzondere’ kenmerken zoals de enorme complexiteit van het materiële belastingrecht). Daarnaast bestaat er aanleiding om het opzetvereiste in artikel 69 AWR meer in lijn te brengen met het strafrechtelijk opzetbegrip; hiertoe heb ik in paragraaf 4.4.1.4 een aanbeveling gedaan. Een daardoor potentieel veroorzaakt ‘waterbedeffect’ naar het commune artikel 225 lid 1 Sr kan worden vermeden door de hierboven bedoelde uitbreiding van de vervolgingsuitsluitingsgrond in artikel 69 lid 4 AWR.

5.3.5 Bijzondere mutaties van schuldvormen

In paragraaf 4.3.5.1 is een gemuteerde schuldvorm in artikel 8 en 9 WWV (‘weet of redelijkerwijs moet weten’) besproken. Deze doet zich niet voor in het commune strafrecht. Van directe doorwerking is daarom geen sprake. Wel valt op dat, nadat de Wegenverkeerswet 1935 in werking trad (in 1951), nog op dertig plaatsen in het wetboek een hierop lijkend bestanddeel is ingevoerd, namelijk het ‘weten of redelijkerwijs moeten vermoeden’, of het ‘weten of ernstige reden hebben om te vermoeden’. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wegenverkeerswet 1935 kwam dit bestanddeel ‘slechts’ op vijf plaatsen (in wisselende formuleringen) voor. De invoering van een vergelijkbaar bestanddeel in commune strafbepalingen na 1951 is echter niet (zichtbaar) geïnspireerd op de passage in de Wegenverkeerswet

151 HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542. Zie hierover ook uitgebreid de conclusie van de A-G Hofstee bij deze zaak: ECLI:NL:PHR:2017:796. Sinds dit arrest is het aantal als pleitbaar standpunt vormgegeven verweren binnen zaken met betrekking tot artikel 225 lid 1 Sr overigens bepaald niet geëxplodeerd; ik trof nog Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:2035 en Rb. Overijssel 1 oktober 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3445; ook in de zaak resulterend in HR 18 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:734 werd een dergelijk verweer in commune context gevoerd; tot slot werd een dergelijk verweer gevoerd met betrekking tot een tenlastegelegde oplichting (van de fiscus) (art. 326 Sr) in Hof Arnhem-Leeuwarden 10 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8833.

152 Hofman 2021, p. 567-568.

1935. Bovendien bestaat bij deze bestanddelen niet de onduidelijkheid die bij het subjectieve bestanddeel in artikel 8 en 9 WVV bestaat.

Wel lijkt de ratio achter het bestanddeel 'weet of redelijkerwijs moet weten' terug te keren binnen de genoemde bestanddelen het commune strafrecht. Steeds keert namelijk de gedachte terug dat met een dergelijk bestanddeel – waar opzet en culpa op gelijke voet zijn gesteld – 'bewijsmoeilijkheden' met het opzet vermeden moesten worden. De invoering van een culpoos bestanddeel als alternatief voor een doleus bestanddeel verdient, vanuit het schuldbeginsel bezien, de voorkeur boven een (door bewijsmoeilijkheden) uitgehold opzetvereiste. Wel valt op dat dit slechts in enkele gevallen resulteert in een lager wettelijk strafmaximum voor de culpoze variant, namelijk alleen zodra het culpoze alternatief in een aparte bepaling is opgenomen (zoals bij heling, artikel 416 en 417bis Sr). Deze zelfde strafmaat kan mogelijk verklaard worden door het gegeven dat de culpa als alternatief voor opzet in de regel ziet op een omstandigheid, terwijl er nog opzetverband aanwezig is in diezelfde bepaling.¹⁵³

Daarnaast werd met het deze passage in de Wegenverkeerswet 1935 een formulering toegevoegd voor een bestanddeel dat reeds verschillende formuleringen kende. In 1951 bestonden reeds de formuleringen 'weet of redelijkerwijs moet vermoeden' (artikel 437bis Sr), 'kent of redelijkerwijs moet vermoeden' (artikel 250 Sr) en 'weet of ernstige reden heeft [om] te vermoeden' (artikelen 132, 134 en 271 Sr). Tijdens de totstandkoming van de Wegenverkeerswet 1935 bestonden zelfs alleen de passages in artikel 437bis Sr en artikel 250 Sr. Hierom kan het goed zijn dat de wetgever van de Wegenverkeerswet 1935 zich niet bewust is geweest van het feit dat er kon worden aangeknoopt bij een reeds bestaande formulering, om daarmee een consequent gebruik van terminologie in de wet te bevorderen. Het gebruik van opzet en culpa als gelijkwaardige alternatieven in een delictsomschrijving heeft sindsdien echter een flinke vlucht genomen. Hierbij zijn verschil-

