

HANDELINGEN
DER
NEDERLANDSE
JURISTEN-VERENIGING

1952

TWEE-EN-TACHTIGSTE JAARGANG

I



N. V. UITGEVERS-MAATSCHAPPIJ
W. E. J. TJEENK WILLINK, ZWOLLE, 1952

„Behoren de beginselen waarvan de wetgever is uitgegaan bij het opnemen van opzet, oogmerk, voornemen of schuld als bestanddeel in delictsomschrijvingen te worden herzien”?

Praeadvies van Prof. Mr W. F. C. van Hattum.

1. Toen de Nederlandse strafwetgever in 1881 te beslissen kreeg welk stelsel in het nieuwe wetboek moest worden aangenomen ter verdeling der strafbare feiten, aanvaardde hij „de deugdelijkheid der onderscheiding tusschen eigenlijk gezegde misdrijven en overtredingen”. Deze onderscheiding is nog heden ten dage bepalend voor de formulering der delictsomschrijvingen en voor het al of niet opnemen van opzet of onachtzaamheid (culpa; schuld in engere zin) in die omschrijvingen.

Naar de overtuiging van de toenmalige wetgever ligt het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen in het wezen der vergrijpen zelf. Als misdrijf zou naar de, in de M. v. T. op het ontwerp-strafwetboek overgenomen, uitspraak van de Pinto, slechts gestraft mogen worden wat de normaal ontwikkelde mens weet dat zedelijk kwaad, of als met de rechtsorde strijdig verboden is. Alle andere strafbaar gestelde handelingen of nalatigheden zouden als simpele *wets*-schending slechts overtredingen zijn.

Misdrijven, in de M. v. T. ook rechtsdelicten genoemd, zou men dus delicta iuris naturalis kunnen noemen. Hun strafwaardigheid ontleen zij, naar veler oordeel, aan het natuurrecht. Aangezien nu het „natuurrecht, strikt genomen, alleen opzettelijke daden verbiedt” (DUYNSTEE), vermits de natuurrechtelijke onrechtmatigheid (de M. v. T. spreekt van onrechtvaardigheid) van enig gedrag wordt bepaald door hetgeen men met dat gedrag beoogt, wordt 's wetgevers opvatting begrijpelijk, dat niet-opzettelijk gedrag eigenlijk nooit een misdrijf kan opleveren.

Vandaar dat voor culpose delicten in beginsel geen plaats is onder de misdrijven en de wetgever dan ook slechts bij

uitzondering enige daad als misdrijf heeft aangemerkt wanneer de dader slechts culpoos heeft gehandeld. Vandaar ook dat bij culpose misdrijven niet elke onachtzaamheid culpa oplevert, doch min of meer grove of aanmerkelijke onachtzaamheid wordt gevorderd.

Geheel anders bij overtredingen. Noch opzet, noch onachtzaamheid behoeft bij een overtreding te worden geëist. Voorzover zij er bij voorkomen staan zij gelijk. Als bestanddeel van het delict behoeven zij in geen geval in de delictsomschrijving te worden opgenomen. Nog gedurende tal van jaren vond zelfs de mening aanhang, dat bij overtredingen de strafbaarheid blijft bestaan ook al ontbreken zowel opzet als onachtzaamheid: de leer van het materiële feit. Tot dat in 1916 de Hoge Raad het fundamentele beginsel „geen straf zonder schuld” ook toepast op overtredingen, zodat de strafbaarheid van overtredingen vervalt bij afwezigheid van alle schuld.

Met deze vooropstellingen scheen het voor de wetgever van 1881 niet moeilijk om uit te maken wanneer opzet of onachtzaamheid als bestanddeel in enige delictsomschrijving behoorde te worden opgenomen. Bij overtredingen behoorde noch opzet noch onachtzaamheid te worden geëist. In de delictsomschrijvingen van het derde boek van het strafwetboek zal men dan ook de woorden opzet of schuld niet aantreffen. Bij misdrijven moest altijd opzet worden gevorderd, behalve in die enkele gevallen dat de opzetseis werd verzwakt tot slechts culpa.

Toch heeft dit eenvoudige systeem bezwaren. Vooreerst kon men het niet altijd eens zijn of een strafbaar feit naar zijn aard tot de rechts- of tot de wetsdelicten behoorde. Reeds bij de behandeling van de Invoeringswet werd de mening geuit, dat in het strafwetboek de indeling der strafbare feiten volstrekt niet altijd naar het in de M. v. T. bedoelde principiële beginsel was geschied, doch dat veeleer sommige feiten bij de misdrijven waren ingedeeld „zoowel wegens de zwaarte van de daartegen bedreigde straf als om ze te kunnen brengen onder de rechtspraak van de rechtbanken”.

Steeds meer is men de waarde der in de M. v. T. vermelde kwalitatieve onderscheiding in twijfel gaan trekken. In latere jaren heeft het merendeel der schrijvers haar verworpen en ook de wetgever heeft in de bijzondere wetgeving

het kwalitatieve onderscheid geheel vervangen door het quantitatieve. Het oude, in de C. P. aanvaarde, criterium, gelegen in de zwaarte der bedreigde straf, is weer beslissend geworden voor de vraag of de wetgever enig delict tot misdrijf dan wel tot overtreding dient te stempelen. Met dien verstande echter, dat in overeenstemming met het oorspronkelijk beginsel opzet of onachtzaamheid vrijwel steeds als voor misdrijven kenmerkend bestanddeel wordt beschouwd. Zo heeft zich dan de merkwaardige omkering voltrokken, dat men het in 1881 nodig achtte eerst te beslissen of een strafbaar gesteld feit misdrijf dan wel overtreding (rechts- of wetsdelict) oplevert, aan welke beslissing de delictsomschrijving vervolgens wordt aangepast door daarin opzet (c.q. onachtzaamheid) al of niet als bestanddeel op te nemen, terwijl veertig jaar later den wetgever op het hart wordt gedrukt (door GOMBAULT in W. 10464) éérs uit te maken of hij al dan niet opzet (c.q. onachtzaamheid) als bestanddeel in de delictsomschrijving wil opnemen, waarna het delict pas op grond van die beslissing het etiket van misdrijf of overtreding behoort te verkrijgen.

Een tweede bezwaar bestaat daarin, dat men wel op dogmatische gronden voor elk misdrijf opzet noodzakelijk kan achten, maar dat daarmede nog niet is beslist of dit opzet, behalve op de handeling, betrekking moet hebben op alle omstandigheden, welke volgens de wettelijke omschrijving tot de delictsbestanddelen behoren. MODDERMAN nam aan, en de Tweede Kamer volgde hem daarin, dat in beginsel opzet gericht op enig misdrijf opzet op alle bestanddelen impliceert, doch hij doorbrak dit dogmatisch standpunt vrij willekeurig door uitdrukkelijk te verklaren, dat opzet wordt gevorderd voor die bestanddelen welke in de wettelijke omschrijving nà het woord „opzettelijk” volgen. Blijkens 's wetgevers bedoeling worden bestanddelen, welke vóór het woord „opzettelijk” in de misdrijsomschrijving voorkomen, niet door opzet beheerst. Als gevolg van deze wetgevingstactiek wordt nu in art. 128 Sr. wel opzet geëist met betrekking tot de omstandigheid dat de verkiezing krachtens wettelijk voorschrift is uitgeschreven, terwijl deze zelfde omstandigheid in art. 129 Sr. is geobjectiveerd. Ook door het woord „opzettelijk” uit de delictsomschrijving weg te laten heeft de wetgever soms te kennen willen geven, dat bepaalde bestanddelen geobjectiveerd werden. Zo uitdrukkelijk bij de

artikelen 244, 245 en 247 Sr. („de exceptio ignorantiae kan hier evenmin als in andere bepalingen van dezen titel worden aangenomen”; SMIDT II blz. 332) en bij art. 370 Sr., tegen de bedenking in van het Kamerlid VAN DE WERK, die in dit artikel had willen lezen „met opzettelijke overschrijding van zijn bevoegdheid”. MODDERMAN verklaarde bij de behandeling van laatstgenoemd artikel dat de wetgever volkomen bevoegd is en in enkele gevallen zelfs verplicht om een of meer omstandigheden geheel te objectiveren.

Wetenschappelijke fundering werd aan deze stelling niet gegeven. Zij ondermijnt echter de door den wetgever aanvaarde onderscheiding in rechts- en wetsdelicten in haar grondvesten zolang men zich op het standpunt stelt, dat iure naturali alleen opzettelijke daden zijn verboden. Bovendien kan men deze uitspraak voor ons huidig strafrecht zeker niet meer onderschrijven daar zij in flagrante tegenpraak is met het thans toch wel niet meer betwiste beginsel, dat geen straf mag worden opgelegd waar schuld ontbreekt.

Dat het niet-opnemen van het woord „opzettelijk” in een aantal misdrijsomschrijvingen tot veel verschil van opvatting heeft geleid over de vraag in hoeverre met betrekking tot de in die delicts-bepalingen opgenomen begeleidende omstandigheden opzet moet worden gevorderd, mag ik voorts als bekend veronderstellen. Uit de nadrukkelijke verklaring in de M. v.T. dat aan het wel of niet opnemen van het woord „opzettelijk” en eveneens aan de plaatsing van dat woord in de verschillende delictsomschrijvingen de nodige zorg is besteed, zou men geneigd zijn af te leiden, dat overal waar het woord „opzettelijk” of een aequivalente uitdrukking ontbreekt de betrokken delictsbestanddelen opzettelijk zijn geobjectiveerd. Die gevolgtrekking kan echter onmogelijk juist zijn, want het lijkt niet wel mogelijk een redelijke verklaring te vinden, waarom de dader van het in art. 143 Sr. omschreven misdrijf niet behoeft te hebben geweten dat de door hem verhinderde vergadering geoorloofd en openbaar was, terwijl degeen die zich schuldig maakt aan art. 144 Sr. dit geoorloofde en openbare karakter der vergadering wel moet hebben gekend.

2. Uit het voorgaande mag reeds duidelijk geworden zijn, dat de door de wetgever van 1881 aanvaarde onderscheiding tussen rechts- en wetsdelicten en het op die onderscheiding

gebouwde stelsel, waarbij voor rechtsdelicten in beginsel opzet wordt gevorderd en voor wetsdelicten naar de aanwezigheid van opzet of onachtzaamheid geen onderzoek behoeft te worden ingesteld, allermintst geleid heeft tot een voor de wetgevingspraktijk bevredigend systeem met betrekking tot de vraag voor welke delictsbestanddelen wel en voor welke geen opzet nodig is. In de praktijk heeft het wettelijk systeem niet voldaan. Het principiële onderscheid tussen rechts- en wetsdelicten is in de latere wetgeving geheel verwaterd, terwijl men bovendien heeft ingezien, dat bij vele zogenaamde rechtsdelicten de eis van opzet niet in volle omvang is te handhaven.

In het wetboek, zoals het in 1881 tot stand kwam, vinden we reeds drie soorten misdrijven, te weten:

a. misdrijven waarbij opzet wordt gevorderd met betrekking tot alle in de omschrijving genoemde bestanddelen (gedraging, gevolg en bijkomende omstandigheden),

b. misdrijven waarbij ten aanzien van het gevolg met onachtzaamheid wordt volstaan (de echte culpose misdrijven zoals art. 307 Sr.),

c. misdrijven waarbij bepaalde bijkomende omstandigheden zijn geobjectiveerd.

In de latere wetgeving, te beginnen met de wet ter bestrijding van de zedeloosheid (20 Mei 1911, S. 130), is daar nog een vierde soort bijgekomen:

d. misdrijven waarbij ten aanzien van bijkomende omstandigheden ook onachtzaamheid reeds tot strafbaarheid voert. Bij deze laatste soort vinden we veelal de doleuze en de culpose vorm van het misdrijf in eenenzelfde wetsbepaling verenigd. Een uitzondering daarop vormt de culpose heling (art. 417bis Sr.).

Ook ten aanzien van overtredingen is de wetgever afgeweken van het beginsel, dat bij deze wetsdelicten opzet en onachtzaamheid zijn gelijk gesteld en dat zelfs naar het bestaan van opzet of schuld geen onderzoek behoeft te worden ingesteld. Vooreerst kan ook bij overtredingen, evenals bij misdrijven, een bepaald woordgebruik de eis van opzet taalkundig insluiten. Wanneer men, met de M. v. T., aanneemt, dat bij art. 131 Sr. uit de taalkundige betekenis van het woord „opruien” de eis van opzet voortvloeit, zal men gelijke opzetseis moeten aanvaarden voor overtredingen als

omschreven in de artt. 424, 425 sub 1^o, 426bis, sub 4^o en 6^o 428, 429 Sr. en vele andere. Uitdrukkingen toch als „baldadigheid plegen”, „aanhitsen”, „zich blijven opdringen”, enz. impliceren opzet op niet minder dwingende wijze dan het woord „opruien”. Bij deze overtredingen zal de rechter wel degelijk onderzoek hebben in te stellen naar het bestaan van opzet.

In latere wetgeving vinden we verder nog voorbeelden van uitdrukkelijk geëist opzet in een terminologie welke geheel met de voor misdrijven gebruikelijke overeenstemt („van wien hij weet” in art. 437bis sub 3^o Sr.; „opzettelijk onjuiste mededelingen doen” in art. 30 van het Reglement op woonwagens en woonschepen; „opzettelijk onjuiste opgaven inschrijven” in art. 49 van de Pandhuishet; „opzettelijk voorwerpen opgraven” in art. 83 van de Veewet; enz.).

3. Wat betreft opzet moet dan ook de door het Bestuur onzer Vereniging gestelde vraag bevestigend worden beantwoord. In de eerste plaats dient de onderscheiding rechtsdelicten-wetsdelicten als uitgangspunt voor de indeling der delicten in misdrijven en overtredingen te worden verlaten. Hoe men ook over de theoretische waarde dier onderscheiding moge oordelen, zij is niet bruikbaar in de praktijk der wetgeving omdat over de fundamentele rechtsbeginselen waarop zij steunt te diepgaand verschil van inzicht bestaat. Het zal dus nodig zijn, zo men ten minste een onderscheid tussen misdrijven en overtredingen wil handhaven, daarvoor een andere basis te zoeken. Welke basis dit moet zijn is voor de rechtspraktijk betrekkelijk onverschillig zolang de wetgever van elk delict vaststelt of het tot de misdrijven of tot de overtredingen zal behoren en mits men aan het onderscheid slechts formele en geen materiële gevolgen verbindt.

In de tweede plaats zal de wetgever bij elk delict nauwkeurig moeten nagaan in hoeverre hij opzet wil eisen ten aanzien van de gedraging, ten aanzien van de wettelijk omschreven gevolgen en ten aanzien van de bijkomende omstandigheden. Daarbij zal hij zich rekenschap moeten geven van de vraag wat onder opzet gericht op de gedraging, opzet gericht op een gevolg en opzet gericht op bijkomende omstandigheden is te verstaan en op welke wijze de opzetseis ten aanzien van elk dezer drie bestanddelen taalkundig in de omschrijving tot uiting kan worden gebracht.

In hoeverre ook de niet opzettelijke doch schuldige gedraging bestraffing verdient is niet een vraag, welke naar dogmatische beginselen kan worden beantwoord. Dit blijkt reeds uit het opnemen van schulddelicten onder de misdrijven en de daarvoor in de M. v. T. aangevoerde redenen. Er zijn nog vele misdrijven in het wetboek waarvan men het culpoos begaan op zijn minst even strafwaardig als of strafwaardiger zou kunnen achten dan het culpoos laten lopen van niet uitvliegend pluimgedierte in eens anders tuin. Zo b.v. culpose bigamie, culpose verduistering van staat, culpose zaakbeschadiging. De commissie welke het strafwetboek samenstelde meende reeds dat het zeer bezwaarlijk zou zijn een criterium te vinden, waaraan zou kunnen worden getoetst of iets strafbaar moet zijn of niet. Bij de behandeling in de Tweede Kamer werd geklaagd dat men te vergeefs had gezocht naar een beginsel ten aanzien van het al of niet straffen van handelingen of nalatigheden. MODDERMAN antwoordde dat slechts datgene gestraft *mag* worden wat onrecht is en dat voorts bestraffing van onrecht slechts dan verantwoord is wanneer ervaring heeft geleerd dat het kwaad door geen andere middelen is te bedwingen. Dit gelde ook thans nog. Onder welke voorwaarden onrecht slechts door strafoplegging kan worden bedwongen is een vraag van strafrechtspolitik, welke hier buiten beschouwing moge blijven. Daarom zal ik ook niet treden in een beoordeling of de wetgever steeds juist heeft gezien wanneer hij slechts opzettelijke misdrijving en niet de culpose binnen het bereik van de strafwet bracht.

4. „Onze mooie Nederlandsche taal schijnt als zij in een wetboek gebruikt wordt en in handen der juristen valt de onduidelijkste ter wereld te zijn”.

MR ISRAËLS.

