

University of Groningen

Aliud of minus

Knigge, Geert

Published in:
Gehoord de Procureur-Generaal

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2016

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Knigge, G. (2016). Aliud of minus: een vraag die ertoe doet? In G. Knigge, F. F. Langemeijer, A. J. Machielse, P. C. Vegter, P. Vlas, C. L. de Vries Lentsch-Kostense, & P. J. Wattel (editors), *Gehoord de Procureur-Generaal: Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.W. Fokkens ter gelegenheid van zijn afscheid als Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden* (blz. 177-186). Wolters Kluwer.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

16 | Aliud of minus: een vraag die ertoe doet?

*G. Knigge*¹

1 Inleiding

Hoe verhoudt een advocaat-generaal zich tot de procureur-generaal? Verschilt zijn functie slechts gradueel van die van een procureur-generaal, zodat die functie in het jargon waartoe juristen soms hun toevlucht nemen, voor een minus kan doorgaan? Of is er een wezenlijk verschil, zodat volgens datzelfde jargon van een aliud de rede is?

Men zou deze vraag juridisch te lijf kunnen gaan. Men komt dan uit bij art. 111 lid 5 RO, dat bepaalt dat de bevoegdheden van de procureur-generaal ook door advocaten-generaal kunnen worden uitgeoefend, tenzij de aard van die bevoegdheid zich daartegen verzet. Dat laatste lijkt niet snel het geval te zijn. De conclusie zou daarom kunnen zijn dat het onderscheid slechts gradueel is. De een heeft wat meer, de ander wat minder bevoegdheden.

Het beeld kantelt als men door een managementbril naar de vraag kijkt. Het gaat dan niet om de bevoegdheden, maar om het takenpakket zoals dat er in de praktijk uitziet. En dan moet de conclusie al snel zijn dat het verschil tegenwoordig immens is. Het leeuwendeel van het werk van een advocaat-generaal bestaat uit het nemen van conclusies, terwijl de procureur-generaal alleen nog bij hoge uitzondering concludeert.² Diens functie moet zo gezien wel een aliud zijn.

Een derde mogelijkheid om de vraag te beantwoorden, is om te kijken naar de mens achter de functionaris. In een liber amicorum ligt dat misschien zelfs voor de hand. Maar een vergelijking van Jan Watse Fokkens als mens met de mensen die het ambt van advocaat-generaal bekleden, is een hachelijke

1 Advocaat-generaal bij de Hoge Raad en honorair hoogleraar straf(proces)recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

2 Zie voor zo'n uitzondering ECLI:NL:PHR:2014:2304, waarin Jan Watse het nieuwe beleid aankondigde dat het parket met betrekking tot afdoening op voet van art. 80a RO zou gaan voeren.

onderneming. Bovendien staat de uitkomst op voorhand vast. Want ieder mens is tenslotte uniek, en dus ten opzichte van de ander een *alius*. Toch waag ik mij aan een enkele opmerking. Jan Watse trad zijn advocaten-generaal altijd tegemoet als waren zij zijn gelijken. Hij stelde hun meningen op prijs en liet hen, ook als hij er zelf anders over dacht, in hun waarde. Hij creëerde zo de illusie dat hij slechts een *primus inter pares* was, en dat vergrootte paradoxaal genoeg zijn gezag.

In dit opstel gaat het om het volgende. Als iemand zou schrijven dat Jan Watse Fokkens in 2015 advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden was, is dat onjuist. Dat geldt ook als men zou menen dat tussen een advocaat-generaal en een procureur-generaal slechts een *gradueel* verschil bestaat. Voor de vaststelling van de historische werkelijkheid lijkt het antwoord op de vraag ‘minus of aliud?’ dus irrelevant te zijn. Heeft het dan zin om naar dat antwoord te zoeken?

2 De aanleiding

In HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1660, *NJ* 2015/362 m.nt. Keijzer deed zich het volgende voor. Aan de verdachte was schuldwitwassen (art. 420quater Sr) ten laste gelegd. Bewezen diende daarom te worden dat de verdachte ‘redelijkerwijs moest vermoeden’ dat de bankbiljetten in kwestie van misdrijf afkomstig waren. Het Hof Amsterdam leidde uit de feiten af dat de verdachte wist dat de biljetten van misdrijf afkomstig waren en sprak de verdachte vervolgens vrij. Hoewel niet helemaal helder was hoe het hof had geredeneerd, moest er in cassatie rekening mee worden gehouden dat het hof van oordeel was geweest dat opzet en schuld elkaar uitsloten. Daarmee lag de vraag op tafel of schuld ten opzichte van opzet een *aliud* dan wel slechts een *minus* is.