153 Zie bijvoorbeeld artikel 225, lid 2 Sr: "(...) hij die *opzettelijk* gebruik maakt van het valse of vervalste geschrift als ware het echt en onvervalst dan wel *opzettelijk* zodanig geschrift aflevert of voorhanden heeft, terwijl hij *weet of redelijkerwijs moet vermoeden* dat dit geschrift bestemd is voor zodanig gebruik." (mijn cursivering, JC).

lende formuleringen gebruikt om hetzelfde uit te drukken.¹⁵⁴ Soms levert

-
- 154 Het bestanddeel ‘weten of redelijkerwijs moeten vermoeden’ (of een equivalent daarvan, in dat geval heb ik dat equivalent weergegeven) is op de volgende momenten ingevoerd, of via een wijziging toegevoegd aan een reeds bestaande bepaling:
- Art. 97b: Ingevoerd bij wet van 10 juli 1952, *Stb.* 1952, 408 (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’)
- Art. 98: Gewijzigd bij wet van 5 april 1951, *Stb.* 1951, 92
- Art. 98a: Ingevoerd bij wet van 5 april 1951, *Stb.* 1951, 92
- Art. 132: Ingevoerd bij wet van 19 juli 1934, *Stb.* 1934, 405 (‘weet of ernstige reden heeft te vermoeden’)
- Art. 134: Gewijzigd bij wet van 19 juli 1934, *Stb.* 1934, 405 (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’)
- Art. 137e: Ingevoerd bij wet van 18 februari 1971, *Stb.* 1971, 96
- Art. 139e: Ingevoerd bij wet van 7 april 1971, *Stb.* 1971, 180
- Art. 139g: Gewijzigd bij wet van 27 juni 2018, *Stb.* 2018, 322
- Art. 139h: Ingevoerd bij wet van 27 september 2019, *Stb.* 2019, 311
- Art. 197: Gewijzigd bij wet van 23 juni 1960, *Stb.* 1960, 239 (‘weet of ernstige reden heeft te vermoeden’)
- Art. 197a: Ingevoerd bij wet van 24 februari 1993, *Stb.* 1993, 141 (‘weet of ernstige *redenen* heeft te vermoeden’)
- Art. 197b: Ingevoerd bij wet van 23 december 1993, *Stb.* 1993, 707 (‘weet of ernstige *redenen* heeft om te vermoeden’)
- Art. 225: Gewijzigd bij wet van 4 juni 1992, *Stb.* 1992, 287
- Art. 226: Gewijzigd bij wet van 4 juni 1992, *Stb.* 1992, 287
- Art. 227: Gewijzigd bij wet van 4 juni 1992, *Stb.* 1992, 287
- Art. 227a: Ingevoerd bij wet van 20 januari 2000, *Stb.* 2000, 40
- Art. 227b: Ingevoerd bij wet van 20 januari 2000, *Stb.* 2000, 40
- Art. 231: Gewijzigd bij wet van 24 mei 1989, *Stb.* 1989, 189
- Art. 232: Gewijzigd bij wet van 20 januari, *Stb.* 2000, 40
- Art. 240: Gewijzigd bij wet van 3 juli 1985, *Stb.* 1985, 385 (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’)
- Art. 240a: Ingevoerd bij wet van 3 juli 1985, *Stb.* 1985, 385
- Art. 248c: Ingevoerd bij wet van 13 juli 2002, *Stb.* 2002, 388 (Oorspronkelijk: wiens minderjarigheid hij *kent* of redelijkerwijs moet vermoeden)
- Art. 248d: Ingevoerd bij wet van 26 november 2009, *Stb.* 2009, 544
- Art. 248f: Ingevoerd bij wet van 12 februari 2014, *Stb.* 2014, 74
- Art. 250: Gewijzigd bij wet van 20 mei 1911, *Stb.* 1911, 130 (‘wiens minderjarigheid hij *kent* of redelijkerwijs moet vermoeden’, kwam ook voor in art. 240bis (oud) en art. 248ter (oud))
- Art. 271: Gewijzigd bij wet van 19 juli 1934, *Stb.* 1934, 405 (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’)
- Art. 272: Gewijzigd bij wet van 30 juni 1967, *Stb.* 1967, 377
- Art. 273d: Ingevoerd bij wet van 1 juni 2006, *Stb.* 2006, 300
- Art. 273f: Ingevoerd bij wet van 9 december 2004, *Stb.* 2004, 645 (destijds nog art. 273a)
- Art. 273g: Ingevoerd bij wet van 29 juni 2021, *Stb.* 2021, 467 (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’)
- Art. 285a: Ingevoerd bij wet van 11 november 1993, *Stb.* 1993, 603 (‘weet of ernstige reden heeft te vermoeden’)
- Art. 296: Gewijzigd bij wet van 1 mei 1981, *Stb.* 1981, 257
- Art. 385c: Ingevoerd bij wet van 10 mei 1973, *Stb.* 1973, 228 (‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden’)
- Art. 437bis: Ingevoerd bij wet van 7 juni 1919, *Stb.* 1919, 311 (‘weet of *redelijk*wijs moet vermoeden’)
- Art. 447c: Ingevoerd bij wet van 20 januari 2000, *Stb.* 2000, 40.