De wetgever heeft zich bij het vaststellen van het strafwetboek tot taak gesteld daarin zoveel mogelijk gebruik te maken van gewoon dagelijks Nederlands. Vooral bij de keuze van delictsqualificaties is herhaaldelijk grote aandacht besteed aan de „volkstaal” (o.a. bij doodslag en afdreiging). Het wetsontwerp werd aan een taalgeleerde aangeboden teneinde diens bedenkingen te vernemen betreffende „taal en stijl”. Deze adviseur (Prof. M. DE VRIES) schreef in zijn advies o.a. „Juistheid van uitdrukking is zeker in een Straf-

wetboek een allereerst vereischte, om allerlei moeilijkheden in de praktijk te voorkomen". Zoveel is zeker, dat de wetgever zich verplicht gevoelde zo duidelijk mogelijke taal te spreken, niet slechts voor juristen, doch vooral ook voor de burgerij. Tot de burgers richten zich immers de in de wet vervatte dwingende normen; zij moeten in voor hen duidelijke taal kunnen lezen wat verboden is. De wetsartikelen mogen dus niet zo zijn gesteld, „dat iemand, die niet in de geheimen der rechtsgeleerdheid is ingewijd, zelfs den zin en de bedoeling niet vatten kan”.

Dit uitgangspunt komt mij juist voor en ik geloof ook niet dat het in beginsel door iemand wordt bestreden. Wel kan men er tegen aanvoeren dat geen enkele deelwetenschap kan ontkomen aan de noodzaak een bepaald technisch taalgebruik te ontwikkelen, omdat in wetenschappelijke definities en onderscheidingen een preciesheid wordt geëist, welke aan het normale taalgebruik vreemd schijnt. Bovendien brengt de praktische noodzaak van een zekere legislatieve economie met zich mede, dat somtijds aan bepaalde woorden en uitdrukkingen een in de wet omschreven speciale juridisch-technische betekenis wordt toegekend, welke niet geheel aansluit aan het normale taalgebruik. Zo is het wel zeker dat in normaal taalgebruik het woord diefstal meer omvat dan de daarvan in art. 310 Sr. gegeven omschrijving. In zoverre komt de qualificatie „diefstal” voor het in art. 310 Sr. omschreven delict, niet geheel overeen met het taalgebruik. Nu had men uit dit artikel de woorden „als schuldig aan diefstal” wel weg kunnen laten, maar dan had men in de artt. 311 en 312 de delictsomschrijving van art. 310 weer geheel moeten overnemen.

Inachtneming van het hoofdbeginsel, dat de wetstaal, in het bijzonder in de strafwet, zoveel mogelijk normaal Nederlands moet zijn, legt den wetgever echter de verplichting op, ter uitdrukking van zijn bedoelingen gebruik te maken van alle te zijner beschikking staande taalmiddelen. Na zich duidelijk voor ogen te hebben gesteld welke feiten bestraffing verdienen, dient hij in het rijke arsenaal van de taal de meest passende uitdrukkingen te zoeken. Afwijking van het normaal taalgebruik en invoering van een technisch-juridisch taalgebruik is alleen geoorloofd wanneer de normale taalmiddelen te kort schieten.

Aangezien nu de vele mogelijke wetsovertredingen geens-

zins stoelen op steeds een zelfde psychologische ondergrond is het a priori onjuist om voor de vele mogelijke psychische gesteldheden steeds maar weer hetzelfde woord te gebruiken, wanneer de taal rijkere schakering kent. „Consequentie van begrip en vastheid van uitdrukking” (SMIDT I blz. 76) moge voor de wetgeving onmisbaar zijn „om een einde te maken aan bestaande verwarring”, dit betekent niet dat men uiteenlopende zegswijzen, *welke in betekenis wel degelijk verschillen*, plotseling mag vervangen door één enkele uitdrukking, welke al die betekenissen niet heeft. Wanneer de Code Pénal in goed Frans onderscheidt tussen *volontairement*, *sciemment*, *à dessein*, enz. gaat het niet aan al deze uitdrukkingen te vervangen door intentionnellement, of, in het Nederlands, door „opzettelijk”.

POLS schreef in T. v. S. III blz. 94 dat de begrippen opzet en schuld in het wetboek „uitsluitend worden gebezigd in den natuurlijken zin, aangegeven door het gewone taalgebruik”. Helaas stemt deze zienswijze niet overeen met de werkelijkheid. Integendeel, de wetgever heeft, gedreven door een hang naar eenvoudigheid en eenvormigheid, juist wat betreft het gebruik van het woord „opzettelijk”, het door hem aanvaarde hoofdbeginsel van wetgevingstechniek ernstig geschonden. Hij heeft in het woord „opzettelijk” een taalmiddel gevonden, waarvan de begrensde draagkracht hem niet voldoende duidelijk was.

„Opzettelijk” is synoniem met „willens en wetens” meende de wetgever van 1881. Juristen hebben vrijwel zonder critiek deze gelijkstelling overgenomen. Zelf noemde ik haar nog „zeer juist” in T. v. S. 59 blz. 197. Ook NOYON opperde geen principieel bezwaar tegen de opvatting dat „opzettelijk” en „willens en wetens” door elkander kunnen worden gebruikt. Slechts waarschuwde hij tegen het geven van te grote omvang aan het weten tegenover het willen.

Toch toont onbevooroordeeld onderzoek duidelijk aan dat de uitdrukkingen „opzettelijk” en „willens en wetens” volstrekt niet synoniem zijn, dat zij in de spreek- en schrijftaal van niet-juristen niet als gelijkwaardig door elkander worden gebruikt en dat niet-juristen onder „opzettelijk” heel wat anders verstaan dan juridische interpretatie in dit woord pleegt te leggen. De ontwikkeling van het opzetbegrip in rechtswetenschap en rechtspraak heeft de kloof tussen juridisch taalgebruik en het taaleigen van de ontwikkelde niet-

jurist op bedenkelijke wijze vergroot. Ieder jurist, die er op letten wil, kan vaststellen dat de juridische opvatting omtrent opzet door niet-juristen niet alleen niet begrepen wordt doch nadrukkelijk verworpen. STOOFF betoogde terecht dat opzet in normaal taalgebruik veel minder ver reikt dan de jurist wil. TAVERNE moest dit erkennen en deelde mede dat opzet bij mogelijkhedenbewustzijn voor niet-juristen onbegrijpelijk is terwijl zelfs opzet bij noodzakelijkheidsbewustzijn tegen het taalgevoel van velen indruist. Mijn ervaring is dezelfde. Bepaaldelijk maakt men scherp onderscheid tussen enkel weten en opzet. Opzet in het normale taalgebruik is *bedoeling* en NOYON, die aan deze betekenis in zijn grote werk trachtte vast te houden, had taalkundig ongetwijfeld gelijk.

Wanneer rechters „telkens nog weer vervallen in de vraag naar de *bedoeling* om te beledigen of te mishandelen” en wanneer de Hoge Raad bij art. 424 Sr. „hardnekkig” vasthoudt „aan den eisch van de *bedoeling* om baldadig te zijn” (VRIJ), is dit niet anders dan een instinctmatige afkeer van de juridische constructie van opzet, welke strijdt met het normale taalgebruik.

Wanneer iemand door wangedrag „willens en wetens” zich en zijn gezin te gronde richt, kan men niet zeggen dat hij zulks opzettelijk doet. Wanneer een boer, volstrekt niet heulende met de vijand, maar enig en alleen omdat hij bevreesd is voor zijn veldvruchten of vee, goedvindt uit puur egoïsme een beraamde onderwaterzetting te beletten, te belemmeren of te verijdelen, dan kan hij *opzettelijk* een dijk doorsteken en de inundatie laten weglopen en daardoor *willens en wetens* de staat tegenover de vijand benadelen. Maar het is oneigenlijk om dan te beweren dat die man opzettelijk de staat tegenover de vijand heeft benadeeld. Minister MODDERMAN meende dat in dit geval wèl het misdrijf van art. 102 Sr. is gepleegd en de Kamers aanvaardden deze uitleg. Met het Kamerlid CORVER HOOFT verbeeld ik mij echter „dat ik Nederduitsch versta” en dat de door de wetgever hier aan het woord „opzettelijk” toegekende betekenis in strijd is met normaal Nederlands taalgebruik.

„Opzettelijk” staat in betekenis het dichtst bij „met de *bedoeling*” of „met het oogmerk”. NOYON heeft dit goed aangevoeld en zich daarom ook altijd verzet tegen het zogenaamd voorwaardelijk opzet, terwijl hij ook opzet bij zeker-

heidsbewustzijn ten aanzien van begeleidende omstandigheden in het algemeen niet, en ten aanzien van gevolgen slechts schoorvoetend als opzet erkende. Op het willen komt het aan, niet op het weten. Daarom is het onjuist dat THOMAS VAN BREMERHAVEN, indien zijn toeleg ware gelukt, de opvarenden van het schip, waarin hij zijn helse machine had doen laden, opzettelijk zou hebben gedood. Opzettelijke belediging vereist de bedoeling of het oogmerk om te beledigen. In het ontwerp-strafwetboek was dit bij art. 261 terecht in de delictsomschrijving tot uiting gebracht. Ten onrechte heeft de wetgever gemeend, dat oogmerk om te beledigen bestaat ook al mist men de bedoeling om te beledigen. De aangebrachte redactiewijziging heeft het den rechters gemakkelijk gemaakt smaad en smaadschrift aanwezig te achten ook waar de bedoeling tot beledigen ontbreekt, maar steeds weer wordt een beroep gedaan op het ontbreken van die bedoeling. Degeen die een stuk schrijft met de bedoeling bepaalde misstanden aan het licht te brengen of daarvoor bijzondere aandacht van de overheid te vragen, zal niet zelden feiten moeten noemen, welke aantasting van eer of goede naam betekenen voor anderen. Van een bedoeling om die anderen te beledigen heeft geen sprake te zijn; wel begrijpt en weet de schrijver dat zijn stuk „beledigend” is voor die anderen. Nu bij de totstandkoming van het wetboek is verklaard dat „opzettelijk” synoniem is met „willens en wetens” neemt de rechtspraak aan dat in zodanig geval de schrijver opzettelijk heeft beledigd. De schrijver ontkent dit en wanneer we vasthouden aan normaal Nederlands taalgebruik heeft hij daarin gelijk. Wanneer de wetgever ook dengeen gestraft wil zien die desbewust of willens en wetens een ander beledigt zonder de bedoeling te hebben tot beledigen, moet het artikel anders luiden.

Terecht ook betoogde WIJNVELDT dat art. 146 Sr. de bedoeling vereist om door een bepaalde gedraging de kerkelijke plichtigheid te storen. Men kan opzettelijk gedruis maken zonder die bedoeling te hebben, ook al weet men dat storing het gevolg moet zijn (anders H. R. 20 Jan. 1941 nr. 474). Van de concertbezoekers die door hun hinderlijk gefluister een muziekkuitvoering storen, zegt men immers ook niet dat zij de uitvoering opzettelijk storen. Zij doen dat willens en wetens. Ook hier zou de tekst van art. 146 Sr. geen moeilijkheden hebben gegeven wanneer in plaats

van „opzettelijk” de uitdrukking „willens en wetens” was gebruikt.

Uit het voorgaande moge duidelijk geworden zijn dat de door de wetgever in latere jaren gevolgde terminologie, waarbij zwaarder straf wordt bedreigd tegen dengeen die desbewust een wettelijk voorschrift overtreedt, naar mijn gevoelen evenmin juist is. Om schuldig te kunnen zijn aan het *opzettelijk* overtreden van een wettelijk voorschrift moet de bedoeling hebben voorgezeten het wetsvoorschrift te overtreden en is het niet voldoende dat men het voorschrift kende en desbewust overtrad. In het tweede lid van art. 31 Landbouw-Crisiswet 1933 en in soortgelijke wetsproducten had dus niet mogen staan „Hij die opzettelijk handelt in strijd met . . enz.”. Beter ware „Hij die desbewust handelt in strijd met . . enz.”. Had de wetgever deze formulering gekozen dan zou vermoedelijk geen aanleiding hebben bestaan voor de klacht van TAVERNE dat de stellers van telestleggingen zich niet houden aan de wettelijke omschrijving (N. J. 1942, noot achter H. R. 20 Oct. 1941, nr. 61).

Dit klemmt te meer nu de Hoge Raad in een nog niet gepubliceerd arrest van 18 Maart 1952, heeft beslist, dat bij de in art. 31 lid 1 Deviezenbesluit 1945 strafbaar gestelde „opzettelijke overtreding van bij of krachtens dit besluit gegeven voorschriften” bij den dader alleen „opzet ten aanzien van zijn gedraging in haar verschillende bestanddelen vereist is, niet ook zijn opzet ten aanzien der onrechtmatigheid van die gedraging in haar geheel”. Terwijl dus de Hoge Raad tot dusver heeft aangenomen, dat „een verbod opzettelijk overtreden” betekent: handelen terwijl men zich er van bewust is, dat die handeling oplevert een overtreding van het verbod (H. R. 10 Maart 1941, N. J. 1941 nr. 469 met naschrift van POMPE en het reeds genoemde arrest van 20 Oct. 1941, N. J. 1942 nr. 61 en vele andere), waarbij het college volgens constante jurisprudentie wetenschap voor opzet voldoende achtte, is thans zelfs de eis van desbewustheid los gelaten.

Ofschoon uit het verhandelde bij het tot stand komen van het gewijzigde art. 31 Landbouwcrisiswet 1933, in welk artikel aanvankelijk het onderscheid tussen „handelen in strijd met bij deze wet vastgestelde voorschriften” en het „opzettelijk handelen in strijd met bij deze wet vastgestelde voorschriften” niet voorkwam, niet met zekerheid valt op te maken wat verstaan moet worden onder „opzettelijk

handelen in strijd met voorschriften”, meen ik toch dat de bedoeling moet hebben voorgezeten het desbewust schenden van zekere voorschriften zwaarder te straffen dan het handelen tegen bepaalde voorschriften zonder dat men het verbod kent, zelfs al brengt dit mede, zoals de Hoge Raad in het jongste arrest overweegt, dat „ergerlijke gevallen van zelfzuchtige onwetendheid omtrent in acht te nemen voorschriften niet mede door de zwaardere strafbepaling zouden worden getroffen”.

De Hoge Raad motiveert het arrest met de stelling dat opzet in onze wet niet betekent boos opzet en dat naar tegenwoordig inzicht in het algemeen feiten strafbaar behoren te zijn, zowel wanneer de dader beseft heeft als wanneer hij had behoren te beseffen, dat zijn gedraging was van een onrechtmatigheid die uitdrukking vond in haar strafbaarstelling, en dan in beide gevallen ook strafbaar kunnen zijn tot eenzelfde maximum, zodat alleen bij afwezigheid van alle schuld ten aanzien van die onrechtmatigheid strafbaarheid ontbreekt. Ik wil dit geenszins betwisten. Ook m.i. betekent opzet in onze wet niet boos opzet en na de arresten van 3 Mei 1949, N. J. 1949 nr. 538, van 20 Nov. 1949, N. J. 1950 nr. 180 en van 4 April 1950, N. J. 1950 nr. 667 mogen we gelukkig aannemen, dat het beginsel „geen straf zonder schuld” ook ten aanzien van de wederrechtelijkheid stevig in de jurisprudentie ligt verankerd in dien zin, dat bij afwezigheid van alle schuld ten aanzien van de wederrechtelijkheid strafbaarheid ontbreekt. Dit betekent echter volstrekt niet dat de wetgever niet, om bepaalde redenen, opzet gericht op wederrechtelijkheid bij wijze van uitzondering tot bestanddeel van een delict zou kunnen maken. Het arrest ontkent nu echter dat dergelijke uitzondering in de delictsaanduiding „opzettelijke overtreding van bij of krachtens deze wet gegeven voorschriften” zou liggen opgesloten. De betreffende overwegingen luiden: „dat deze delictsaanduiding kan doen menen, dat opzet behalve op de verrichte gedraging ook daarop gericht moet zijn, dat deze is „overtreding van een bij of krachtens dit besluit gegeven voorschrift”, zulks evenwel tengevolge daarvan, dat gemelde sanctiebepaling niet bevat de uit het verbod geputte weergave van het strafbaar feit, waaruit dit gekend kan worden, doch slechts zekere aanwijzing van en verwijzing naar de plaats in de wetgeving, waar dit verbod is te vinden, en dat daaruit door toevoeging van het enkele

woord „opzettelijk” de bedoelde delictsaanduiding is gevormd; dat echter het aldus samenstellen der sanctiebepaling geenszins wijst op een bedoeling om haar meer te doen omvatten dan „zeker opzettelijk handelen of nalaten, terwijl daardoor een bij of krachtens dit besluit gegeven voorschrift wordt overtreden”, . . .”.

Ik mag daar tegenover stellen, dat alle mij bekende schrijvers benevens de Hoge Raad zelf tot nog toe als van zelf sprekend hebben aangenomen, dat de wetgever in vele latere wetsproducten op het desbewust in strijd met de wet handelen zwaarder straf heeft willen stellen dan op het door opzettelijk of onopzettelijk handelen onbewust overtreden van een wettelijk voorschrift. TAVERNE schreef in N. J. 1940 naar aanleiding van art. 31 Landbouwcrisiswet: „De verscherping (van straf) moet wel degelijk worden gezocht in het met opzet ingaan tegen bepaalde wettelijke voorschriften” (noot achter H. R. 27 Nov. 1939, N. J. 1940 nr. 338). Daartoe bestaat ook waarlijk wel gegronde reden, bij de lawine van strafvoorschriften, welke in latere jaren over de burgerij is neergedaald, voorschriften waarvan velen het bestaan zelfs niet vermoeden. Men denke aan de philatelist die argeloos enkele postzegels toezendt, ontegenzeggelijk opzettelijk, aan een kennis in het buitenland, en deswege nu terecht zou moeten staan wegens opzettelijke overtreding van enig deviezenvoorschrift.