In zijn conclusie geeft A-G Bleichrodt een overzicht van de argumenten die door de aanhangers van de ‘*aliud*-theorie’ en die van de ‘*minus*-theorie’ naar voren zijn gebracht. Voor een deel is die argumentatie van inhoudelijke (of zo men wil: materieelrechtelijke) aard. Daarmee bedoel ik dat het daarbij gaat om de vraag hoe de beide werkelijkheden die door de begrippen opzet en schuld worden gerepresenteerd, zich tot elkaar verhouden. Opzet en schuld zouden ‘wezenlijk anders’ zijn omdat tussen beide een ‘*kardinaal* verschil’ bestaat. Daartegenover wordt gesteld dat de verschillen slechts ‘*gradueel* van aard’ zijn, dat sprake is van een ‘*geleidelijke* overgang’ en van een ‘*glijdende* schaal’. Hier verdient aandacht dat door de aanhangers van de ‘*minus*-theorie’ ook argumenten van andere orde worden gebezigd. Zo wordt aangevoerd dat de bewijslevering bij opzet en schuld langs dezelfde lijn van geobjectiverde toetsing verloopt. Benadrukt wordt voorts dat de ‘*aliud*-theorie’ tot ongerijmde

resultaten en ongewenste consequenties leidt. Over wat ‘ongerijmd’ en ‘ongewenst’ is, kunnen de meningen uiteenlopen. Maar de aanhangers van de ‘minus-theorie’ achten het ongerijmd dat een verdachte aan wie een culpoos delict is ten laste gelegd, moet worden vrijgesproken als blijkt dat hij opzet had. Ongerijmd wordt ook gevonden dat de rechter, als hij twijfelt tussen de primair ten laste gelegde opzet en de subsidiair ten laste gelegde schuld, strikt genomen van beide moet vrijspreken omdat hij van geen van beide overtuigd is.

De Hoge Raad beriep zich op de tekst van art. 420quater Sr.³ Naar zijn oordeel was de redenering van het hof onjuist, omdat het feit dat de verdachte opzet had, niet uitsluit dat hij redelijkerwijs moest vermoeden dat het om misdadgeld ging. Bij een letterlijke lezing van art. 420quater Sr is dat oordeel juist, net zoals juist is dat het feit dat iemand om 11.00 uur aanwezig is, niet uitsluit dat hij om 11.00 uur aanwezig moest zijn. Vaak zal het juist zo zijn dat de persoon aanwezig was omdat hij aanwezig moest zijn. Een tekortschieten of in gebreke blijven is zo gezien niet in art. 420quater Sr geïmpliceerd.

Vanzelfsprekend is een letterlijke lezing overigens niet. Annotator Keijzer wees erop dat de wettelijke kwalificatie (schuldwitwassen) een argument oplevert voor een andere uitleg. ‘Schuld’ levert tenslotte een diskwalificatie op, en impliceert dus een tekortschieten. Daar komt bij dat de letterlijke lezing maakt dat art. 420quater Sr een zeer ruim bereik heeft gekregen. Onder dit artikel vallen voortaan ook alle (of bijna alle) gevallen van opzetwitwassen. De vraag die zich daarbij opdringt, is waarom de wetgever opzetwitwassen niet vorm heeft gegeven als een gekwalificeerde specialis van de generalis schuldwitwassen. De wetssystematiek pleit anders gezegd eveneens tegen de grammaticale interpretatie waarvoor de Hoge Raad koos. Niet ondenkbaar is dat de Hoge Raad aan deze tegenargumenten voorbij is gegaan omdat hij terugschrok voor de ‘ongerijmde’ consequenties waartoe een andere uitleg zou leiden.

Keijzer wees er in zijn annotatie ook op dat uit het arrest niet kan worden afgeleid dat de Hoge Raad in het algemeen van oordeel is dat opzet culpa niet uitsluit. Het specifieke grammaticale argument waarop hij zich beriep, gaat immers in andere gevallen niet op.