dat alleen semantische onduidelijkheid op. Zo mag aangenomen worden dat 'kent of redelijkerwijs moet vermoeden' (artikel 250 Sr) hetzelfde betekent als de meer voorkomende passage 'weet of redelijkerwijs moet vermoeden' (hoewel de neurowetenschappers hier vermoedelijk nog wel iets meer over zouden kunnen zeggen). En 'redelijkerwijs' in artikel 437bis Sr geeft de bepaling vooral een antiek karakter, maar creëert toch weinig onduidelijkheid over de betekenis. Er ontstaat wel enige onduidelijkheid zodra de passages 'redelijkerwijs moet vermoeden' en 'ernstige reden (om) te vermoeden' naast elkaar gelegd worden. Een ernstige reden hebben om iets te vermoeden lijkt een strenger criterium dan iets redelijkerwijs moeten vermoeden; bij een ernstige reden zal het doorgaans ook redelijk zijn, terwijl een redelijk vermoeden niet altijd gebaseerd zal zijn op een ernstige reden. Bij de artikelen 197a en 197b Sr wordt de lat zelfs nog iets hoger gelegd door te spreken over 'ernstige *redenen* om te vermoeden'. Zo lijken er zware en minder zware vormen van culpa te bestaan in de bedoelde bepalingen, terwijl in de dogmatiek – afgezien van het uitgangspunt dat altijd *culpa lata* moet worden bewezen om culpa te kunnen aannemen – geen onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende gradaties van culpa.¹⁵⁵

In dit toch al complexe landschap van uitdrukkingen helpt het niet mee dat in de huidige Wegenverkeerswet een afwijkende formulering is gekozen, waarmee (aanvankelijk) iets anders bedoeld werd dan hoe het vandaag de dag wordt opgevat.¹⁵⁶ Bovendien maakte deze afwijkende formulering onderdeel uit van de ontwikkeling van tientallen (wisselend geformuleerde) bestanddelen. Door opzet en culpa op gelijke voet te plaatsen zou bewijsproblematiek in de rechtspraak vermeden worden. Het zou de rechtspraak echter vooral helpen als er op dit gebied voor een consequente formulering wordt gekozen, zodat dit bestanddeel niet bij ieder delict op de dogmatische weegschaal hoeft te worden gelegd. Vanuit wetssystematisch oogpunt verdient een gelijke formulering van gelijke bestanddelen bovendien ook de voorkeur boven de huidige situatie.

Een tweede bijzondere mutatie van schuldvormen die in hoofdstuk 4 werd gesignaleerd is een cumulatie van verschillende subjectieve bestanddelen. Deze doet zich in het bijzonder voor in de context van de WED, waar artikel 2 WED, eerste lid, een aantal in artikel 1 en 1a WED genoemde overtredingen als misdrijf bestempelt indien zij opzettelijk zijn begaan. Daarmee is het opzet toegevoegd aan de bedoelde overtredingen, terwijl die overtredingen soms zelf reeds een subjectief bestanddeel, zoals culpa, bevatten (zoals beschreven in paragraaf 4.5.1.2). De Wegenverkeerswet bevat in de constellatie van artikel 5a, artikel 6 en artikel 175 WVV ook een complexe combinatie aan schuldvormen (zoals beschreven in paragraaf 4.3.5.6). Deze ontwikkelingen zijn op dit moment geïsoleerd gebleven tot deze deelgebieden; in het commune strafrecht doet deze problematiek zich niet voor.

155 Afgezien van de roekeloosheid, maar dat staat los van deze materie.

156 Par. 4.3.5.1.

5.4 RESUMEREND

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal in welke mate in hoofdstuk 4 beschreven afwijkingen in het bijzonder strafrecht veralgemeniseerd zijn in het commune strafrecht. Op *legislatief* niveau werd zichtbaar dat er op verschillende plaatsen sprake is van een veralgemenisering van een figuur of ontwikkeling uit het bijzonder strafrecht. Dat gebeurt op drie plaatsen.