Daargelaten nu welke opvatting de juiste is, het woord „opzettelijk” heeft hier in ieder geval veel onheil gesticht. Dit zou voorkomen zijn wanneer in plaats daarvan het woord „desbewust” was gebruikt.

De wetgever van 1881 heeft welbewust en opzettelijk de „weifelende terminologie van de C. P. die de uitdrukkingen *volontairement*, *sciement*, *à dessein*, enz. dooreen gebruikt”, willen vermijden en daarom zoveel mogelijk die uitdrukkingen vervangen door het woord opzettelijk. Uitgaande van de stelling dat opzet zowel willen als weten omvat. Dit moge in de meeste gevallen waar zijn (niet altijd: in art. 269 Sr. is voor opzet niet nodig de wetenschap dat de vrucht leeft) maar het is in strijd met Nederlands taalgebruik om enkele wetenschap met opzet gelijk te stellen. Opzet kan bestaan zonder wetenschap en wetenschap kan bestaan zonder dat opzet voorzit.

Een enkele maal verzette de Kamer zich met succes tegen

het geforceerd gebruik van het woord „opzettelijk” (o.a. bij art. 188 Sr.). Gelijk verzet zou gepast hebben bij art. 416 Sr. en bij vele andere artikelen. Als men in laatstgenoemde wetsbepaling het opzet ook betrekken wil op het door misdrijf verkregen zijn van het voorwerp, moet het den dader er om te doen zijn geweest een door misdrijf verkregen voorwerp te kopen, enz. Enkele wetenschap omtrent die herkomst is niet voldoende. Voor velen is het taalkundig verschil wellicht duidelijker bij art. 237 Sr. Het zal slechts zelden of nooit voorkomen dat iemand *opzettelijk* een *dubbel* huwelijk aangaat, d.w.z. een tweede huwelijk sluit met de bedoeling bigamist te zijn. De bigamist sluit echter een tweede huwelijk willens en wetens, d.w.z. hij wil het tweede huwelijk sluiten en hij weet dat zijn eerste huwelijk daartegen een beletsel oplevert. De tekst van het Ned. Ind. strafwetboek („hij die een huwelijk aangaat, wetende dat zijn bestaand huwelijk daartegen een wettig beletsel oplevert”) is dan ook veel zuiverder dan de Nederlandse tekst, ook reeds omdat daarin de in Nederlands taalgebruik onbekende en onbegrijpelijke uitdrukking „dubbel huwelijk” niet voorkomt.

5. In hoeverre in normaal taalgebruik het woord „opzettelijk” niet betrekking heeft op datgene wat aan dat woord vooraf gaat en wel omvat al datgene wat na het woord volgt is een taalkundige vraag welke beantwoording nog veel onderzoek zal vragen. Gelijk bekend heeft de wetgever echter aangenomen dat het woord „opzettelijk”, waar het gebezigd wordt, steeds de gehele omschrijving beheerst van het strafbaar feit, zoals die daarna volgt. Hierdoor ontstaat weer strijd met het taalgebruik van de ontwikkelde niet-jurist. Zo kan door accentverlegging opzet wel degelijk betrekking hebben op datgene wat vooraf gaat en evenzeer kan men constateren dat lang niet altijd alles wat na het woord „opzettelijk” volgt door opzet wordt beheerst. In de telastlegging dat iemand zich opzettelijk een gouden sigarettenkoker heeft toegeëigend heeft het opzet niet betrekking op de omstandigheid dat die koker van goud is (H. R. 23 Jan. 1939, N. J. nr. 494 met noot van POMPE). Zo is er m.i. een verschil in de positie van de woorden „dubbel” en „wettelijk” met betrekking tot het voorafgaande woord „opzettelijk” in de volgende twee zinnen: „hij heeft opzettelijk een dubbel huwelijk gesloten” en „hij heeft opzettelijk

niet voldaan aan een wettelijke verplichting" (art. 192 Sr.), omdat in de eerste zin pas de aanwezigheid van het woord „dubbel" voor het woord „huwelijk" aan de gedraging een ongeoorloofd karakter geeft. In de eerste zin heeft daardoor het opzet in het bijzonder betrekking op de omstandigheid dat het gesloten huwelijk een dubbel huwelijk was. In de tweede zin heeft het opzet meer betrekking op de handeling zelf en niet zozeer op de omstandigheid dat de verplichting een *wettelijke* was. Zo als art. 192 Sr. thans luidt zou men afgaande op het normale taalgebruik kunnen volhouden dat des daders opzet niet gericht behoeft te zijn op die omstandigheid. Niet alleen behoeft het hem er dus niet om te doen te zijn juist een *wettelijke* verplichting niet na te komen, maar hij behoeft zelfs niet te hebben geweten dat die verplichting op de wet berustte.

Het zou misschien anders zijn wanneer de zin iets wordt omgezet door de bedoelde omstandigheid tussen het woord „opzettelijk" en het werkwoord te plaatsen: „hij die opzettelijk aan enige wettelijke verplichting niet voldoet". Het is echter ook wel mogelijk, dat het hier bedoelde onderscheid alleen ligt in de zinsmelodie, waarvan ik mij misschien niet geheel los heb kunnen maken. We dienen nl. steeds in het oog te houden, dat de wetgever, die zijn bepalingen uitsluitend schriftelijk ter kennis van de burgers kan brengen, verstoken is van het belangrijke taalmiddel dat men „zinsmelodie" of „zinsklank" noemt. Nu de wetgever niet meer heeft willen eisen dan dat de dader zich bewust is geweest dat hij een wettelijke verplichting niet nakwam, zouden de taalmoeilijkheden wellicht te ondervangen zijn door in plaats van het woord „opzettelijk" de uitdrukking „willens en wetens" te gebruiken.

6. Aangezien „opzettelijk" in betekenis het dichtst staat bij „met de bedoeling" of „met het oogmerk", zodat overal waar de wet ten aanzien van enig delictsbestanddeel opzet vordert, de schuldige „met het oog op dat bestanddeel het feit gepleegd moet hebben" (NOYON) is het uit een oogpunt van strafrechtspolitik veelal ongewenst dat de wetgever voor begeleidende omstandigheden opzet vordert. Het kan immers niet de bedoeling zijn terzake van heling alleen tegen diengeen straf te bedreigen, die met het oog op de misdadige herkomst der goederen deze kocht. Het zal er slechts

weinig helers om te doen zijn om nu juist gestolen goederen te kopen. Zo min als het den bigamist er om te doen is bigamist te zijn. Voor dergelijke omstandigheden moet wetenschap voldoende zijn voor strafbaarheid.

Wat betreft gevolgen zou er meer voor te zeggen zijn opzet te vorderen, omdat inderdaad bij vele delicten het door de wet gewraakte gevolg door de schuldige meestal is beoogd. Zo zal bij doodslag veelal bij de dader ook de bedoeling voorzitten zijn slachtoffer van het leven te beroven. Toch zou het ook hier ongewenst zijn de willens en wetens teweeggebrachte doch niet beoogde gevolgen buiten de greep van de strafwet te laten. Des te meer wanneer het veroorzaken van dergelijke gevolgen door schuld (culpa) wel onder de misdrijven is opgenomen.

Wat betreft de gedraging schijnt er geen bezwaar te bestaan opzet te vorderen voorzover men uitsluitend bewust gewild gedrag binnen het bereik van een strafbepaling wil brengen. Van een gedraging, of zij nu bestaat in handelen of nalaten, welke bewust is gewild en uitgevoerd, kan men zeer goed zeggen dat zij opzettelijk is verricht.

Bij vele gedragingen zal het echter niet nodig zijn het woord „opzettelijk” te gebruiken daar het bewust gewild zijn reeds in het gebezigde werkwoord of in het werkwoordelijk zelfstandig naamwoord ligt opgesloten (opruien, ontucht). Voorzover dit niet het geval is, zal toch bij de materieel omschreven delicten de eis dat een gevolg desbewust of wilens en wetens is teweeggebracht reeds het bewust gewild zijn der gedraging impliceren. Bij formeel omschreven delicten zal rekening moeten worden gehouden met de wijze waarop de vereiste wetenschap ten aanzien van begeleidende omstandigheden tot uiting wordt gebracht.

Ik meen in het voorgaande te hebben aangetoond dat de wetgever, tengevolge van het onjuiste uitgangspunt, dat „opzettelijk” en „willens en wetens” synoniem zijn, in drieërlei opzicht heeft gezondigd tegen het normale taalgebruik.

In de eerste plaats heeft hij door bij de materieel omschreven delicten uitsluitend op het opzettelijk teweegbrengen van enig gevolg straf te stellen, het desbewust doch niet opzettelijk teweegbrengen van zodanig gevolg buiten bereik van de strafwet gelaten wanneer we ons houden aan de betekenis naar normaal taalgebruik.

In de tweede plaats heeft hij door ten aanzien van bege-

leidende omstandigheden opzet te eisen waar hij slechts wetenschap als eis wilde stellen een ondeugdelijk taalmiddel gebezigd. Het woord opzettelijk komt hier helemaal niet te pas. De in de wet ook voorkomende terminologie „wetende dat”, „terwijl hij weet”, „waarvan hem bekend is”, enz, is hier de juiste. De Raad van State heeft dit begrepen en maakte terecht bezwaar tegen het helingsartikel („hij die opzettelijk eenig door misdrijf verkregen voorwerp koopt, enz.”) terwijl het college evenzeer terecht de redactie van de Staatscommissie („hij die eenig voorwerp, waarvan hij weet dat het door misdrijf is verkregen, koopt enz.”) beter oordeelde (SMIDT I blz. 79).

In de derde plaats heeft de wetgever een stelling geponeerd, welke thuis behoort in de leer der betekenis van woordgroepen, welke stelling niet of slechts in enkele gevallen gebaseerd kan worden op normaal taalgebruik. De stelling dat het woord „opzettelijk” alles beheerst wat nà dit woord in de delictsomschrijving volgt is willekeurig en berust niet op het normale taalgebruik.

Wanneer we nu, na deze critiek, ons afvragen op welke wijze de wet wel in overeenstemming gebracht zou kunnen worden met het normale taalgebruik, dan dringt zich onwillekeurig deze gedachte op: de wetgever achtte „opzettelijk” synoniem met „willens en wetens”; overal waar hij „opzettelijk” schreef, bedoelde hij eigenlijk „willens en wetens”; wat is dan eenvoudiger dan overal in de wet het woord „opzettelijk” te vervangen door „willens en wetens”? Dussdoende zouden we echter dezelfde fout begaan als de wetgever van 1881. Zonder voor elke delicts bepaling te zoeken naar de beste uitdrukkingwijze zouden we uit zucht naar eenvormigheid overal eenzelfde uitdrukking gebruiken waarvan de preciese draagwijdte ons evenmin exact bekend is.

In enkele der hiervoor genoemde voorbeelden bleek wel, dat door vervanging van het woord „opzettelijk” door „willens en wetens” de bedoeling van de wetgever vermoedelijk juister zou zijn weergegeven, maar het is toch de vraag of dit overal kan en of andere uitdrukkingen in vele gevallen niet beter zijn. We kunnen nl. reeds dadelijk enkele algemene gezichtspunten naar voren brengen, welke gegronde twijfel doen rijzen aan de algemene bruikbaarheid van de term „willens en wetens”.

In de eerste plaats reikt de uitdrukking „willens en wetens”

ten aanzien van begeleidende omstandigheden vermoedelijk verder dan de uitdrukking „wetende dat” of „waarvan hij weet”. In de tweede plaats doet zich bij de term „willens en wetens”, evenals bij het woord „opzettelijk”, de vraag voor of al datgene wat na de eerstgenoemde term in de delictomschrijving voorkomt ook door haar wordt beheerst. In de derde plaats rijst de vraag of het uit taalkundig oogpunt wel verantwoord is de gedraging te doen vooraf gaan door de term „willens en wetens” wanneer men ten aanzien van begeleidende omstandigheden hetzij uitsluitend wetenschap wil eisen, hetzij tevens de culpose vorm wil treffen. Deze drie punten zullen thans worden behandeld.

7. In hoeverre reikt de term „willens en wetens” verder dan „wetende dat” of „waarvan hij weet”? Mijn uitgangspunt is dat „willens en wetens” verder reikt dan „opzettelijk”. Van de drie traditionele opzetsschakeringen omvat „willens en wetens” in ieder geval opzet als oogmerk en opzet bij zekerheidsbewustzijn of bij noodzakelijkheidsbewustzijn. Het komt mij verder voor dat „willens en wetens” in het gewone taalgebruik mede omvat het zogenaamde voorwaardelijk opzet en zelfs gevallen van bewuste culpa. Dat blijkt reeds hieruit, dat naar veler mening zowel in het geval van THOMAS VAN BREMERHAVEN als in dat van de Hoornse taart noch van opzet als oogmerk noch van opzet bij noodzakelijkheidsbewustzijn sprake is, doch van voorwaardelijk opzet (wat betreft de Hoornse taart ten aanzien van de echtgenote van het slachtoffer tegen wie de daad gericht was), terwijl toch wel ieder zal erkennen dat in beide gevallen de dader zijn slachtoffers „willens en wetens” heeft gedood (in het geval van THOMAS: „zou hebben gedood indien zijn toeleeg gelukt ware”).

Een ander voorbeeld vinden we in het arrest van de Hoge Raad van 6 Februari 1951 (N. J. nr. 475). Van de automobilist die, teneinde aan aanhouding te ontkomen, opzettelijk met volle vaart afrijdt op een op de rijweg geposteerde politieagent, in de verwachting dat hij door deze manoeuvre dien agent wel tot opzij gaan kan dwingen, zal men, zelfs al wordt het slachtoffer aangereden en dodelijk gewond, niet kunnen zeggen dat hij die agent opzettelijk van het leven heeft beroofd. Wel kan men zeggen dat hij zulks willens en wetens

heeft gedaan. Hier ontbreekt het oogmerk, doch evenzeer het zekerheids- of noodzakelijkheidsbewustzijn. Zelfs waarschijnlijkheidsbewustzijn moet wel ontbreken, want het is onwaarschijnlijk dat het slachtoffer niet opzij zal springen. Volgens de traditionele opzetsleer kan hier dan ook op zijn hoogst sprake zijn van voorwaardelijk opzet en m.i. is het zelfs de vraag of voorwaardelijk opzet naar de formules van FRANK of van VON HIPPEL mag worden aangenomen. Verwerpt men ook dit opzet dan zou in ons wettelijk systeem slechts culpose doodslag overblijven (afgezien van art. 285 Sr.). Vervangt men echter in art. 287 Sr. het woord „opzettelijk” door „willens en wetens” dan schijnt het geval er rechtstreeks onder te vallen. Wanneer dit juist is dan is daarvoor alleen deze verklaring te geven, dat de betekenis van een bepaalde woordcombinatie niet gelijk is aan de som der betekenissen van de componenten. Dit is inderdaad een aan taalkundigen algemeen bekend verschijnsel. Om de betekenis van „willens en wetens” exact te bepalen kunnen we dus niet de betekenissen van weten en van willen bij elkander voegen, doch zou een uitgebreid onderzoek nodig zijn om na te gaan wanneer deze uitdrukking in het normale taalgebruik wordt gebezigd en wat men daarmee dan bedoelt.

Of in het bedoelde geval, nu de agent tijdig opzij sprong en dus niet verwond of gedood werd, sprake zou kunnen zijn van poging tot art. 287 Sr. indien in deze wetsbepaling gesproken werd van het willens en wetens van het leven beroven, is een vraag welke beantwoording afhangt van de betekenis welke men toekent aan het pogingsartikel, en in het bijzonder van de betekenis welke aan het woord „voornemen” in art. 45 Sr. toekomt. Daarover in paragraaf 15.

Wat betreft de uitdrukkingen „wetende dat” of „waarvan hij weet” behoef ik niet lang stil te staan bij de bekende controverse (SIMONS contra VAN HAMEL) of de eis van opzet, welke men in deze uitdrukkingen heeft willen neerleggen, zich ook uitstrekt tot voorwaardelijk opzet. Hoezeer men ook moet toegeven dat absolute wetenschap voor de mens onbereikbaar is, zodat „wetende dat” nooit kan betekenen dat absolute of stellige wetenschap wordt geëist, kan anderzijds moeilijk ontkend worden dat in normaal taalgebruik de uitdrukking „wetende dat” niet wordt gebezigd in gevallen dat de dader *niet* weet doch slechts vermoedt of verwacht,

In normaal taalgebruik omvat deze uitdrukking dus niet het zogenaamd voorwaardelijk opzet en nog minder de bewuste culpa.

Dit verschil in betekenis maakt het noodzakelijk dat men bij de omschrijving van enig delict de keuze tussen het gebruik van „willens en wetens” en „wetende dat” met bewustheid doet. Wijzigt men art. 237 Sr. zo, dat het komt te luiden: „Hij die willens en wetens een dubbel huwelijk aangaat”, dan zal het ontbreken van wetenschap omtrent het nog bestaan van het eerste huwelijk de strafbaarheid misschien niet opheffen. Zogenaamd voorwaardelijk opzet ten aanzien van die omstandigheid zou immers voldoende kunnen zijn. Aanvaardt men echter de Indische versie van dit delict („Hij die een huwelijk aangaat wetende dat zijn bestaand huwelijk daartegen een wettig beletsel oplevert”) dan zal veroordeling slechts kunnen volgen wanneer de dader „geweten heeft” (naar de in normaal taalgebruik daar aan te hechten betekenis) dat zijn eerste huwelijk niet was ontbonden.