3 Probleemstelling

De vraag die ik in dit opstel wil bespreken, is niet hoe de opzet en de culpa zich tot elkaar verhouden, en dus ook niet of culpa als een aliud dan wel als een minus moet worden aangemerkt.⁴ De vraag waar het mij om gaat, is of de oplossing voor het probleem van de ongerijmde resultaten wel in de juiste richting wordt gezocht. Brengt het antwoord op de vraag of sprake is van een

3 Op dit grammaticale argument deed ook A-G Bleichrodt een beroep.

4 Zie daarvoor de bijdrage van Nico Keijzer aan deze bundel.

aliud dan wel een minus ons veel verder? Een vraag daarbij is wat eigenlijk het probleem is.

Het probleem waarvoor het Hof Amsterdam de Hoge Raad plaatste, staat niet op zichzelf. Soortgelijke problemen spelen ook op andere terreinen. Bekend is het geval van de verdachte die kort na de inbraak met de gestolen spullen wordt aangetroffen. De vraag of er voldoende bewijs voor de primair ten laste gelegde diefstal is (dan wel of teruggevallen moet worden op de subsidiair ten laste gelegde heling), hangt dan af van de bijzonderheden van het geval. De jurisprudentie laat daarbij zien dat de verschillen soms subtiel zijn.⁵ Als met een bewijsrechtelijke bril gekeken wordt, zou gezegd kunnen worden dat er een vloeiende overgang is tussen diefstal en heling. Moet op grond daarvan geconcludeerd worden dat heling een minus is van diefstal? Een bevestigend antwoord zou de oplossing bieden voor het probleem dat zich veelvuldig voordoet, namelijk dat het wettig bewijs voor diefstal ontbreekt, maar de rechter er allerminst van overtuigd is dat de verdachte de spullen niet heeft gestolen. In de praktijk wordt dan doorgaans veroordeeld wegens heling. Dat lijkt niet problematisch als heling een minus van diefstal zou zijn. Maar dat is niet het geval. Een veroordeling wegens heling is juist uitgesloten als de desbetreffende goederen door eigen misdrijf zijn verkregen.⁶ Dat betekent dat de verdachte, als enkel heling is ten laste gelegd, moet worden ontslagen van rechtsvervolging als hij kan aantonen dat hij de goederen zelf gestolen heeft. Dat is een weinig bevredigend resultaat, waarvoor de ‘minus-theorie’ geen oplossing biedt.

Gewezen kan ook worden op de verhouding tussen art. 312 Sr (diefstal met geweld) en art. 317 Sr (afpersing). De Hoge Raad heeft aanvaard dat tussen beide delicten een zekere overlap bestaat. In bepaalde gevallen kan de beroving van het slachtoffer zowel diefstal met geweld als afpersing opleveren.⁷ Er lijkt dus sprake van een vloeiende overgang tussen beide delicten, zo vloeiend zelfs dat de grens is vervloeid tot een grensgebied dat tot beider domein behoort. Duidelijk moge zijn dat daardoor moeilijk te verteren consequenties kunnen worden voorkomen. Doordat beide kwalificaties mogelijk zijn, kan zich niet voordoen dat de verdachte de dans ontspringt doordat het verkeerde delict is ten laste gelegd. Van een minus is hier geen sprake. Het is niet zo dat afpersing wordt gezien als een minus van diefstal met geweld of omgekeerd, diefstal met geweld als een minus van afpersing. Dat zou ook moeilijk kunnen omdat de strafbedreiging bij beide delicten dezelfde is. Een en ander betekent dat de door de Hoge Raad aanvaarde overlap alleen ongerijmde consequenties voorkomt als het gaat om een beroving die zich in het grensgebied voordoet. Als de verdachte onverhoeds de tas uit de handen van het slachtoffer ruikt, leidt een

5 Zie bijvoorbeeld HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2880, NJ 2010/475.

6 Zie o.m. HR 7 februari 1978, NJ 1978/661.

7 Zie HR 2 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5232, NJ 2009/281.

vervolging wegens afpersing tot vrijspraak. Ondanks de vloeiende overgang die tussen beide delicten bestaat, is deze diefstal met geweld toch echt iets anders (een aliud).