In de eerste plaats betreft dit de openheid van de normen. Waar in het bijzonder strafrecht het al langer een gebruik was om te werken met open normen die delicten potentieel een breed bereik geven, lijkt zich dat bij een aantal (tamelijk recent ingevoerde) delicten in het wetboek ook voor te doen. De grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn hier bewust minder scherp zichtbaar, omdat de wetgever bij het vormgeven van de delictsomschrijving niet in staat was om de norm nader te expliciteren. Dit werd geïllustreerd aan de hand van strafbaarstellingen binnen het terrorismedomein. Hierbij speelt het belang van effectieve handhaving een grotere rol dan het belang van een precieze delictsomschrijving. Vanuit legaliteitsperspectief bestaat hier het risico dat de precieze norm pas bij de handhaving duidelijk wordt.

In de tweede plaats betreft dit de openheid van de regeling omtrent de strafbaarheid van de rechtspersoon. De regeling omtrent daderschap van de rechtspersoon is in het bijzonder strafrecht stapsgewijs ingevoerd, zonder dat de strafbaarheid van de rechtspersoon als geheel – dat wil zeggen: daderschap én de vaststelling van de subjectieve zijde van strafbaarheid – fundamenteel werd doordacht. Eenzelfde regeling werd ingevoerd in het commune strafrecht, zonder dat de regeling (alsnog) fundamenteel door-dacht werd. De wens van ‘doeltreffende’ of ‘doelgerichte’ mogelijkheden tot bestraffing van een rechtspersoon voor commune delicten domineerde boven het systematisch inbedden van de regeling in het wetboek.

In de derde plaats betreft dit de doorwerking op het gebied van de schuldvormen. Zichtbaar werd dat de wetgever met de introductie van de schuldvorm roekeloosheid, die gemotiveerd werd vanuit de wens om hoger te kunnen straffen bij ernstige verkeersongevallen, ook het commune strafrecht heeft beïnvloed. Niet alleen werd de schuldvorm ook geïntroduceerd bij artikel 307 en 308 Sr, maar intussen is ook de precieze betekenis van deze commune roekeloosheid niet helder. Aanvankelijk werd aansluiting gezocht bij de betekenis van roekeloosheid in de Wegenverkeerswet, maar sinds de introductie van artikel 5a WvW liggen de zaken complexer. De figuur roekeloosheid is bovendien dikwijls bekritiseerd in de literatuur, omdat hij moeilijk past in de systematiek van en verhouding tussen de schuldvormen opzet en culpa. Ook hier lijkt de conclusie te moeten zijn dat de wens om hoger te kunnen straffen (bij ernstige verkeersongevallen) prevaleerde boven een goede systematische inbedding van deze figuur. De roekeloosheid introduceren was geen doel, maar een middel om hogere straffen in bepaalde situaties te kunnen rechtvaardigen.

Op het terrein van de schuldvormen heeft het bijzonder strafrecht

daarnaast een ontwikkeling gestimuleerd waarbij binnen één delictsomschrijving culpa als (gelijkwaardig) alternatief voor opzet fungeert ('weet of redelijkerwijs moet vermoeden'). Hierbij worden 'bewijsmoeilijkheden' met betrekking tot het opzet voorkomen, omdat teruggevallen kan worden op de (lichtere) culpa. De semantische vormgeving van deze bestanddelen varieert, waarbij niet altijd goed verklaarbaar is waarom de wetgever voor wisselende formuleringen kiest. Het meest problematische bestanddeel in deze categorie is te vinden in de Wegenverkeerswet ('weet of redelijkerwijs moet weten'), waarbij het niet te verwachten is dat deze formulering door de wetgever vaker gebruikt gaat worden (vanwege de moeilijkheden die dit bestanddeel in de praktijk oplevert).

Op *jurisprudentieel* niveau werd eveneens zichtbaar dat er een zekere veralgemenisering plaatsvindt van figuren uit bijzondere wetten. Dat gebeurt op drie plaatsen; soms goed, soms minder goed zichtbaar.