8. De tweede moeilijkheid is daarin gelegen dat men zou kunnen twijfelen of bij de term „willens en wetens” het gedeelte der delictsoomschrijving dat op deze woorden volgt wel altijd door haar wordt beheerst. Dat de wetgever zulks ten aanzien van het woord „opzettelijk” aannam, maar dat dit naar Nederlands taalgebruik niet juist is, zeide ik in paragraaf 4. Bij onbevooroordeelde lezing van vele onzer wetsartikelen zal men tot de conclusie moeten komen dat het gevorderde opzet geen betrekking kan hebben op bepaalde delictsbestanddelen ook al volgen zij op het woord „opzettelijk”. Zo bv. bij art. 144 Sr. waarbij de niet-jurist toch niet licht het artikel zo zal begrijpen, dat het den dader er om te doen moet zijn geweest een *geoorloofde openbare* vergadering te storen. Evenmin als men in normaal taalgebruik in de aantijging dat iemand opzettelijk een minderjarig meisje heeft verleid het opzet betreft op de minderjarigheid. Het was den dader immers niet bepaald om die minderjarigheid te doen. In het gewone taalgebruik betekent de zin „hij heeft opzettelijk een minderjarig meisje verleid” dan ook precies hetzelfde als „hij heeft een minderjarig meisje opzettelijk verleid”, tenzij het accent gelegd wordt op het woord minderjarig, hetgeen dan uit de toon of uit

het verder zinsverband moet blijken. In de wetstaal blijkt zulks uiteraard niet uit de toon en evenmin blijkt het uit het zinsverband. Voor juristen blijkt het slechts uit SMIDT I blz. 78.

Bij de uitdrukking „willens en wetens” zou dit anders kunnen zijn. Er is, dunkt mij, wèl verschil of men zegt of schrijft „hij heeft willens en wetens een minderjarig meisje verleid” dan wel „hij heeft een minderjarig meisje willens en wetens verleid”. Door de omzetting der woorden schijnt in de tweede zin de term „willens en wetens” meer reliëf te verkrijgen ten opzichte van het werkwoord verleiden. Dit verschil tussen de uitdrukkingen „opzettelijk” en „willens en wetens” lijkt mij zijn verklaring daarin te vinden dat het woord „opzettelijk” nu eenmaal bewust gerichte bedoeling eist, zodat men alleen dan enige omstandigheid door opzet beheerst wil achten wanneer het bewust bedoeld zijn nadrukkelijk uit het zinsverband blijkt of in de beschreven situatie als normaal kan worden aangemerkt. Bij de uitdrukking „willens en wetens” is van een eis van bewust gerichte bedoeling geen sprake, enkele wetenschap en misschien zelfs mogelijkheidsbewustzijn is reeds voldoende. Daarom kan men veel gemakkelijker aanvaarden dat deze uitdrukking op enige omstandigheid, zelfs op een ongewone omstandigheid, mede betrekking heeft. Ik meen daarom dat in dit opzicht de uitdrukking „willens en wetens” in delictsomschrijvingen beter geëigend zou kunnen zijn de functie te vervullen, welke de wetgever aan het woord „opzettelijk” heeft toegedacht.

9. Ter verduidelijking van de aan het slot van paragraaf 6 vermelde derde moeilijkheid mogen hier de artikelen 98 (naar de oorspronkelijke tekst) en 195 Sr. dienen. Eerstgenoemde wetsbepaling luidde tot 1951 als volgt: „Hij die opzettelijk bescheiden, berichten of inlichtingen omtrent eenige zaak waarvan hij weet dat de geheimhouding door het belang van den staat wordt geboden, hetzij openbaar maakt, hetzij aan eenige buitenlandsche mogendheid mededeelt of in handen speelt, . . .”. Vervangt men in deze redactie het woord „opzettelijk” door „willens en wetens” dan wordt de omstandigheid dat de geheimhouding door het belang van de staat wordt geboden mede beheerst door laatstgenoemde uitdrukking, zodat het betwijfeld kan worden of het wel nodig is ten aanzien van die omstandigheid bepaal-

delijk wetenschap te vorderen. Schrapten men de woorden „hij weet dat” dan komt de tekst te luiden: „Hij die willens en wetens bescheiden, berichten of inlichtingen omtrent eenige zaak waarvan de geheimhouding door het belang van den staat wordt geboden, hetzij openbaar maakt, hetzij aan eene buitenlandsche mogendheid mededeelt of in handen speelt, . . .”. In paragraaf 7 betoogde ik echter dat hierdoor wat betreft de gevorderde „wetenschap”, dat de geheimhouding door het belang van de staat wordt geboden, vermoedelijk een aanzienlijk minder scherpe eis wordt gesteld dan in de oorspronkelijke redactie. Zou men aan de oorspronkelijke eis vasthouden dan moet het artikel luiden: „Hij die willens en wetens bescheiden, berichten of inlichtingen omtrent eenige zaak waarvan hij weet dat de geheimhouding door het belang van den staat wordt geboden, hetzij openbaar maakt, hetzij aan eene buitenlandsche mogendheid mededeelt of in handen speelt, . . .”.

Bedenken we nu verder dat er in de wetgeving een tendentie bestaat om ten aanzien van dergelijke omstandigheden ook de culpa reeds strafwaardig te achten (in 1951 ten aanzien van art. 98 Sr. inderdaad verwezenlijkt), dan zou een derde redactie denkbaar zijn luidende: „Hij die willens en wetens bescheiden, berichten of inlichtingen omtrent eenige zaak waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de geheimhouding door het belang van den staat wordt geboden, hetzij openbaar maakt, hetzij aan eene buitenlandsche mogendheid mededeelt of in handen speelt, . . .”.

Ik meen dat alle deze drie redacties beantwoorden aan normaal taalgebruik, omdat „willens en wetens” toch in alle drie betrekking blijft hebben op het openbaar maken of in handen spelen. Het verschil in betekenis der drie redacties is dan dit, dat in de eerste ten aanzien van de omstandigheid dat de geheimhouding door het belang van de staat wordt geboden zowel opzet bij wetenschap als voorwaardelijk opzet tot strafbaarheid leidt; in de tweede redactie wordt te dien aanzien nadrukkelijk wetenschap gevorderd zodat voorwaardelijk opzet niet voldoende is; in de derde redactie daarentegen is behalve opzet bij wetenschap en voorwaardelijk opzet ook de culpa begrepen. De wetgever zal eerst moeten uitmaken welke gevallen wel en welke geen strafrechtelijke repressie behoeven. Daarna zal hij tussen de drie redacties pas kunnen kiezen.

Bezien we nu art. 195 Sr. Tegen de redactie van dit artikel is aangevoerd (VAN ITTERSUM in T. v. S. II blz. 176) dat men een recht kan uitoefenen bij vergissing of uit sleur, zodat niet alleen het bewust gewilde handelen doch evenzeer culpoos handelen onder de bepaling valt. Om dit bezwaar te ondervangen kan men het woord „opzettelijk” invoegen: „Hij die opzettelijk een recht uitoefent, enz.”. Schrijft men nu in plaats van „opzettelijk” de term „willens en wetens” dan wordt de redactie: „Hij die willens en wetens een recht uitoefent, wetende dat hij daarvan bij rechterlijke uitspraak is ontzet . . . enz.”. Hoewel dergelijke redactie misschien niet bepaald onjuist is te noemen is zij toch verre van fraai. Nu het bewust gewild zijn in deze wetsbepaling nog slechts uitsluitend betrekking kan hebben op de gedraging schijnt gebruik van het woord „opzettelijk” taalkundig dan ook te verkiezen. We behoren ons zeker niet op het standpunt te stellen dat het woord „opzettelijk” in wetsbepalingen per se geweerd moet worden. Ik wil niet anders dan dit woord vervangen door een andere uitdrukking overal waar misverstand mogelijk is. Wel kan de vraag gesteld worden of het woord „opzettelijk” hier niet een te zwaar accent legt en of men in dit artikel niet beter zou kunnen spreken van het „bewust” uitoefenen van een recht.

Men zou natuurlijk de bepaling ook anders kunnen redigeren, nl. aldus: „Hij die willens en wetens een recht uitoefent waarvan hij bij rechterlijke uitspraak is ontzet”. Hierdoor zou, naar boven werd betoogd, haar draagwijdte ruimer zijn dan volgens de bestaande redactie. Op zich zelf bestaat daartegen geen bezwaar.

10. Misschien zullen sommigen oordelen, dat de door mij belichte onzekerheid omtrent de betekenis van het woord „opzettelijk” toch veel eenvoudiger kan worden opgeheven door in de negende titel van het eerste boek aan dit woord uitdrukkelijk de betekenis toe te kennen van „willens en wetens”. Zoals bv. het voorontwerp van het Zwitserse wetboek in art. 19 bepaalde: „Celui-là commet un délit intentionnellement, qui accomplit l'acte délictueux le sachant et le voulant”, hetgeen in de definitieve tekst (art. 18 lid 2) geworden is: „Celui-là commet intentionnellement un crime ou un délit, qui le commet avec conscience et volonté”. Tegen een dergelijke authentieke interpretatie bestaan echter ernstige bezwaren,

In de eerste plaats bereikt men dan zeker niet dat de strafwet beter dan thans aansluit aan het normale taalgebruik. Het blijft nu eenmaal taalkundig een wanconstructie van iemand te zeggen (en bewezen te verklaren) dat hij opzettelijk een ander van het leven heeft beroofd, wanneer het den dader liever ware geweest dat het slachtoffer was blijven leven. Zowel THOMAS VAN BREMERHAVEN als de man die de taart naar Hoorn zond zouden liever hebben gezien dat hun niet-beoogde slachtoffers in het leven waren gebleven. En men mag het toch wel zeer waarschijnlijk achten, dat de automobilist hoopte dat de agent op wien hij afreed tijdig opzij zou springen.

In de tweede plaats bestaat bij een dergelijk interpretatief voorschrift het gevaar dat de wetsuitlegger, juist omdat hij met een authentieke interpretatie te doen heeft, aan de woorden „willens en wetens” de „letterlijke” betekenis zal willen toekennen, afgeleid uit de betekenissen der componenten „willen” en „weten”, en niet de betekenis welke deze uitdrukking in normaal taalgebruik verkregen heeft. Alsdan zou opzet bij mogelijkhedenbewustzijn er buiten vallen en derhalve een tweede interpretatief voorschrift nodig zijn, bepalende dat onder opzet voorwaardelijk opzet is begrepen (verg. art. 78quater ontwerp CORT VAN DER LINDEN).

In de derde plaats zou een dergelijke procedure het minder noodzakelijk maken alle strafbepalingen opnieuw deugdelijk in beschouwing te nemen, terwijl juist bij vervanging van het woord „opzettelijk” in die delictsomschrijvingen waar dit nodig is, tegelijkertijd het probleem der geobjectiverde delictsbestanddelen zou kunnen worden opgelost. In hoeverre men dergelijke bestanddelen eveneens door de term „willens en wetens” wil doen beheersen, dan wel te dien aanzien wetenschap of culpa wil eisen, zal telkens incidenteel beslist kunnen worden. Geobjectiverde bestanddelen mogen echter niet langer voorkomen in delictsomschrijvingen indien men ernst maakt met het fundamentele beginsel „geen straf zonder schuld”.

11. In het strafwetboek, zoals het in 1881 in het Staatsblad verscheen, waren delictsomschrijvingen waarin onachtzaamheid (schuld, culpa) als bestanddeel was opgenomen, slechts schaars. De reden daarvan vermeldde ik in de eerste paragraaf: bij overtredingen behoefde noch dolus noch on-

achtzaamheid uitdrukkelijk te worden geëist; bij misdrijven volgt uit hun aard van rechtsdelicten dat in beginsel opzet is vereist voor alle bestanddelen. Slechts wanneer de algemene veiligheid van personen of goederen zeer ernstig in gevaar wordt gebracht (gemeengevaarlijke misdrijven) of wanneer aan bijzondere personen een groot en onherstelbaar nadeel wordt berokkend (artt. 283, 307, 308 Sr.) meende de wetgever ook tegen onachtzaamheid te moeten optreden. Daarbij kwamen nog enkele gevallen van schuldig handelen door ambtenaren (artt. 356, 367 en 368 Sr.) of door bijzondere personen (artt. 198, 199 en 413 Sr.). Overal was de terminologie: „aan zijn schuld te wijten zijn”, hetgeen taalkundig moeilijk op iets anders betrekking kan hebben dan op een teweeggebracht gevolg. Het later ingevoegde art. 417bis Sr. is dan ook een taalkundig monstrem. Alleen in de artt. 198 en 199 Sr. is sprake van onachtzaamheid, maar ook hier heeft de onachtzaamheid op een ingetreden gevolg betrekking.

Er was in 1881 dus nog geen sprake van dat men ten aanzien van begeleidente omstandigheden met de eis van culpa meende te kunnen volstaan. Toch begreep men wel dat de opzetseis ten aanzien van begeleidente omstandigheden dikwijls veel te zwaar kan zijn. Als enig alternatief zag men in die gevallen klaarblijkelijk slechts de mogelijkheid de betrokken delictsbestanddelen te objectiveren.

Al spoedig echter betoogde VAN HAMEL met nadruk dat er geen enkel bezwaar tegen bestaat dat de wetgever ten aanzien van sommige delictsbestanddelen opzet eist en ten aanzien van andere slechts culpa. Aldus ontstond het leerstuk van de *pro parte doleus pro parte culpoos* gepleegde delicten. In de commune strafwet verschijnt deze delictsvorm voor het eerst in 1911 (wet ter bestrijding van de zedeloosheid). Latere voorbeelden zijn o.a. art. 417bis Sr. (culpose heling), de gewijzigde verspreidingsartikelen en andere. De gebruikelijke vorm is deze dat ten aanzien van enige begeleidente omstandigheid niet langer opzet of wetenschap wordt gevorderd doch culpa, uitgedrukt in termen als „waarvan hij redelijkerwijs moet vermoeden”, „van wie hij redelijkerwijs moet vermoeden” of „terwijl hij redelijkerwijs moet vermoeden”. Men brengt deze vorm dan met de doleuze tesamen in één artikel: „waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden”, enz. Alleen de culpose he-

ling kreeg, nadat aanvankelijk een soortgelijke redactie was voorgesteld, de ongelukkige formulering: „indien aan zijn schuld te wijten is dat zijn handeling een door misdrijf verkregen voorwerp betreft”. In het Ned. Ind. strafwetboek van 1918 waren doleuze en culpose heling in één bepaling vervat: „Hij die enig voorwerp waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat het door misdrijf is verkregen”.

Afgezien van de vraag of de gebruikelijke terminologie niet beter zou kunnen luiden „waarvan hij weet, vermoedt of redelijkerwijs moet vermoeden” (waarover RIPHAGEN in Ind. T. v. h. R. 123 blz. 238—258), bracht zij twee grote voordelen. Enerzijds breekt zij met de starre opzetseis voor alle delictsbestanddelen, waardoor het onmatig uittrekken van het begrip opzet niet langer nodig is en we van voorwaardelijk opzet ook hier bevrijd zijn. Vooral bij heling was dit belangrijk. Anderzijds is het niet langer nodig delictsbestanddelen te objectiveren en aldus te kort te doen aan het beginsel „geen straf zonder schuld”.

In de artt. 244, 245 en 247 Sr. is de leeftijd van het slachtoffer geobjectiveerd omdat men te dien aanzien terecht geen opzet wilde eisen. In het nieuwe art. 248bis Sr. heeft men de minderjarigheid van het slachtoffer niet geobjectiveerd; evenmin is opzet of wetenschap nodig. De terminologie „wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden” bracht het gelukkig compromis tussen de eis van opzet (wetenschap) enerzijds en objectivering van dit bestanddeel anderzijds. Op soortgelijke wijze zou men bv. art. 244 Sr. kunnen lezen: „Hij die vleselijke gemeenschap heeft met een meisje van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat zij de leeftijd van twaalf jaren nog niet heeft bereikt”. Aldus luidde dit artikel dan ook in het ontwerp CORT VAN DER LINDEN.

Het is duidelijk dat op deze wijze vele delictsomschrijvingen verbeterd kunnen worden. In evengenoemd ontwerp vinden we deze redactie dan ook reeds voorgesteld voor de artikelen 140, 172, 174, 189, 213, 214, 223, 233, 234, 239, 244, 245, 250 en 416 Sr.