Nog een weer wat anders liggend geval. Stel dat ten laste gelegd is dat het alcoholgehalte in het bloed van de verdachte 0,6 mg/ml bedroeg. Stel voorts dat vast komt te staan dat het alcoholgehalte in feite hoger was, namelijk 0,7 mg/ml. Kan dan bewezen worden dat sprake was van een bloedalcoholgehalte van 0,6 mg/ml, of moet uitgeweken worden naar het subsidiair ten laste gelegde 'meer dan 0,5 mg/ml'? Zo ja, moet dan algeheel vrijgesproken worden als die subsidiaire uitwijkmogelijkheid niet in de tenlastelegging is opgenomen? Beslissend voor het antwoord op die vraag lijkt niet te zijn dat het bij het verschil in promillage gaat om een gradueel onderscheid. Dat is zonder twijfel het geval: 0,6 is minder dan 0,7. Het antwoord lijkt veeleer af te hangen van de vraag wat de eis dat de rechter moet oordelen op grondslag van de tenlastelegging, in dit geval inhoudt. Dat is een vraag, niet van materieel recht, maar van procesrecht.

Dat brengt mij op het volgende. Het probleem in het besproken arrest was dat alleen de culpose variant was ten laste gelegd. Ook het omgekeerde geval doet zich voor. De officier van justitie legt bijvoorbeeld alleen doodslag ten laste, en dus niet subsidiair dood door schuld. Mag de rechter dan, als hij oordeelt dat geen sprake was van opzet, maar wel van schuld, voor art. 307 Sr veroordelen? Dat is weer een vraag die in de sleutel van het oordelen op de grondslag van de tenlastelegging pleegt te worden gezet. Mag aangenomen worden dat het OM ook voor het lichtere delict wenste te vervolgen? Had de verdachte daarop bedacht moeten zijn? Voor het antwoord op die vragen maakt het weinig uit of culpa als een minus van opzet wordt gezien dan wel als een aliud wordt aangemerkt.⁸

De vraag is kortom of sprake is van een probleem dat zijn oplossing in het materiële recht moet vinden. Gaat het niet primair om een procesrechtelijke kwestie? Als het Amsterdamse hof bij de vraag welk strafbaar feit is begaan niet gebonden was geweest aan de tenlastelegging, had het 'gewoon' voor (opzet)witwassen kunnen veroordelen. Enig probleem was er dan niet geweest.

8 Vergelijk HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, r.o. 3.3.2. Volgens de Hoge Raad zou het OM er, vanwege 'het ontbreken van een precieze afgrenzing' tussen medeplegen en medeplichtigheid, goed aan doen beide varianten ten laste te leggen. De Hoge Raad laat er daarbij geen twijfel over bestaan dat de rechter moet vrijspreken als uitsluitend medeplegen is ten laste gelegd en slechts van medeplichtigheid blijkt. Dit hoewel medeplichtigheid vanwege het gebrek aan een duidelijke afgrenzing (dat toegeschreven kan worden aan het graduele verschil in de intensiteit van de samenwerking) als een minus van medeplegen zou kunnen worden gezien.

4 Het onderscheid aliud – minus nader beschouwd

Bleichrodt stelt in zijn conclusie dat sprake is van een minus als het ene begrip (opzet) het andere begrip (culpa) insluit. Dat is een scherpe omschrijving, maar ook een omschrijving die het begrip ‘minus’ binnen enge grenzen houdt. ‘Minus’ en ‘species’ zijn dan namelijk synoniemen. Moord bijvoorbeeld is een species van het genus doodslag omdat moord doodslag insluit. Anders gezegd: bij moord is per definitie sprake van doodslag. Van een minus in deze zin is niet snel sprake. Het is bijvoorbeeld de vraag of voorwaardelijk opzet een species genoemd kan worden van opzet als oogmerk of bedoeling. Mogelijk eist de Hoge Raad voor ‘oogmerk’ niet dat de dader heeft beseft dat de kans dat hij zou slagen aanmerkelijk is.⁹ In die benadering impliceert het oogmerk geen voorwaardelijk opzet. Het is niet per definitie zo dat de dader die doelgericht handelt, zich bewust is van een aanmerkelijke kans op succes.

In het besproken arrest (*NJ* 2015/362) overweegt de Hoge Raad niet dat ‘weten’ ‘redelijkerwijs moeten vermoeden’ *insluit*. Hij overweegt dat het opzet van de verdachte *niet uitsluit* dat hij redelijkerwijs moest vermoeden. Dat is wat anders. Dat iemand op een fiets zonder bel rijdt, sluit niet uit dat hij die fiets dronken bestuurt. Maar het een sluit het ander hier niet in. Zo ook sluit doelbewust handelen bepaald niet uit dat de dader de kans van slagen aanmerkelijk acht, maar dat betekent als gezegd niet dat oogmerk voorwaardelijk opzet impliceert. Het is zo gezien nog maar de vraag of de Hoge Raad ‘redelijkerwijs moeten vermoeden’ als een minus van ‘weten’ beschouwt. Eigenlijk volgt uit het arrest alleen dat er tussen beide begrippen grote overlap bestaat. Het arrest houdt de (theoretische) mogelijkheid open dat er gevallen zijn waarin de dader wist zonder dat gezegd kan worden dat hij redelijkerwijs moest vermoeden.