Goed zichtbaar is de ontwikkeling van het functioneel daderschap, dat ontwikkeld is in een reeks arresten waarvan het IJzerdraadarrest het meest in het oog springt. Deze vorm van daderschap kwam tot ontwikkeling door het functioneel interpreteren van bepaalde (bedrijfsmatig getinte) bestanddelen, zoals het in stand laten van een verboden toestand. Dergelijke bestanddelen konden ook worden vervuld door de niet-fysieke dader, indien hij over de gedragingen waarmee die bestanddelen wél werden vervuld (door een ander persoon) beschikte, en hij die aanvaardde. Deze figuur werd in de rechtspraak ontwikkeld tegen de achtergrond van het rechtspersonenbegrip dat in de (destijds fonkelnieuwe) WED vigeerde – hier vielen eenmanszaken niet onder, waardoor een zekere gelijkstelling werd beoogd middels het de functionele interpretatie van bepaalde bestanddelen. Daderschap kon daardoor in bepaalde gevallen ook in niet-fysieke, maar functionele zin worden vastgesteld. Dit functioneel daderschap heeft zich nadien ontwikkeld tot algemeen toepasbare vorm van daderschap; een algemeen leerstuk. Bij dit algemene leerstuk ontbreekt echter aan één aspect: een wettelijke basis in het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht, terwijl artikel 91 Sr geen uitbreiding of beperking toestaat buiten de (formele) wet om.

In de tweede plaats is over de bandbreedte van de jurisprudentie een doorwerking waarneembaar binnen de uitleg en toepassing van het (voorwaardelijk) opzet. De hedendaagse invulling van het voorwaardelijk opzet (in het commune strafrecht) valt in belangrijke mate terug te voeren tot jurisprudentie op het terrein van het bijzonder strafrecht. Zo werd in het Cicero-arrest het voorwaardelijk opzet (met mogelijkheidsbewustzijn) voor het eerst geaccepteerd door de Hoge Raad en werd in een aantal arresten in verkeersrechtelijke context de ondergrens van het volitieve element van het voorwaardelijk opzet van nader reliëf voorzien. Daarnaast werkt ook de grotere nadruk op zorgplichten in de vaststelling van het voorwaardelijk opzet (zoals in de Opiumwet voorkomt) ook door op een aantal plaatsen in het commune strafrecht. Niet voldoende zorg betrachten, niet controleren,

niet waakzaam zijn kan een basis vormen voor de vaststelling van voorwaardelijk opzet bij een gemeen delict.

Zichtbaarder is de doorwerking van de invulling van het opzetvereiste bij de bestanddelen 'voorhanden hebben' of 'aanwezig hebben' in de Opiumwet en de Wet Wapens en Munitie. De wetgever voorzag een aantal misdrijven in die wetten niet van een subjectief bestanddeel, waardoor een dergelijk bestanddeel ingelezen werd in de rechtspraak. Hier ontstond het criterium van een 'meerdere of mindere mate van bewustzijn', waarmee uitdrukking lijkt te zijn gegeven aan een opzetvereiste dat alle opzetgradaties omvat (waaronder voorwaardelijk opzet met mogelijkhedenbewustzijn). Over de precieze betekenis van dit criterium wordt in de literatuur nog gediscussieerd. Deze invulling van opzet wordt intussen ook toegepast in het kader van een aantal gemeen delicten. Voor deze doorwerking lijken met name strafbepalingen vatbaar die eveneens het 'voorhanden hebben' of 'aanwezig hebben' als bestanddeel hebben.

Het algehele beeld met betrekking tot het voorwaardelijk opzet is dat het een weinig vastomlijnde basisvorm heeft, waardoor geen duidelijke bandbreedte bestaat waarbinnen variaties in verschillende delicten zich zouden moeten bevinden. Deze versnippering binnen de toepassing van het voorwaardelijk opzet is in belangrijke mate toe te schrijven aan het bijzonder strafrecht, waarin het voorwaardelijk opzet vaak in complexere bochten gewrongen wordt dan in het gemeen strafrecht. Deze versnippering leidt intussen ook in het gemeen strafrecht tot een weinig vastomlijnde toepassing van het voorwaardelijk opzet.

In de derde plaats is gewezen op het hanteren van een 'open' en weinig sturend materieelrechtelijk criterium als de 'redelijke toerekening', waardoor een zekere dedogmatisering of vervlakking van de invulling van materieelrechtelijke leerstukken in gang lijkt te zijn gezet. Hierover valt niet met zekerheid te zeggen of deze ontwikkeling in het gemeen strafrecht volledig terug te voeren valt tot een voorafgaande ontwikkeling in het bijzonder strafrecht. Maar ook indien de ontwikkelingen zich deels parallel aan elkaar hebben voorgedaan is van een (binnen dit onderzoek relevante) beïnvloeding sprake. Het criterium van de redelijke toerekening lijkt in zekere zin te zijn meegereisd met de regeling omtrent daderschap van de rechtspersoon vanuit de WED naar het wetboek. Intussen wordt het criterium tegenwoordig breder toegepast wordt dan alleen binnen de regeling van daderschap van rechtspersonen.