Intussen dient men met de uitdrukking „waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden” en met aequivalente uitdrukkingen toch voorzichtig te zijn. In art. 248bis Sr. is door de redactie „minderjarige, wiens minderjarigheid hij

kent of redelijkerwijs moet vermoeden" vastgelegd dat het feit met een minderjarige gepleegd moet zijn. Die minderjarigheid moet allereerst objectief vast staan. De bepaling kan geen toepassing vinden op de meerderjarige die meende of redelijkerwijs moest menen met een minderjarige te doen te hebben, wanneer het slachtoffer in werkelijkheid niet minderjarig is (een achttienjarige blijkt gehuwd te zijn). In de door CORT VAN DER LINDEN voorgestelde redactie van art. 244 Sr. staat niet even duidelijk dat het meisje ook inderdaad beneden de leeftijd van twaalf jaar moet zijn. Nu kan het wel degelijk voorkomen dat men in verband met het uiterlijk van een meisje redelijkerwijs moet vermoeden dat zij nog geen twaalf jaar is terwijl zij dit in werkelijkheid wel is. Zou het artikel in dat geval toch toepasselijk zijn? Taalkundig laat de tekst inderdaad toe dat de culpose vorm van dit delict gepleegd kan worden met een meisje ouder dan twaalf jaar. Van deze taalkundige mogelijkheid heeft de wetgever bewust gebruik gemaakt bij de redactie van art. 97a Sr. Immers blijktens nadrukkelijke verklaring in de M. v. A. (W. 10567) zal het in lid 1 sub 3^o bepaalde ook van toepassing zijn al staat niet vast dat het voorwerp bestemd is tot het verschaffen van stoffelijke steun aan het voorbereiden, enz. van omwenteling, indien slechts de dader ernstige reden had om zulks te vermoeden. Art. 437bis Sr. sub 2^o zou een dergelijke uitleg toelaten, hoewel de wetgever het daar niet bedoelde. Ten aanzien van het Indische helingsartikel („Hij die enig voorwerp waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat het door misdrijf is verkregen, koopt, enz.") heb ik zelf wel eens beweerd dat taalkundig de culpose vorm toepasselijk zou kunnen zijn ook al kan men niet slagen in het bewijs dat het betrokken voorwerp door misdrijf is verkregen, bv. bij het verhandelen van djatihout dat welhaast niet anders dan gestolen kon zijn uit de gouvernementsdjatibossen. De Indische rechter heeft deze interpretatie, bij mijn weten, nimmer aanvaard, maar het zou niet ondenkbaar zijn dat de Nederlandse rechter dit wel zou doen wanneer de door CORT VAN DER LINDEN voorgestelde redactie van het helingsartikel werd ingevoerd.

Nu kan het mij betrekkelijk onverschillig laten of men de bedrijver van een ongetwijfeld ongeoorloofd feit alleen strafrechtelijk wil treffen wanneer enige, de strafbaarheid bepalende omstandigheid, welker aanwezigheid hij redelijker-

wijs moet vermoeden, ook inderdaad aanwezig is, of ook wanneer die omstandigheid niet aanwezig blijkt te zijn. De daad van hem die gemeenschap heeft met een meisje, waarvan hij redelijkerwijs moet vermoeden dat zij nog geen twaalf jaar is, is naar mijn gevoelen ook strafwaardig als dit meisje niet elf jaar en elf maanden maar twaalf jaar en een maand oud blijkt te zijn. En wanneer iemand redelijkerwijs moet vermoeden dat enig voorwerp door misdrijf is verkregen, moet hij zich van het kopen daarvan onthouden. Het zou geen ernstig onrecht zijn in dat geval straf op te leggen wanneer het goed niet door misdrijf is verkregen of wanneer deze omstandigheid niet bewijsbaar blijkt. Een wetssystematisch bezwaar is natuurlijk dat in deze opvatting bij de doleuze vorm van het delict de betrekkelijke omstandigheid objectief moet vast staan doch bij de culpose niet. En zoals LANGEMEIJER opmerkt zou het openbaar ministerie zich van de bewijslast van het objectief bestaan kunnen ontheffen door nooit anders dan de culpose vorm ten laste te leggen.

Stelt de wetgever zich echter op het standpunt dat bij deze delicten de bedoelde bijkomende omstandigheid objectief aanwezig moet zijn, dan ware dit in de redactie tot uitdrukking te brengen. Zo in het ontwerp HEEMSKERK waarin art. 417bis Sr. luidde: „Hij die eenig door misdrijf verkregen voorwerp koopt, enz. redelijkerwijs moetende vermoeden dat het voorwerp door misdrijf verkregen is, wordt . .”. Combineert men art. 416 met 417bis Sr. dan zou de tekst dus kunnen worden: „Hij die enig door misdrijf verkregen voorwerp koopt, enz., terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat dat voorwerp door misdrijf is verkregen, wordt . .”.

Nog in een ander opzicht zal men voorzichtigheid moeten betrachten bij het verwijderen uit de wetgeving van geobjectiveerde bestanddelen. De wijze waarop het ontwerp CORT VAN DER LINDEN dit bv. heeft gedaan bij de delicten omschreven in de artt. 244 en 245 Sr. doet een ernstig hiaat ontstaan. Immers wanneer men voor het eerste artikel moet weten of redelijkerwijs vermoeden dat het meisje „den leeftijd van twaalf jaren nog niet heeft bereikt” en voor het tweede dat zij „den leeftijd van twaalf maar nog niet dien van zestien jaren heeft bereikt” dan blijft straffeloos degen die met een meisje van nog geen twaalf jaar vleselijke ge-

meenschap heeft terwijl hij redelijkerwijs kon vermoeden dat zij ouder was dan twaalf jaar. Art. 244 Sr. kan niet toepasselijk zijn omdat hij het meisje voor ouder dan twaalf jaar mocht houden (daar zij de habitus heeft van een meisje van veertien of vijftien jaar) en art. 245 Sr. kan slechts zeer gewrongen toepasselijk zijn omdat men, als het meisje jonger is dan twaalf jaar, moeilijk kan beweren dat de dader wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat zij de leeftijd van twaalf jaren had bereikt.

Nog ernstiger wordt dit wanneer men het feit der leeftijd als objectief vaststaand feit in de delictsomschrijving opneemt en vervolgens ten aanzien van die omstandigheid culpa eist, zoals in art. 248bis Sr. Art. 245 Sr. zou dan immers komen te luiden: „Hij die met een vrouw die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet dien van zestien jaren heeft bereikt, buiten echt vleselijke gemeenschap heeft terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat zij de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, wordt . . . enz.”. Aldus geredigeerd kan het artikel per se geen toepassing vinden wanneer het misbruikte meisje nog geen twaalf jaar oud is; en art. 244 Sr. is niet toepasselijk omdat de culpa ten aanzien van de leeftijd ontbreekt.

Dergelijke bezwaren behoeven er echter niet toe te leiden dat men toch maar de voorkeur geeft aan de thans geldende redactie, want het blijft in strijd met het beginsel „geen straf zonder schuld” wanneer de zware straf van art. 244 Sr. wordt toegepast op iemand die onmogelijk heeft kunnen vermoeden dat hij met een meisje te doen had van nog geen twaalf jaar. Gaat het om een meisje van elf jaar dat de habitus heeft van een meisje van veertien of vijftien jaar dan behoort niet art. 244 Sr. doch art. 245 Sr. toepasselijk te zijn. Dit zou o.a. bereikt kunnen worden door in art. 245 Sr. de leeftijdsgrens van twaalf jaar geheel weg te laten, aldus: „Hij die met een vrouw beneden de leeftijd van zestien jaar buiten echt vleselijke gemeenschap heeft terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat zij de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, wordt gestraft . . . enz.”.

12. Ook wat betreft het opnemen van schuld (culpa) als bestanddeel in delictsomschrijvingen dienen derhalve de beginselen waarvan de wetgever is uitgegaan te worden herzien. Ten deze kan ik niet beter doen dan citeren wat CORT

VAN DER LINDEN schreef in zijn Memorie van Toelichting: „Bij de oplossing der moeilijkheden die zich voordeden bij de juiste begripsbepaling ten aanzien van die strafbare feiten waar het woord „opzet” ontbreekt, thans grootendeels aan de jurisprudentie overgelaten, heeft de ondergeteekende gemeend te moeten breken met de dogmatische scheiding tusschen verschillende schuldvormen in dezen zin, dat bij doleuze delicten uitsluitend van opzet en alleen bij culpose van schuld in engeren zin sprake zou mogen zijn”.

„Hij meent integendeel dat ten aanzien van verschillende elementen van hetzelfde strafbare feit verschillende schuldvormen als eisch van strafbaarheid mogen worden gesteld”.

„Het is duidelijk dat opzet en schuld streng behooren te worden gescheiden in zoover verschillende schuldvormen ten opzichte van dezelfde feiten en omstandigheden onmogelijk tegelijk kunnen bestaan, en een scheiding van culpose en doleuze delicten berust inderdaad op redelijken grond. Het is echter niet in te zien waarom, indien men opzet eischt voor sommige elementen van een misdrijf, men voor alle andere elementen eveneens opzet zou moeten eischen, of wel ze als zuiver objectieve bestanddelen zou moeten behandelen. Het gevolg van dergelijk stelsel is dat of de omschrijving van het strafbaar feit zoo eng wordt dat tal van ergerlijke en voor de veiligheid van de maatschappij gevaarlijke feiten ongestraft blijven, of zoo vele elementen worden geobjectiveerd dat het schuldverband geheel verbroken wordt”.

De in dit praeadvies behandelde vraag werd derhalve reeds in 1900 bevestigend beantwoord. Met de in bovenstaand citaat gegeven motivering van dit standpunt kan ik mij vrijwel geheel verenigen. Op de in het ontwerp CORT VAN DER LINDEN daaraan gegeven uitvoering werd in de voorgaande paragrafen enige critiek geleverd.

13. Het woord „oogmerk” komt in tal van wetsbepalingen in en buiten het wetboek voor. Wat betreft het wetboek worden zij opgesomd in SIMONS I blz. 244. Naar welk beginsel heeft de wetgever dit woord als bestanddeel in delictsomschrijvingen opgenomen? In de M. v. T. lezen we daaromtrent een duidelijke verklaring: „Opzet kan nooit iets minder beteekenen dan het opzet om te plegen het feit dat de wet strafbaar stelt. Wordt echter iets meer bepaalds dan dat opzet tot de strafbaarheid vereischt, bijv. de be-

doeling om zich of anderen wederregtelijk te bevoordeelen of om hetgeen valsch is voor echt te doen doorgaan, dan is het raadzaam ook dit steeds met dezelfde uitdrukking te kennen te geven. Gelijk de Duitschers onderscheiden tusschen *Vorsatz* en *Absicht*, kunnen we onderscheiden tusschen opzet en oogmerk of naaste doel". In het rapport aan den Koning van Minister SMIDT werd over de uitdrukking „met het oogmerk" wederom gezegd: „Zij kenmerkt steeds een gequalificeerd opzet, eene eigenaardige rigting van den wil, tot de strafbaarheid van een bepaald misdrijf vereischt, en staat tegenover opzet in het algemeen als in het Duitsch *Absicht* tegenover *Vorsatz*". Deze verklaringen zijn voorzover zij het woord „oogmerk" betreffen, geheel in overeenstemming met de normale betekenis van dat woord. Deze betekenis is immers volgens het Groot Nederlands Woordenboek der Nederlandse taal: „Iets dat men in het oog houdt als het doel waar naar men streeft". Overigens is het betoogde minder juist en past het slechts in een stelsel waarin men het woord „opzettelijk" ten onrechte vereenzelvigt met „willens en wetens". In normaal Nederlands taalgebruik betekenen de uitdrukkingen „opzettelijk" en „met het oogmerk" vrijwel hetzelfde, in zoverre zij beide tot uitdrukking brengen dat een bepaald doel wordt nagestreefd. Indien de Nederlandse taal van het woord oogmerk gelijke afleidingen kende als van het woord opzet (zoals de Duitse taal *vorsätzlich* en *absichtlich* kent) zouden we opzettelijk en oogmerkelyk door elkaar kunnen gebruiken. „Opzettelijk" betekent „met de bedoeling". „Met het oogmerk" betekent eveneens „met de bedoeling" of „met het doel".

Nu weet ik wel dat sommige schrijvers, en ook rechters, uitgaande van de op zich zelf juiste stelling dat „met het oogmerk" hetzelfde betekent als „opzettelijk" aan eerstgenoemde uitdrukking een betekenis zijn gaan geven, welke wetenschap en rechtspraak, onder invloed, enerzijds van de onjuiste leer van de wetgever, anderzijds van de eisen der praktijk, aan laatstgenoemd woord hebben toegekend. Zo kan men er toe komen de uitdrukking „met het oogmerk" gelijk te stellen met alle zogenaamde schakeringen van opzet, zelfs met zogenaamd voorwaardelijk opzet. De hier te lande woonachtige Engelsman die van een bezoek van Churchill aan Nederland gebruik maakt om te trachten dezen het leven te benemen door een bom te werpen naar de automobiel

waarin deze ter gelegenheid van zijn officiële ontvangst is gezeten, zou, indien hij zich bewust geweest ware van de mogelijkheid dat in hetzelfde voertuig ook de Koningin kon hebben plaats genomen en desalniettemin zijn voornemen niet had laten varen, schuldig zijn aan aanslag ondernomen met het oogmerk de Koningin van het leven te beroven. Op deze wijze wordt het woord oogmerk volkomen gedenaatureerd. Zulk een uitleg is ongetwijfeld ook niet overeenkomstig de bedoeling van de wetgever. De wetgever zag in oogmerk een gequalificeerd opzet, hetgeen juist is wanneer men, zoals de wetgever, uitgaat van de onjuiste praemisse dat „opzet” gelijk kan worden gesteld met „willens en wetens”.

Het is waar dat MODDERMAN, anders dan de Kamers, oogmerk gelijk stelde met opzet. Het bleek o.a. bij de behandeling van de artt. 102 en 261 Sr., nadat door hem in de M. v. A. reeds zogenaamd materieel opzet was gelijk gesteld met een bepaald oogmerk. Hij beriep zich op de onzinnigheid om aan art. 287 Sr. nog eens toe te voegen „met het oogmerk hem te doden”. Dit oogmerk op doden gericht, lag volgens hem reeds in het opzettelijk van het leven beroven opgesloten.

Het is jammer dat niemand den minister hieraan heeft herinnerd toen hij betoogde dat de ruiter die in woeste draf onverschillig voor de gevolgen, op een troepje kleine kinderen afrijdt, opzettelijk doodslag pleegt wanneer hij daarbij een dier kinderen dodelijk verwondt. Men had slechts behoeven te vragen of de minister nu werkelijk van oordeel was, dat die ruiter reed met het oogmerk dat (of: een) kind te doden.

In ieder geval blijkt uit de wetshistorie dat de ontwerpers van het wetboek en de Kamers het woord „oogmerk” taalkundig in de juiste betekenis hebben gebezigd en daaronder niet anders hebben verstaan dan „doel, dat de dader zich stelt”. Ten overvloede wordt dit nog eens nader bevestigd door het verhandelde bij de verspreidingsdelicten. Het oorspronkelijk regeringsontwerp stelde strafbaar de verspreider van geschriften, *indien hij weet* dat daarin een belediging voorkomt. De Kamer wenste dit niet, o.a. omdat boekverkopers geen censuur moeten uitoefenen op de door hen verkochte geschriften. Na mondeling overleg werd ten slotte besloten elk misverstand uit te sluiten en uitdrukkelijk te eisen dat de verspreider „met het oog op de beledigende

inhoud" moet hebben verspreid. De commissie van rapporteurs diende een amendement in, na aanneming waarvan, slechts strafbaar zou zijn de verspreider die verspreidt *met het doel* om aan de beledigende inhoud ruchtbaarheid te geven. Hierop stelde het Kamerlid PATIJN voor de woorden „met het doel" te vervangen door „met het oogmerk" ten einde „in de terminologie van het geheele ontwerp te blijven" (SMIDT II blz. 423). Het aldus gewijzigde amendement werd door de minister overgenomen.

14. De wet gebruikt de term „met het oogmerk" wanneer zij straf bedreigt tegen een willens en wetens verrichte handeling waarbij de dader zich een ongeoorloofd gevolg tot doel heeft gesteld. Het misdrijf is dus reeds voltooid ook al is het gevolg niet ingetreden en het gestelde doel dus niet bereikt. De subjectieve zijde van het misdrijf reikt verder dan de objectieve (SIMONS). De rechtspraak heeft in enkele gevallen beslist dat dit door de wet vereiste oogmerk reeds aanwezig is wanneer de dader kon en moest begrijpen dat het door de wet gewraakte gevolg noodzakelijkerwijs moest intreden (o.a. H. R. 14 October 1940, N. J. 1941 nr. 87; oplichting door voor een ander gevangenisstraf te ondergaan). Deze rechtspraak is m.i. onjuist.

Dat de rechtspraak de normale betekenis van „opzettelijk" heeft verkracht door dit woord gelijk te stellen met „willens en wetens" is verdedigbaar met een beroep op de bedoeling van de wetgever. Het was uit een oogpunt van redelijke strafrechtspolitik noodzakelijk. Met de uitdrukking „met het oogmerk" staat het anders. Een beroep op de bedoeling van de wetgever kan men hier niet doen en uit een oogpunt van redelijke strafrechtspolitik is het evenmin noodzakelijk de normale betekenis geweld aan te doen. Meent de *wetgever* thans (en niet slechts een of meer rechterlijke colleges) dat sommige wetsbepalingen te eng zijn geredigeerd omdat een bepaald oogmerk bij de dader wordt gevorderd terwijl wetenschap of mogelijkheidsbewustzijn voldoende moet zijn, dan wijzige men die bepalingen, zoals in 1934 de verspreidingsartikelen zijn gewijzigd.