In de literatuur lijkt doorgaans een minus-begrip te worden gehanteerd dat minder scherp omschreven is. Dat begrip is daardoor ook minder grijpbaar. Van een minus wordt, als ik het goed zie, gesproken als het begrip op een ‘glijdende schaal’ kan worden geplaatst. Dat wil zeggen dat er verwantschap moet zijn met andere begrippen en dat de verschillen tussen die begrippen graadueel van aard moeten zijn. Er moet bovendien sprake zijn van een verhouding van minder en meer. Dat laatste kenmerk vormt bij puur kwantitatieve begrippen geen probleem. Twee is minder dan drie en een miljoen minder dan een miljard. Maar juridische begrippen zijn zelden puur kwantitatief. In het gehanteerde minus-begrip schuilt dan ook een normatief element.

9 Zie in het bijzonder de HIV-arresten van 25 maart 2003 (*NJ* 2003/552 m.nt. Buruma) en van 24 juni 2003 (*NJ* 2003/555), waarin de aanmerkelijke kans centraal stond en waarin de Hoge Raad telkens uitdrukkelijk vooropstelde (r.o. 3.4) dat het uitgangspunt in cassatie moest zijn dat de verdachte de hem verweten gedraging ‘niet willens en wetens op de dood van het slachtoffer heeft gericht’. Vergelijk HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6765, r.o. 3.2.

Schuld wordt gezien als een minus van opzet omdat de dader een minder ernstig verwijt treft. Daarom kan bij afpersing en diefstal met geweld, hoewel sprake is van verwantschap en een vloeiende grens, geen sprake zijn van een minus omdat de strafbedreigingen gelijk zijn. Zo ook kan voorwaardelijk opzet alleen een minus zijn van oogmerk als men meent dat voorwaardelijk opzet minder 'erg' is dan oogmerk.¹⁰

De claim van de aanhangers van de minus-theorie is dat het mindere waar is als sprake is van het meerdere. Die claim gaat echter niet op, zelfs niet als het gaat om een zuiver kwantitatief onderscheid. Een glas kan tegelijk half vol en half leeg zijn, maar niet tegelijk voor een derde en voor twee derde zijn gevuld. Een analist bij het NFI pleegt dan ook valsheid in geschrift als hij zou rapporteren dat het bloedalcoholpromillage 0,6 mg/ml bedraagt, terwijl hij 0,7 mg/ml gemeten had. Het voorbeeld laat ook zien dat de claim dat een gradueel onderscheid juridisch gezien niet essentieel of wezenlijk is, niet altijd opgaat. Tussen 0,5 mg/ml en 0,6 mg/ml bestaat in het kader van art. 8 lid 2 sub c WvW 1994 een wereld van verschil.

Het voorgaande geldt ook als het niet om promillages of percentages gaat. Als ik moet raden hoeveel vingers iemand achter zijn rug opsteekt, heb ik het fout als ik twee zeg terwijl het er drie zijn. De historicus die vermeldt dat bij de slag aan de Somme aan Britse zijde op de eerste dag 12.000 doden zijn gevallen (in plaats van 19.240), heeft het eveneens fout. De minister die meedeelt dat met de 'Teeven deal' een bedrag van f 1,25 miljoen was gemoeid, informeert de Kamer onjuist. Het verweer dat 1,25 een minus is van 4,7 mag hem niet baten. Zo ook komt de bigamist niet weg met het verweer dat het verschil tussen één vrouw en twee vrouwen gradueel van aard is. Dat verschil is, hoe gradueel van aard ook, juridisch gezien essentieel.