15. Het woord voornemen ter aanduiding van bij de dader van een strafbaar feit bestaande psychische gesteldheid, vinden we in het strafwetboek slechts in het eerste

boek, nl. in de artt. 45 en 79 Sr. Het zal den lezers van mijn voorgaande beschouwingen niet verwonderen dat ik ook tegen deze twee bepalingen bezwaren heb. Onduidelijk is wat de wetgever hier onder voornemen heeft willen verstaan en in hoeverre het voornemen van de dader slechts op een bepaalde handeling gericht moet zijn dan wel op alle bestanddelen van het gepoogde misdrijf.

Terecht zegt de M. v. T.: „Geen poging is denkbaar zonder het voornemen om eene bepaalde handeling te verrichten”. Hier heeft voornemen betrekking op de gedraging en staat het gelijk met opzet gericht op enige gedraging, d.w.z. de gedraging moet bewust willend verricht worden.

De toelichting laat zich echter niet uit over de vraag in hoeverre het voornemen betrekking moet hebben op enig door de wet gewraakt gevolg en in hoeverre begeleidende omstandigheden deel moeten uitmaken van het voornemen.

Nu komt het mij voor dat het begrip poging met betrekking tot een materieel omschreven delict taalkundig medebrengt, dat het door de wet gewraakte gevolg beoogd moet zijn. Gelijke begrenzing als volgt uit het woord „poging” vloeit bovendien nog voort uit het in art. 45 Sr. gebruikte woord „voornemen” (LANGEMEIJER). Poging tot doodslag kan taalkundig alleen bestaan wanneer de dader gepoogd heeft iemand te doden, d.w.z. wanneer hij bewust naar iemands dood heeft gestreefd, wanneer zijn oogmerk op iemands dood was gericht, wanneer de dader het voornemen had (zich had voorgenomen) iemand te doden en zijn voornemen uit uitvoeringshandelingen is gebleken. Welnu, van de automobilist die opzettelijk in volle vaart op een, op de rijweg geposteerde, politieagent afrijdt, in de verwachting dat deze wel tijdig opzij zal springen, kan men niet zeggen dat hij getracht heeft die agent te doden, dat zijn voornemen gericht was op het doden van die agent, dat hij zich voorgenomen had die agent te doden. Dat de Hoge Raad in zijn arrest van 6 Febr. 1951 (zie paragraaf 6) toch poging tot doodslag aannam, was alleen mogelijk door miskenning van de taalkundige betekenis van art. 45 Sr. De bestaande omschrijving van poging in art. 45 Sr. past alleen bij opzet als oogmerk (Vos), althans voorzover het voornemen betrekking moet hebben op een door de wet gewraakt gevolg.

Hieruit volgt dan implicite dat een wijziging van alle materieel omschreven opzettelijke misdrijven op zodanige

wijze dat daarin niet slechts het opzettelijk veroorzaken van een gevolg ligt opgesloten doch (mede) het willens en wetens veroorzaken van een gevolg, ten aanzien van de poging geen verandering zou brengen. Wil men ten aanzien van materieel omschreven misdrijven de aangevangen doch niet volttooide uitvoering binnen het bereik der strafwet brengen, ook al is het door de wet gewraakte gevolg niet beoogd, dan zal men uit art. 45 Sr. zowel het woord „poging” als het woord „voornemen” moeten verwijderen.

Met betrekking tot begeleidende omstandigheden ligt de zaak anders. Weliswaar verklaarde de M. v. T. dat poging tot culpose delicten onbestaanbaar was, maar in het wetsontwerp kwamen toen ook nog geen andere culpose delicten voor dan die waarbij enig gevolg aan culpa is te wijten. Daarbij is poging inderdaad ondenkbaar. Poging is echter zeer wel bestaanbaar bij misdrijven met zogenaamde geobjectiverde bestanddelen. Wanneer men nu ten aanzien van zodanig bestanddeel culpa gaat eisen zou dan poging niet meer mogelijk zijn? Ik geloof niet dat iemand zou willen volhouden dat poging tot art. 244 Sr. niet denkbaar is omdat het voornemen des daders ook betrekking zou moeten hebben op de leeftijd van het meisje. Wanneer we nu, zoals in het ontwerp CORT VAN DER LINDEN in art. 244 Sr. de leeftijd niet langer objectiveren doch te dien aanzien wetenschap dan wel culpa als eis stellen, zie ik niet in waarom men niet schuldig zou kunnen zijn aan poging tot de culpose vorm van dit delict. Kan men niet pogen vleselijke gemeenschap te hebben met een meisje terwijl men redelijkerwijs moet vermoeden dat dat meisje nog geen twaalf jaar oud is? De mening dat men niet van poging spreken kan bij dit soort culpose delicten acht ik dan ook onjuist en zij kan niet dienen als argument tegen de door mij bepleite uitbreiding der pro parte dolo pro parte culpa gepleegde misdrijven.

16. Wanneer men er toe zou kunnen besluiten het woord „opzettelijk” in delictsomschrijvingen te vervangen door uitdrukkingen, welke behalve de bedoeling ook de desbewustheid impliceren, bv. door „willens en wetens” of door „opzettelijk dan wel desbewust”, zal het nodig zijn dit eveneens te doen in de algemene voorschriften waarin „opzettelijk” voorkomt. Dit zijn in de eerste plaats de deelnemingsvoor-

schriften, artt. 47, 48 en 49 Sr. Het zal een grote verbetering zijn wanneer we niet langer behoeven te twisten of medeplichtigheid wel of niet de „bedoeling” eist om behulpzaam te zijn. Willens en wetens uitlokken, willens en wetens behulpzaam zijn, willens en wetens gelegenheid, enz. verschaffen, willens en wetens gemakkelijk maken of bevorderen, zijn zuiver Nederlandse uitdrukkingen en zij geven 's wetgevers bedoeling beter weer dan de huidige artikelen.

Verder komt het woord slechts voor in de artt. 4 en 33 Sr. Ook daar laat het zich zeer wel vervangen door „willens en wetens”.

17. Ik moge in de voorgaande paragrafen genoegzaam hebben aangetoond, dat de wetgever er wat betreft het opnemen van „opzet” in delictomschrijvingen allerm minst in geslaagd is aansluiting te vinden aan het normale taalgebruik. Ik heb gepoogd enigszins de richting aan te geven, waarin naar verbetering moet worden gezocht. Drie cardinale zonden tegen het normale taalgebruik noemde ik in paragraaf 6. Het lijkt mij volstrekt niet onmogelijk ons wetboek van deze zonden te zuiveren en de delictomschrijvingen in overeenstemming te brengen met normaal Nederlands taalgebruik, terwijl overigens van de beginselen, waarvan de wetgever is uitgegaan slechts zover wordt afgeweken als door de ontwikkeling der strafrechtswetenschap en door de praktische ervaring wordt geëist.

Wil men zich aan deze arbeid zetten dan zal het echter noodzakelijk zijn nauwe samenwerking te zoeken met taalkundigen. Juristen zullen in samenwerking met criminologen en sociologen hebben vast te stellen ten aanzien van welke gedragingen strafrechtelijke repressie noodzakelijk is. De hulp van taalkundigen zal moeten worden ingeroepen om voor deze feiten de omschrijving te vinden welke past in normaal Nederlands. Ik ben er van overtuigd dat een zo moeilijk leerstuk als dat van het voorwaardelijk opzet nooit zou hebben kunnen ontstaan wanneer juristen zich niet gedrongen hadden gevoeld de gevallen, waarin zogenaamd voorwaardelijk opzet bestraffing verdient, met alle geweld binnen het begrip „opzet” te persen. Men heeft trouwens reeds lang gevoeld dat de tegenstelling opzet-culpa onmogelijk het gehele terrein van psychische gesteldheden kan bestrijken. Tussen opzet en onachtzaamheid ligt de bewuste

onverschilligheid, voor het strafrecht niet minder belangrijk.

Dat het met het in onze wet zo rijkelijk gezaaide woord „opzettelijk” niet helemaal in orde was, hebben velen reeds betoogd. Maar altijd verbond men daar dan de wens aan, dat een nieuw algemeen deel met begripsomschrijvingen zou worden opgesteld. Zo, zonder nadere uitwerking TAVERNE in T. v. S. 43 blz. 281. Zo het ontwerp CORT VAN DER LINDEN, dat echter wat de taal betreft al heel weinig gelukkig kan worden genoemd. Het bracht een pogingsartikel luidende: „Poging tot misdrijf is strafbaar zoodra de dader eene handeling verricht met het oogmerk daardoor tot de uitvoering van zijn opzet over te gaan”. Het lijkt mij voor de niet-jurist nog onbegrijpelijker dan het huidige pogingsartikel. In een nieuw art. 78^{quater} werd gezegd: „Onder opzet is begrepen voorwaardelijk opzet”, wat voor een niet-jurist al evenmin begrijpelijk is.

WIJNAENDTS FRANCKEN betoogde in T. v. S. 22 dat men de tweedeling der mogelijke psychische gesteldheden van de dader met betrekking tot zijn daad, nl. in opzet en schuld (culpa), moet laten varen. Men zou drie rubrieken moeten opstellen, als volgt:

I. De dader was zich bij de handeling bewust van de zekerheid of mogelijkheid van het wederrechtelijk gevolg en dit gevolg was doel der handeling = Opzet.

II. De dader was zich bij de handeling bewust van de zekerheid of mogelijkheid van het wederrechtelijk gevolg, maar dit was niet doel der handeling.

III. De mogelijkheid van het wederrechtelijk gevolg werd bij de handeling niet voorgesteld en kwam niet tot bewustzijn = Culpa.

De schrijver geeft niet aan hoe hij deze drie rubrieken in de strafwet wil verwerken. Houdt men vast aan deze driedeling, welke op zich zelve juist is en geheel bevestigt dat opzet gericht op een gevolg alleen kan bestaan wanneer dat gevolg is beoogd, dan zouden in het eerste boek enige artikelen opgenomen moeten worden ter uitwerking van dit stelsel.

Ook Vos propageerde het loslaten van de principiële grens tussen opzet en culpa (T. v. S. 38 blz. 389). Hem stond eveneens een indeling in drieën voor ogen, waarbij hij opzet als oogmerk als eerste schuldvorm wil beschouwen. Het resterende gedeelte van de schuld verdeelt hij in schuld van

de eerste graad en schuld van de tweede graad, doch langs een andere lijn dan WIJNAENDTS-FRANCKEN; tot de eerste schuldgraad rekent hij het zogenaamde opzet bij zekerheidsbewustzijn en het voorwaardelijk opzet; tot schuld van de tweede graad wordt gebracht de zogenaamde bewuste schuld en de onbewuste schuld. Als formulering van de verschillende delicten geeft hij het voorbeeld van doodslag. Dit artikel zou moeten luiden: „Hij die met het oogmerk om iemand te doden, hem van het leven berooft, wordt gestraft. . .

Hij die schuldig iemands dood veroorzaakt wordt gestraft:

bij schuld van de eerste graad

bij schuld van de tweede graad”.

Ik geloof niet dat het strafwetboek aan duidelijkheid en begrijpelijkheid zou winnen wanneer alle misdrijven op deze wijze moeten worden omschreven. Bovendien ontstaat aldus het nadeel dat goed Nederlandse uitdrukkingen als „van het leven beroven” worden vervangen door causale omschrijvingen op enkel natuurwetenschappelijke grondslag. Na de beschouwingen van RÖLING en anderen kunnen we toch niet meer volhouden dat „iemand van het leven beroven” hetzelfde betekent als „iemands dood veroorzaken”.

Een ogenschijnlijk voordeel is bij de indeling van Vos gelegen in de grotere mogelijkheid tot differentiatie in de gestelde maximale straffen. De strafpositie zou, anders dan in ons huidig systeem, bij voorwaardelijk opzet minder hoog kunnen zijn dan bij opzet als oogmerk, immers zogenaamd voorwaardelijk opzet valt bij Vos onder de eerste schuldgraad. Maar daaronder valt ook opzet bij noodzakelijkheidsbewustzijn. Het is juist dat THOMAS VAN BREMERHAVEN geen opzet (als oogmerk) had ten aanzien van de dood der schepelingen. Hij zou dus bij Vos onder schuld van de eerste graad worden gebracht. Toch is men het er vrij algemeen over eens dat in strafwaardigheid zijn handelwijze niet verschilt van opzettelijke doodslag. Men zou dan ook gedwongen zijn bij schuld van de eerste graad meestal niet minder zware straf te bedreigen dan bij opzet als oogmerk. Het voordeel van de drie-deling zou wat betreft de strafmaxima dus toch weer te niet worden gedaan.

18. „Opzet” is door de wetgever opgevat als „de bewuste richting van den wil op een bepaald misdrijf” (M. v. A.). Hierbij past volledig BINDING's uitspraak: „Das Recht legt

aber auf den Gegensatz des bewussten und des unbewussten Willens das allergrösste Gewicht".

Vele jaren later schrijft KANKELEIT: „Man kann wohl sagen, dass das Strafrecht, die Kriminologie und Kriminalpsychologie im Banne einer Bewusstseins- und Willenspsychologie stehen und die unbewussten seelischen Vorgänge in ihrer Bedeutung für die Verbrechensentstehung und -verhütung nicht ausreichend beachtet haben" en een zeer bezadigd auteur als FEBER, aan wiens magistrale dissertatie „Beschouwingen over crimineele psychologie" de zo juist gedane aanhaling is ontleend, schreef zelf: „Het onbewuste speelt voor het bewuste psychische leven een te groote rol, vooral door de gevoelsbetoning, dan dat men er van zou kunnen abstraheren. Zou men de menschelijke handelingen willen bevatten alleen op grond van hetgeen daarbij en daartoe in het bewustzijn is voorafgegaan, dan zou men niet zelden voor raadselen staan. Wanneer men nu het denken en willen niet kan losmaken van het onbewuste, *dan is die scheiding ook niet door te voeren* voor wat betreft de toerekening en bij de beoordeling van de motieven van de daad" (curs. aangebr.).

JUNG is van mening dat er een bewustzijn bestaat waarin het onbewuste overweegt, evengoed als een waarin het bewuste de boventoon voert. KOHNSTAMM schrijft, „dat er bij tal van personen, of bij allen, drijfveren van het gedrag aanwezig zijn, die zich onttrekken aan de bewuste bezinning van de betrokken persoon op de motieven van zijn handelen". Naar zijn mening kan men thans wel zeggen „dat ten opzichte van het principiële toelaten van het onbewuste in de psychologie de strijd is gewonnen. Er zal wel geen huidig psycholoog meer zijn, die in deze zin de psychologie zou willen beperken tot bewustzijnspsychologie". Als onvermijdelijk uitvloeisel dezer nieuwere opvattingen wordt dan ten slotte geponeerd dat het begrip „opzettelijk" door de dieptepsychologie zijn reële betekenis grotendeels heeft verloren.

Mocht de door het Bestuur onzer Vereniging aan de orde gestelde vraag zijn geïnspireerd door deze uiterst belangrijke ontwikkeling van de psychologische zijde van het schuld-vraagstuk, dan ben ik wel zeer te kort geschoten in mijn taak.

Ik moet echter erkennen dat ik mij allerm minst competent voel om vast te stellen in hoeverre de uitkomsten der diepte-

psychologie reeds thans moeten leiden tot omverhaling van de historisch gegroeide strafrechtsdogmatiek. Met enkele opmerkingen moge ik dus volstaan.

FEBER komt in zijn dissertatie tot de conclusie „dat men *meer in het bijzonder* verantwoordelijk is voor zijn bewust psychisch leven en in zeer verzwakte mate voor het onbewuste”. Inderdaad komt het mij voor, dat men een dokter die voor een patiënte-verpleegster een recept uitschrijft en daarop bij vergissing een zekere dosis veratrine (een uiterst gevaarlijk vergif) noteert in plaats van ferratine (een staal-preparaat) bezwaarlijk schuldig kan achten aan poging tot opzettelijke doodslag, ook al komt onbetwistbaar vast te staan, dat hij om persoonlijke redenen die verpleegster niet goed uit kon staan. VAN DER HOOP, aan wien ik het voorbeeld ontleen (Nieuwe richtingen in de zielkunde, blz. 28), legt hier verband tussen de verschrijving en de weerzin tegen de patiënte, een weerzin welke onbewust de vorm aannam van doodswens en al even onbewust aan den dag trad door het voorschrijven van een dodend middel. Dit verband kan na de diepgaande onderzoekingen en na kennisneming van het omvangrijke materiaal dat op dit gebied door de verschillende psychoanalytische scholen is bijeengebracht ook wel niet meer ontkend worden.

Wanneer nu de fout in het recept niet door de apotheker ware ontdekt en de patiënte-verpleegster tengevolge van het voorgeschreven middel was overleden, kan worden volgehouden, dat de betrokken medicus het *onbewust* door hem nagestreefde doel had bereikt. In ons rechtstelsel zou hij schuldig worden geacht aan culpose doodslag, maar in diepere zin is hij schuldig aan moord, zij het ook dat hij dit misdrijf onbewust pleegde.