Het wordt niet anders als het niet om zuiver kwantitatieve verschillen gaat, maar om verschillen in ernst. Een verdachte kan niet tegelijk geheel en verminderd toerekeningsvatbaar zijn. Zo ook kan de verdachte niet tegelijk aanmerkelijk en hoogst onvoorzichtig zijn geweest. Dat hier sprake is van een glijdende schaal maakt dus niet dat de lichtere en de zwaardere kwalificatie beide juist zijn. Daarom volgt, als met de aanhangers van de 'minus-theorie' wordt aangenomen dat opzet zich op diezelfde glijdende schaal als culpa bevindt, daaruit nog niet dat het oordeel dat de verdachte opzet heeft samen kan gaan met het oordeel dat hij schuld heeft.

Wat onder een aliud moet worden verstaan is overigens evenmin glashelder. Wordt bedoeld dat het ene begrip het andere per definitie uitsluit, of gaat het om begrippen die 'wezenlijke' verschillen vertonen? Dat is niet hetzelfde.

10 Daarover is niet ieder het eens. Zie A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers, 2008, p. 370: het doel van de dader is 'strafrechtelijk irrelevant'.

Diefstal en verduistering sluiten elkaar uit omdat art. 321 Sr vereist dat het goed ‘anders dan door misdrijf’ is verkregen. Daarmee is echter nog niet gezegd dat de verschillen tussen de beide vermogensdelicten wezenlijk zijn. De verschillen tussen zonder bel rijden en dronken rijden zijn in elk geval veel groter, maar die vergrijpen kunnen zoals wij zagen heel goed samengaan.

De aanhangers van de ‘aliud-theorie’ hebben dus alleen gelijk als opzet en schuld elkaar begripsmatig – per definitie – uitsluiten. Het enkele feit dat er grote verschillen bestaan – die men voor wezenlijk zou kunnen houden – maakt nog niet dat sprake is van wederzijdse uitsluiting. Er kan zich desondanks, net zoals het geval is bij diefstal met geweld en afpersing, (enige) overlap voordoen. De wezenlijke verschillen sluiten met andere woorden niet uit dat zich tussen opzet en schuld een grensgebied bevindt waarin beide samenvallen. Zo is niet ondenkbaar dat er gevallen zijn waarin zowel van roekeloosheid als van voorwaardelijk opzet kan worden gesproken.

De uitkomst van deze analyse is dat het antwoord op de vraag of de verschillen tussen opzet en schuld gradueel dan wel wezenlijk zijn, ons niet veel verder brengt als het gaat om het voorkomen van ‘ongerijmde resultaten’. Juist bij een gradueel onderscheid is sprake van wederzijdse uitsluiting: de ene gradatie is de andere niet. Opmerkelijk genoeg kunnen opzet en schuld wel samengaan als de onderlinge verschillen voor wezenlijk worden gehouden. De mogelijke samenvallende gevallen doet zich dan echter enkel in een beperkt aantal gevallen voor.

Het probleem kan daarom alleen langs materieelrechtelijke weg worden opgelost als opzet wordt geconstrueerd als een species van het genus culpa. Maar de vraag is of dat middel niet erger is dan de kwaal.

5 Een procesrechtelijke benadering

Maakt de rechter die in het voetspoor van de tenlastelegging bewezen verklaart dat het alcoholpromillage 0,6 mg/ml bedroeg terwijl dit in werkelijkheid 0,7 mg/ml was, zich schuldig aan valsheid in geschrift? Is een bewezenverklaring die inhoudt dat de verdachte twee flessen stal onwaar als het er in werkelijkheid drie waren? Het antwoord op die vragen moet bevestigend luiden als het de functie van een bewezenverklaring is om de historische werkelijkheid correct weer te geven. Dan moeten aan een bewezenverklaring dezelfde eisen worden gesteld als aan een rapport van het NFI of aan de geschiedschrijving door een historicus.

In ander verband betoogde ik dat de materiële waarheid waarnaar in het strafproces wordt gezocht, relatief van aard is. Wat in het ene strafproces voor waar mag worden gehouden, mag dat in het andere strafproces niet. Dat betekent dat ook de materiële waarheid tot op zekere hoogte formeel van aard is: de waarheid is wat daarvoor in redelijkheid mag worden gehouden als

uitkomst van het tegen de verdachte gevoerde strafproces.¹¹ De verklaring daarvoor is dat het bij de vaststelling van de feiten in het strafproces niet gaat om geschiedschrijving, maar om rechtsbescherming. De feitevaststelling moet zodanig zijn dat het verantwoord is daarop een veroordeling te baseren.¹² Vanuit een oogpunt van rechtsbescherming is het niet bezwaarlijk om 0,6 mg/ml bewezen te verklaren als het promillage in feite hoger was. De verdachte wordt daardoor niet tekort gedaan. Hetzelfde geldt als de verdachte één van de drie flessen die hij wegnam, wordt geschonken. De formele (niet geheel met de werkelijkheid strokende) waarheid mag hier daarom dienen als basis voor veroordeling en strafoplegging. Vast staat immers dat het alcoholpromillage ten minste 0,6 mg/ml bedroeg en dat de verdachte in ieder geval twee flessen wegnam.