Zo begaat de mens somtijds in zijn leven handelingen of nalatigheden welke in een misdrijf resulteren, welks gevolgen men onbewust heeft gewild, zonder dat de bewuste psyche daarmede instemt. Talloze voorbeelden van onschuldiger aard, zoals het laten vallen van breekbare voorwerpen, zijn uit de literatuur bekend. Wanneer het dienstmeisje na een standje van mevrouw, een kostbare vaas „per ongeluk” laat vallen, is de reactie dan ook al spoedig „dat heeft zij opzettelijk gedaan”. Inderdaad zou psychoanalytisch onderzoek aan het licht kunnen brengen, dat zij het onbewust opzettelijk heeft gedaan. Dat de dieptepsychologie derhalve aan het begrip „opzettelijk” zijn reële betekenis grotendeels ont-

nomen ziet, kan ons niet verwonderen. Voor ons, juristen, wordt het dan echter de vraag, of het onderscheid tussen opzettelijke en culpose delicten nog wel reële betekenis heeft. Wij behoren ons af te vragen of niet vele culpose delicten onbewust opzettelijk zijn gepleegd en of deze onbewust opzettelijk gepleegde delicten niet veeleer tot de opzettelijke behoren te worden gerekend.

Deze vraagstelling geeft echter weer aanleiding tot velerlei beschouwingen.

Allereerst een waarschuwing. In het voorbeeld van de medicus, die een verkeerd recept uitschreef, is het vrij duidelijk, dat zijn verschrijving samenhang met (veroorzaakt werd door) zijn onvriendelijke gevoelens ten opzichte van de patiënte. Uit dit geval mag men nu echter volstrekt niet afleiden, dat dergelijke vergissingen altijd de onbewuste uitingen zijn van een doodswens ten opzichte van het slachtoffer. Het zou wel van een uiterst gevaarlijke oppervlakkigheid getuigen wanneer men bijv., op grond van het gegeven voorbeeld, ook in de helaas niet weinig frequente gevallen, waarin doktoren of verpleegsters een verkeerde injectiestof toedienen of voor toediening gereed zetten, deze vergissingen zou willen verklaren met onbewuste doodswensen ten opzichte van de te injecteren persoon.

VAN DER HOOP schrijft dan ook: „Juist omdat stoornissen van dezen aard door zoveel uiteenlopende onbewuste oorzaken kunnen ontstaan, moet men zich er wel voor wachten om aan alle stoornissen bij iemand anders een onbewuste betekenis te willen hechten. Men loopt daarbij oneindig veel meer kans in de meeste gevallen om zich te vergissen, dan om het juiste te raden”. Het is duidelijk dat men het opsporen van onbewuste strevingen moet overlaten aan ervaren psychologen of psychoanalytici met groot verantwoordelijkheidsbesef en deze zullen dikwijls niet verder kunnen komen dan tot een vermoeden of een non-liquet.

In de tweede plaats schijnt mij zeer belangrijk de opmerking van VAN DER HOOP (naar aanleiding van het geval van den medicus), dat wij „waarschijnlijk hierbij in aanmerking moeten nemen, dat het onbewuste zich in zijn eenzijdigheid veel sterker uitdrukt dan in gevallen, waar het overige gevoelsleven die uitdrukking tempert”. Wanneer onbewuste strevingen tot het bewustzijn doordringen, kan de bewuste persoonlijkheid tegen de eigen aandriften stelling nemen en zij zal dit ook dikwijls doen. In zoverre zou men kunnen

zeggen, dat toch het bewuste misdadig handelen veel ernstiger afkeuring verdient dan het onbewust misdadig handelen omdat wel degelijk een groot verschil bestaat tussen bewust opzettelijke (doleuze) en onbewust opzettelijke (culpose) gedragingen.

Doch hier staat weer tegenover dat de resultaten van dieptepsychologische onderzoeken het eeuwenoude filosofisch determinisme schijnen te bevestigen, zodat de deterministische strafrechtsgeleerden gelijk zouden krijgen met hun bewering dat niemand ooit anders heeft kunnen handelen dan hij gehandeld heeft. Ware dit juist dan vermag ik niet in te zien dat voor de zich in de buitenwereld verwerkelijkende *onbewuste* strevingen een ander waarderingsoordeel zou mogen gelden dan voor de bewuste. Stelt, men zich op het standpunt van de leer der karakterschuld d.w.z. neemt men aan dat „schuldverwijt, toerekening en vergelding zedelijk gerechtvaardigd zijn naar de mate waarin de handeling tot de persoonlijke neigingen en motieven van den, overigens normalen, dader te herleiden zijn” (aldus typeert FEBER de hier bedoelde leer), dan zullen toch, de den dader onbewust gebleven neigingen en motieven, welke niet minder essentieel tot zijn karakter behoren dan de bewuste, evenzeer van gewicht zijn voor het schuldverwijt, de toerekening en de vergelding.

Persoonlijk ben ik echter van oordeel dat het uitgangspunt (te weten: niemand heeft ooit anders kunnen handelen dan hij gehandeld heeft) elk zedelijk oordeel over menselijk gedrag zinloos maakt. Van zedelijk gerechtvaardigd schuldverwijt, toerekening en vergelding kan m.i. bij deze opvatting niet zinvol sprake zijn. Wanneer inderdaad „alles geschiedt, tot in het kleinste toe, met strikte *noodwendigheid* en feitelijk niets *anders* geschieden kon dan wat feitelijk gebeurde” (WIJNAENDTS FRANCKEN) dan zou in ons wettelijk stelsel alle menselijk misdadig gedrag gedisciplineerd zijn krachtens art. 40 Sr. (overmacht). Dit betekent niet slechts ondergraving van het strafrecht maar zijn volkomen vernietiging. We behoeven ons dan niet meer druk te maken over de vraag of in delictomschrijvingen opzet of culpa al dan niet als bestanddeel moet worden opgenomen. Het enig zinvolle antwoord is dan: Het strafwetboek moet worden afgeschaft en de strafrechtelijke colleges moeten worden opgeheven. De veiligstelling van maatschappij en individu tegen misdadige gedragingen dient dan te worden overgela-

ten aan psychologen, psychiaters en psychoanalytici, die aan de overheid zullen adviseren welke maatregelen ten opzichte van bepaalde asociale personen dienen te worden genomen.

Inderdaad komen sommige psychoanalytici tót deze conclusie. „Die Zukunft des Strafrechts liegt in seiner Aufhebung, d.h. in der Entfernung jedes Recht zur Strafe” (REIWALD), een gedachte welke reeds vijftientwintig jaar tevoren door REIK was geuit (Geständnisszwang und Strafbedürfnis).

Nu zou het op zich zelf helemaal geen ramp behoeven te betekenen wanneer het strafrecht als sociale instelling zou verdwijnen, mits slechts asociale gedragingen op betere wijze zouden kunnen worden bestreden. En wij zullen straks zien dat juist de psychoanalyse ons de weg heeft gewezen naar betere middelen dan de straf. Maar wie, zoals FREUD en vele anderen, juist op grond van diepgaand onderzoek der menselijke psyche, tot de overtuiging komt, dat onbewuste strevingen zich met volstrekt onweerstaanbare kracht doen gelden, zowel in het onbewuste als in het bewuste handelen, en dan door deze overtuiging ten slotte wordt gedrongen naar de opvatting, dat de menselijke persoonlijkheid niet anders is dan een product van omstandigheden, komt op zodanig scherp deterministisch standpunt te staan, dat waardeoordelen geen zin meer hebben. Daartegen verzet zich nog altijd het gevoel van het overgrote deel der mensheid. Doch — mirabile dictu — blijkbaar ook het gevoel dezer deterministen à outrance. Het is immers wel merkwaardig, dat ook zij die, hetzij op philosophische hetzij op psychologische gronden, tot de zuivere deterministen gerekend willen worden en volhouden dat de mens nooit anders heeft kunnen handelen dan hij gehandeld heeft, zich toch niet kunnen onthouden van een zedelijk waardeoordeel over „dat handelen dat niet anders had *kunnen* zijn”, en bovendien nog trachten, zoals FREUD en zijn aanhangers, door psychoanalytische behandeling het leven van de mens tot waarde te brengen, terwijl die waarde in theorie wordt ontkend (VAN DER HOOP).

De strijd tussen deterministen en indeterministen schijnt onvruchtbaar. Voor geen van beide standpunten is exact bewijs te leveren, al moet worden toegegeven dat de deterministen in zoverre veld hebben gewonnen, dat door de psychoanalytische onderzoekingen en het door deze onderzoekingen bijeengebracht empirisch materiaal, het terrein der beweerde menselijke vrijheid aanzienlijk is ingekrompen.

Men doet het dikwijls voorkomen of het vraagstuk „determinisme of indeterminisme” voor het strafrecht niet zo erg belangrijk is; men late het vraagstuk liever aan filosofen. Men meent het probleem terzijde te kunnen laten omdat men het strafrecht kan toepassen en tot zekere hoogte de strafrechtswetenschap kan beoefenen zonder de wijsgerige fundamente te onderzoeken (POMPE), doch dit schijnt mij niet anders dan struisvogelpolitiek. Niet bij POMPE, want deze erkent ronduit dat hij het indeterministische standpunt huldigt. Doch wel bij de vele anderen die het vraagstuk maar liever stilzwijgend zouden voorbij gaan, omdat zij er geen raad mee weten, maar toch aanraden „zich *practisch* op het standpunt te stellen, *alsof* den dader verwijt kan treffen” (Vos). Wie echter zodanig „practisch” standpunt in kan nemen maakt zich daardoor reeds bekend als bewust of onbewust indeterminist. Met volstrekt determinisme zijn zedelijke waardeoordelen onverenigbaar. Het „du sollst” is zinloos wanneer niemand ooit anders heeft kunnen handelen dan hij gehandeld heeft en nooit anders zal kunnen handelen dan hij zal blijken te handelen. Onder gelijke voorwaarden zijn alle (strafrechtelijke) normen zinloos.

J. J. POORTMAN schreef in zijn boekje ter bestrijding van KOHNSTAMM's „Vrije wil of determinisme”: „Hieruit volgt nu, dat wij ons over het inderdaad op zich zelf bestaande strenge gedetermineerd-zijn van al de menselijke handelingen ook niet zo ongerust behoeven te maken. In betrekkelijk eenvoudige gevallen kunnen wij het gedetermineerd-zijn zelf doorzien. Men denke bv. aan een zwaar erfelijk belast individu, waarvan men met grote zekerheid asociale gedragingen kan verwachten. Dergelijke gevallen staan ironischerwijze als het ware op één lijn met het gelukkige geval van de astronomie, waar het determinatieproces door ons ook wordt gekend en dus voorspellingen over het toekomstig verloop kunnen worden opgesteld. En ten slotte blijft de bewering wel juist, dat de mens in het algemeen niet anders heeft gekund, dan hij feitelijk blijkt te hebben gehandeld. Misschien is er wel reden om al of niet speciaal in aansluiting bij deze overweging op een ruimer schaal van toerekening af te zien dan gewoonlijk gebeurt. Doch principieel blijft er voor ieder van ons het niet gekende, het onbekende van de afloop, juist omdat wij infrasubjecten, betrekkelijke eenheden zijn, staande en handelende temidden van de veelheid, binnen de betrekkelijke wereld. Midden in de beslissing,

op het ogenblik daarvan, schijnen altijd verschillende keuzen mogelijk. In de principiële onzekerheid daarvan steekt een stuk vrijheid" (Indeterminisme of determinisme; blz. 24/25).

Dit nu kan niet juist zijn. De principiële onzekerheid is immers slechts schijn en mijn vrijheid van keuze is volgens POORTMAN niet groter dan die van de poolreiziger die ter lessing van zijn dorst de „keuze" heeft tussen druiven plukken of sneeuw happen. Ik behoef mij over het strenge gedetermineerd-zijn van mijn handelen niet zo ongerust te maken, meent POORTMAN, want verschillende keuzen *schijnen* altijd mogelijk. Ik mag mij *verbeelden* in mijn keuze vrij te zijn. Maar daarover maakte ik mij nu juist wel ongerust, want het is mij onmogelijk tot zedelijke goed- of afkeuring van eigen gedrag te komen wanneer ik mij slechts *verbeelden* kan dat ik vrijheid bezit tot anders handelen, doch *weet* dat ik die vrijheid niet bezit.

Daarom is het zó verheugend dat vele psychoanalytici zich afkeren van het in wezen zo pessimistische FREUDSE standpunt. Zo oefent VAN DER HOOP ernstige critiek op de opvattingen van FREUD daar zij uitsluitend bepaald worden door een eenzijdig natuurwetenschappelijke levenshouding. Het is z.i. wel waar dat de natuurwetenschappelijke methode ons inzicht in het psychische leven zeer heeft verdiept en dat we dan ook aan FREUD ontzaggelijk veel te danken hebben, maar FREUD negeert het feit, dat in ieder levend wezen werkingen bestaan, welke onmogelijk zuiver natuurwetenschappelijk kunnen worden verklaard. Dergelijke werkingen, niet uitgaande van de afzonderlijke delen van een geheel, doch van het geheel als zodanig, worden totaliteitswerkingen genoemd en voor zover zij uitgaan van de psyche als totaliteit spreekt men van psychisch totaliteitsgezag dat zich doet gelden als bewuste wil, als verstandelijk en moreel oordeel. Hoe de werking van dit totaliteitsgezag plaats grijpt en in hoeverre daarbij plaats is voor „vrije" keuze in dien zin, dat ten slotte de „normale" mens ook wel eens anders gehandeld zou kunnen hebben dan hij blijkt te hebben gehandeld, zijn vooralsnog open vragen. Doch in principe stelt men zich niet volstrekt afwijzend tegenover het indeterministische standpunt. Men erkent althans een vooralsnog onbegrepen (en ook niet exact bewijsbare) kracht van de schepende wil. VAN DER HOOP wijst er op dat FREUD's eigen leven een krachtige scheppende wil toont, die zich tegen alle omstandigheden in wist door te zetten. Als merkwaardig

voorbeeld van innerlijke tegenspraak noemt hij ook MARX.: „De theorie van de sociale veranderingen is ook daar geheel deterministisch, terwijl het gebruik, dat er van gemaakt moet worden een beroep doet op den scheppenden wil”. Inderdaad, hoewel beide geniale denkers zich overtuigd determinist waanden, toont juist hun hartstochtelijk streven naar „verbeteringen” de, blijkbaar onbewuste, indeterministische overtuiging dat het mogelijk is “to make the universe in some small degree different by our presence” (JEANS).

Maar, al behoeven we dan niet terug te schrikken voor de psychoanalytische leer omdat zij de verantwoordelijkheids-idee zou aantasten, zoveel heeft zij ons reeds thans geleerd, dat haar resultaten „nötigen zu einer gründlichen Revision der alten, ganz auf dem Boden der Bewusstseinspsychologie stehenden Vorstellungs- und Willentheorie, auf der die heutige Strafrechtswissenschaft aufgebaut ist” (REIK). De strafrechtswetenschappen en meer in het bijzonder de strafrechtelijke colleges zullen zich veel meer dan heden ten dage het geval is moeten bezig houden met het onbewuste geestesleven van delinquenten. „De psychoanalytische leer stelt ons in staat dieper door te dringen in de ontstaanswijze van de sociale aanpassingsfout — en in de aanpassingsfout is in den grond de criminaliteit gegeven” (FEBER).

Hier komen we dan weer terug bij het punt van uitgang. Wat dit betekent dat de rechter ook bij de zogenaamd opzettelijke (bewust gewilde) delicten zal hebben door te dringen tot in het onbewuste van den dader omdat dikwijls alleen vanuit het onbewuste geestelijk leven de verklaring van het asociaal handelen kan worden gegeven. En, wat nog belangrijker is, omdat alleen kennisneming van de den dader zelf onbewust gebleven motieven, kan leiden tot de juiste therapie. In zoverre zal in een toekomstig strafrecht het dogmatisch onderscheid tussen doleuze en culpose misdrijven veel van haar belang verliezen.

Zeker, men twijfelt aan de practische waarde van de psychoanalyse voor de strafpraktijk en FEBER schreef in 1934 nog „dat de psychoanalytische leerstukken slechts voor een relatief *klein* aantal gevallen uit de grote massa der delinquenten practisch iets zou *kunnen* beteekenen”. Maar de psychoanalyse gaat rusteloos voort en steeds omvangrijker wordt het materiaal, waaruit blijkt dat ook ogenschijnlijk zeer eenvoudige misdrijven (zaken van „eenvoudigen” aard;

art. 369 Sv.) alleen kunnen worden verklaard uit onbewuste motieven, welke zijn terug te voeren naar ervaringen in de vroegste jeugd.

Reeds lang is voorts duidelijk, dat het ideaal van de strafwetgever van 1881 (het strafstelsel „kenmerkt zich door groote eenvoudigheid, zeker op zich zelve een voordeel”.) allerminst dienstig kan zijn aan efficiënte misdaadbestrijding. Ten aanzien van de criminaliteit der jeugdigen is gelukkig reeds vrij algemeen het besef doorgedrongen dat “the outworn maxim of traditional justice, that the punishment should fit the crime, though set to memorable music in an optimistic key, is now giving place to the sounder principle that the treatment must fit the delinquent” (BURR). De vraag nu, welke behandeling voor een jeugdige misdadige passend is zal voorshands weliswaar slechts in zeldzame gevallen kunnen leiden tot toepassing van een volledige psychoanalytische kuur, maar het is geenszins onmogelijk om de behandeling is alle gevallen aan te passen aan psychoanalytische gezichtspunten. Men denke aan het werk van AICHHORN.