Deze benadering verklaart ook waarom in het strafproces veel van de waarheid in het midden kan blijven. De vaststelling dat het promillage 'in elk geval hoger was dan 0,5 mg/ml' en dat de verdachte 'een aantal flessen' wegnam, vormt eveneens een voldoende basis voor een veroordeling. Er bestaat zo gezien geen principieel bezwaar tegen een alternatieve bewezenverklaring. Waarom zou de rechter, als hij twijfelt tussen opzet en schuld, niet mogen bewezen verklaren dat ofwel sprake is geweest van doodslag, ofwel van dood door schuld? De verdachte kan zich daarover niet beklagen, mits bij de kwalificatie en de strafoplegging wordt uitgegaan van het lichtste alternatief (dood door schuld).

Het probleem waarvoor de Hoge Raad zich in het besproken arrest (*NJ* 2015/362) zag geplaatst, had ook langs deze processuele weg opgelost kunnen worden. De redenering is dan dat de verdachte zich er in redelijkheid niet over kan beklagen als hij voor een minder zwaar delict wordt veroordeeld dan hij in werkelijkheid heeft begaan. Ten aanzien van hem is het niet onverantwoord om het er – in strijd met de werkelijkheid – voor te houden dat hij schuld (culpa) had.

Hoe deze benadering verder uitgewerkt moet worden, is een vraag die hier grotendeels onbesproken kan blijven. Ik merk daarover slechts het volgende op. Voorwaarde zal niet alleen zijn dat het verwijt minder zwaar is, maar ook dat het gelijksoortig is. Tussen opzet en schuld bestaat in elk geval in zoverre verwantschap dat beide begrippen invulling geven aan het mens rea-vereiste. Dat gemeenschappelijke kenmerk maakt naar mijn mening dat van gelijksoortige begrippen kan worden gesproken. Ik merk voorts op dat niet ondenkbaar is dat rekening wordt gehouden met de bijzonderheden van het geval. Als de verdachte altijd heeft ontkend dat hij opzet had, valt het OM

11 G. Knigge, 'De schijn van waarheid', in: N.J.M. Kwakman, *Partijautonomie of materiële waarheid?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, p. 41 e.v.

12 G. Knigge, 'Het belang van de waarheid', *RM Themis* 2010, p. 181 e.v. Zie ook B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht* (12^e druk), Deventer: Kluwer, 2010, p. 6 e.v.

weinig te verwijten dat enkel voor de culpa-variant wordt vervolgd. In andere gevallen valt er misschien wel iets voor te zeggen om de OvJ ‘af te rekenen’ op de tenlastelegging die hij heeft opgesteld. Dat zijn rechtspolitieke overwegingen waarvoor in een materieelrechtelijke benadering geen plaats is.¹³

6 Tot besluit

In de ‘minus-theorie’ schuilt een grote kern van waarheid. Het is moeilijk te verteren dat een verdachte vrijuit gaat als hem een zwaarder verwijt blijkt te treffen dan het gelijksoortige verwijt dat in de tenlastelegging is verwerkt. Het voordeel van een procesrechtelijke vertaling van die gedachte is dat de materieelrechtelijke dogmatiek niet wordt belast met een problematiek die zich slechts incidenteel voordoet en die bovendien niet los kan worden gezien van de procesrechtelijke context.

13 Vergelijk HR 8 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4605, *NJ* 2013/264 m.nt. Borgers, r.o. 4.2.2, waarin expliciet een beroep wordt gedaan op een rechtspolitiek argument. De Hoge Raad overwoog dat hij met zijn rechtspraak inzake het witwassen van uit eigen misdrijf verkregen voorwerpen (die meebrengt dat de verdachte moet worden ontslagen van rechtsvervolging als blijkt dat hij het grondmisdrijf zelf heeft gepleegd) beoogt te bevorderen dat het gepleegde grondmisdrijf in de vervolging centraal staat.