Het is waar dat de massa zich instinctmatig verzet tegen de steeds verder gaande beperking in strafoplegging. Het volksbewustzijn roept bij ernstige aantasting van geestelijke of materiële waarden nog altijd om wraak, dus om straf. Maar dit volksbewustzijn kan worden opgevoed. Er was een tijd dat krankzinnigen als misdadigers werden behandeld en gestraft. Er was een tijd, en die tijd ligt nog niet zo heel lang achter ons, dat kinderen, zelfs kinderen van nog geen tien jaar, wegens diefstal werden opgehangen. RADZINOWICZ (A history of English criminal law) deelt mede dat nog in 1833 een negenjarige jongen ter dood veroordeeld werd “for pushing a stick through a cracked window and pulling out some printers’ colours the value of which was twopence”.

Thans roept het volk niet meer om de terdoodbrenging van krankzinnigen en kinderen. De massa begint zelfs te begrijpen dat we tegen kleptomanen of pyromanen met strafoplegging maar bitter weinig uitrichten. We mogen dus verwachten dat de tegenstand van de volksconsciëntie tegen de zogenaamde Humanitätsduselei vanzelf zal verdwijnen wanneer men in de praktijk slechts bewijst over betere middelen te beschikken dan het strafwetboek kent.

„Behoren de beginselen waarvan de wetgever is uitgegaan bij het opnemen van opzet, oogmerk, voornemen of schuld als bestanddeel in delictsomschrijvingen te worden herzien”?

Praeadvies van Mr P. S. Noyon

Men kan niet zeggen, dat met bovenstaande vraagstelling een „brandend vraagstuk” wordt aangesneden. Blijkbaar levert de toepassing van ons Wetboek van Strafrecht in de praktijk geen onoverkomelijke moeilijkheden op, wat het te bespreken onderwerp betreft. Dit neemt niet weg, dat het nuttig is zich in de vraag te verdiepen. Zelfs indien het resultaat zou zijn, dat alles bij het oude kan blijven, — quod non —, dan heeft men toch de genoegdoening, dat dit niet het gevolg is van sleur of struisvogelpolitiek ten aanzien van bestaande problemen.

Het onderzoek zal moeten aanvangen met het vaststellen van de beginselen, die hebben gegolden bij het samenstellen van ons Wetboek van Strafrecht en bij de latere wijzigingen. Het strafrecht in andere wetten laat ik voorlopig buiten beschouwing.

Wij zien dan, dat de wetgever van 1881, die een voor zijn tijd zeer modern strafrecht ontwierp, zich met wijs beleid ervoor gehoeed heeft, de beginselen, waarvan hij uitging, als zodanig in dwingende wetsregelen vast te leggen, wel begrijpend, dat die beginselen in de praktijk haar waarde zouden moeten tonen en dat wetenschap en rechtspraak de gelegenheid moesten krijgen om die beginselen uit te werken, aan te vullen en te verfijnen. Ook bij latere wijzigingen heeft men zich onthouden van het poneren van beginselen, en zich beperkt tot het wijzigen en aanvullen van de delictsomschrijvingen waar nodig. Inmiddels heeft het wetboek ruim 60 jaar gewerkt en het zou kunnen zijn, dat thans het ogenblik is aangebroken om het resultaat van de ontwikkeling der denkbeelden in die jaren in algemene

wetsartikelen vast te leggen en wellicht ook de delictsom-schrijvingen aan een herziening te onderwerpen.

De beginselen, waarop ons wetboek berust en de wijze waarop zij zijn toegepast vertonen in grove trekken de volgende aspecten:

a. er zijn twee schuldvormen, opzet en schuld in engere zin;

b. de wet definieert de begrippen „opzet” en „schuld” niet en laat in het midden waar de grens loopt;

c. opzet en schuld, zoals de wet deze eist voor de strafbaarheid, zijn „kleurloze” begrippen, d. w. z. zij hebben geen betrekking op de strafbaarheid, de onrechtmatigheid of de laakbaarheid van het feit (wat nog niet zeggen wil, dat de intellectuele en de psychische instelling ten aanzien daarvan voor de strafbaarheid geen rol spelen);

d. ten aanzien van misdrijven is de opzeteis regel; de schulddelicten belopen slechts een gering aantal. Soms wordt ten aanzien van een bepaald bestanddeel van het feit opzet of schuld alternatief gevorderd;

e. de opzet- of schuldeis betreft niet de z.g. geobjectieeerde bestanddelen van het delict; evenmin de objectieve bijkomende voorwaarden voor de strafbaarheid en de strafverzwarende gevolgen en omstandigheden;

f. bij diverse misdrijven wordt een bijkomend „oogmerk” gevorderd;

g. ten aanzien van overtredingen wordt noch opzet noch schuld voor de strafbaarheid vereist, tenzij natuurlijk deze begrippen in het gebruikte werkwoord opgesloten liggen.

De vraag, die rijst naar aanleiding van punt *a*, n.l. of er behoefte is aan meer schuldvormen — minder zal wel niemand verlangen — hangt onmiddellijk samen met punt *b*, het ontbreken van definities van opzet en schuld en van een duidelijke grenslijn tussen beide schuldvormen. Hiermede zijn wij reeds aangeland bij een van de moeilijkste problemen, t. w. wat er moet gebeuren met het grensgebied tussen de duidelijke gevallen van opzet en de duidelijke gevallen van schuld, het gebied, door BESIER in een nader te bespreken Themisartikel van 1918 aangeduid als „niemandslaan”, bekend uit de eerste wereldoorlog als vol gevaren en verrassingen.

Het eerste punt van onderzoek zal moeten zijn, of de wet dit grensgebied moet regelen en afbakenen en zo ja, hoe.

Laat ik eerst als punt van uitgang voor de bespreking de in alle leerboeken te vinden onderindeling van opzet en schuld in vijf categoriën mogen weergeven:

1. Opzet als oogmerk: de dader handelt *om* het (door de wet niet gewilde) gevolg te bereiken of *omdat* een bepaalde omstandigheid (waaronder een handeling strafbaar is) aanwezig is. Ware het gevolg op deze wijze niet bereikbaar, resp. de omstandigheid niet aanwezig, dan zou hij niet handelen.

2. Opzet als zekerheidsbewustzijn of beter noodzakelijkheidsbewustzijn: de dader is het niet, zoals sub 1^o, om het gevolg of de omstandigheid te doen; hij handelt met een ander al of niet geoorloofd oogmerk, maar aan zijn handeling (eventueel: handeling plus beoogd gevolg) is het door de wet niet gewilde gevolg resp. de omstandigheid, waaronder de handeling verboden is, *naar zijn inzicht* noodzakelijk verbonden.

3. Opzet als mogelijkheidsbewustzijn: dezelfde figuur als sub 2^o, maar nu is *naar het inzicht van de dader* het gevolg of de omstandigheid mogelijk aan zijn handeling (eventueel handeling plus beoogd gevolg) verbonden. Om dit mogelijkheidsbewustzijn tot opzet te stempelen, is echter nog iets meer nodig, dat het onderscheidt van de sub 4^o te noemen bewuste schuld. Over de aard van dit element van het opzet gaat, als bekend, de grote strijd der meningen op dit gebied.

4. Bewuste schuld: geheel hetzelfde als 3, echter zonder het bedoelde element.

5. Onbewuste schuld: de dader heeft bij zijn handeling aan de mogelijkheid van het intreden van het gevolg of van het aanwezig zijn van de omstandigheid niet gedacht, terwijl hij eraan had moeten denken en (evenals trouwens in de gevallen 3 en 4) op die grond de handeling nalaten.

Men weet, dat over de derde categorie en haar afscheiding van het vierde een uitgebreide literatuur en rechtspraak is ontstaan, vooral in Duitsland, aangeduid als die betreffende het „voorwaardelijk opzet”, ofschoon deze aanduiding eigenlijk slechts op een bepaalde wijze van oplossing van de moeilijkheid van toepassing is, en ook daar nog niet juist is.

Het is natuurlijk uitgesloten, alle theoriën betreffende het voorwaardelijk opzet (in ruime zin genomen), hier weer te geven. Ik zal mij beperken tot korte vermelding van die, welke hier te lande weerklink hebben gevonden,

Allereerst komen dan in aanmerking de schrijvers, die slechts van opzet willen weten in de vorm van oogmerk en van zekerheids- of noodzakelijkheidsbewustzijn. (STROOSS, VON BAR, KRAUS). De mate van zekerheid, die men in het bewustzijn van de dader aanwezig verlangt, loopt wel uiteen.

De tweede groep omvat de schrijvers, die het als mogelijk voorgestelde gevolg (resp. de als mogelijk voorgestelde omstandigheid) onder het opzet willen betrekken, als de dader het heeft gebillijkt, aanvaard, erin heeft toegestemd, zich ermee verenigd heeft, het op de koop toegenomen heeft, ermede „einvastanden” is of soortgelijke uitdrukkingen. Deze leer is door FRANK en VON HIPPEL in formules neergelegd, die ik om de instemming, die zij hier te lande gevonden hebben, de lezer in herinnering breng:

1^e formule van FRANK: „Vorsatz ist vorhanden, wenn den Täter die Voraussicht des Erfolgs als eines gewissen oder notwendigen vom Handeln nicht abgehalten haben würde”;

2^e formule van FRANK: (Dolus eventualis erscheint) „als die eigentümliche psychische Beziehung, bei der sich der Täter sagt: mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handle ich”;

formule van VON HIPPEL: (Dolus eventualis liegt vor wenn) „dem Täter der Eintritt des erstrebten Erfolges und des rechtswidrigen zusammen lieber war als der Verzicht auf seine Interessen”.

Deze theoriën zijn die van het voorwaardelijk opzet in eigenlijke zin.

De derde hier in aanmerking komende groep neemt opzet aan, indien de dader zich het gevolg of de omstandigheid als *waarschijnlijk* heeft voorgesteld. *Hoe* waarschijnlijk, daarover lopen de meningen uiteen: zij variëren van zeer waarschijnlijk tot niet onwaarschijnlijk. Een scheide grens is wel niet mogelijk. Uit de vele verdedigers dezer theoriën noem ik LUCAS en GROSSMANN.

Van de Nederlandse schrijvers staan het dichtst bij de Duitse groep, die het opzet niet verder dan tot zekerheids- of noodzakelijkheidsbewustzijn willen uitstrekken, NOYON in zijn handboek (inleiding) en verschillende conclusies voor de Hoge Raad, POLS (T. v. S. III blz. 93 vlg.), VAN DIJCK (T. v. S. XXXIV blz. 355 vlg.), en BESIER (Themis 1918 blz. 116 vlg.). Hun afwijzing geldt vooral de leer van het voor-

waardelijk opzet in eigenlijke zin. Deze leer heeft bij ons weerklank gevonden bij DE GEER (De Grenslijn tussen opzet en schuld, prfschr. Utrecht 1895), VAN HAMEL (van Hamel-van Dijck blz. 289), SIMONS (Leerboek dl. I nos. 160 en 161), hoewel met voorbehoud, ZEVENBERGEN (Leerboek par. 28 n^o. 16), FRENKEL (Bijdrage tot de leer van het voorwaardelijk opzet, prfschr. Utrecht 1917) en laatstelijk bij LANGE-MEIJER (Noyon-Langemeijer, inleiding blz. 23). De waarschijnlijkheidsleer is hier te lande hoofdzakelijk verdedigd door POMPE (Handboek n^o. 86) en ook door VAN ECK (Het misdrijf van Hulp aan de Vijand, blz. 168 vlg.) en RÖLING in zijn noot bij H. R. 6 Februari 1951 n^o. 475.

Men zou verwachten, dat bij een zo grote belangstelling in de literatuur voor het hier behandelde vraagstuk ook in de rechtspraak principiële beslissingen in grote getale zouden voorkomen. In Duitsland is dit inderdaad het geval: het Reichsgericht heeft een belangrijke jurisprudentie op het gebied van het voorwaardelijk opzet gevestigd, waarin de leer van FRANK c.s. is gevolgd. Bij ons vertoont de rechtspraak een geheel ander beeld. In de niet bijzonder talrijke arresten van de Hoge Raad komt niet alleen de term „voorwaardelijk opzet” niet voor, maar nergens wordt een duidelijk standpunt ingenomen in de heersende strijd der meningen over het opzet bij mogelijkhedenbewustzijn. Men zou geneigd zijn hieruit af te leiden, dat de gehele vraag eigenlijk niet meer is dan een puzzle, waarmede de geleerden zich vermaken, doch die voor de praktijk van de rechtspraak van weinig of geen betekenis is; die mening zou steun kunnen vinden in het feit, dat in de Frans sprekende landen het probleem van het voorwaardelijk opzet nauwelijks en in de Engels sprekende naar ik meen in het geheel geen aandacht heeft gevonden. Deze conclusie zou echter niet gerechtvaardigd zijn. Het feit, dat theoretische beschouwingen in rechterlijke uitspraken ontbreken, bewijst niet dat ze in raadkamer niet zouden zijn gehouden: onze rechterlijke macht houdt nu eenmaal niet van uitvoerige vonnissen, waarin zij zich voor volgende gevallen vastlegt. FRENKEL in zijn proefschrift verwijt haar dit ernstig, misschien niet geheel ten onrechte. De Hoge Raad, behalve dat ook dit College liever niet meer zegt dan tot oplossing van het concrete geval nodig is, kan niet veel beginnen als de lagere rechter zich niet bloot geeft. Een vrijspraak zonder andere motivering dan

het niet bewezen zijn van het telastegelegde feit is voor de Hoge Raad onaantastbaar. Een veroordeling berust in de regel op feiten en omstandigheden, waaruit de rechter het opzet wel heeft *kunnen* afleiden. Als de lagere rechter zich niet in beschouwingen over het opzet begeeft, vindt de Hoge Raad meestal geen aanleiding om dit wel te doen.

Toch valt uiteraard uit zijn rechtspraak wel iets af te leiden betreffende zijn standpunt ten aanzien van het probleem. In de eerste plaats mag, naar ik meen, worden aangenomen, dat de eigenlijke leer van het voorwaardelijk opzet, zoals door FRANK en VON HIPPEL ontwikkeld, bij de Hoge Raad weinig instemming ontmoet. De bij die leer behorende terminologie wordt nergens gebruikt, al was daartoe wel eens aanleiding; zo b.v. in de bekende vergiftigingszaak, H. R. 19 Juni 1911, W. 9203 (zenden van een vergiftigde taart met het oogmerk de man te doden, als gevolg waarvan de vrouw stierf, aan welke mogelijkheid de dader had gedacht en welk gevolg hij na het verzenden zelfs verwachtte, zonder tegenmaatregelen te nemen; de Hoge Raad oordeelde, dat het Hof zelfs voorbedachte raad kon aannemen). Toen de schuldheiling nog niet strafbaar was, bood de heling een goede aanleiding om met de formules van het voorwaardelijk opzet te werken, doch het geschiedde nimmer.

Anderzijds staat de Hoge Raad ook niet op het standpunt van het strikt beperken van het opzet tot oogmerk en zekerheids- of noodzakelijkheidsbewustzijn. Daar is allereerst de lange reeks arresten over het opzet gericht op de misdadige herkomst bij heling. Had de Hoge Raad nog in 1892 beslist, dat bij koppelarij onder de werking van het oude art. 250 W. v. S. het opzet ten aanzien van de minderjarigheid slechts bij wetenschap dienaangaande bestond, reeds in 1895 werd in een helingszaak uitgemaakt, dat „moeten begrijpen zich tot een begrijpen en diensengevolge tot een met weten gelijk te stellen inzicht uitstrekt”. Deze jurisprudentie, die begrijpen met weten gelijkstelt, is tot de huidige dag gehandhaafd. Bij arrest van 13 Juni 1950 n^o. 613 overwoog de Hoge Raad met zoveel woorden, dat het weten meer omvat dan het begrijpen, met name het zekerheidsbewustzijn. Hoewel blijkens deze interpretatie dus ook opzet bestaat bij minder dan zekerheidsbewustzijn, is met deze jurisprudentie nog geen belangrijke stap in het gebied van het mogelijkheidsbewustzijn gezet. „Begrijpen” kan moeilijk

meer omvatten dan een bewustzijn van zeer grote waarschijnlijkheid. Kennelijk is aan opzet in de vorm van een zwakker waarschijnlijkheidsbewustzijn bij de heling geen behoefte gevoeld, sedert de schuldheling strafbaar is met een strafmaximum, dat ook voor de zwakke opzetgevallen voldoende zou zijn.

Een verder doordringen in het „niemandsland” vertonen de arresten, die betrekking hebben op zware mishandeling en doding. Ook daar is de culpose vorm strafbaar, doch het strafmaximum verschilt zoveel, dat de behoefte om in grensgevallen opzet aan te nemen sterker sprak. Nadat de Hoge Raad in 1892 en in 1909 zich op het standpunt had gesteld, dat de vraag of opzet terecht was aangenomen, van feitelijke aard was — evenwel met uitvoerige vermelding der gronden van het Hof, waarin dit had aangenomen, dat de „in zeer vele gevallen” intredende en de „noodzakelijke” gevolgen geacht moeten worden opzettelijk te zijn veroorzaakt, wat de indruk wekt, dat de Hoge Raad het daarmee eens was — is een reeks arresten gevolgd, waarin de Hoge Raad deze en verder gaande redeneringen van de Hoven uitdrukkelijk sanctioneerde. Ik geeft enkele voorbeelden:

a. H. R. 19 Juni 1911 W. 9203: het op blz. 6 reeds vermelde Hoornse vergiftigingsgeval.

b. H. R. 28 Augustus 1917 W. 10169: de Rechtbank (in het door het Hof bevestigde vonnis) mocht uit de algemene bekendheid, dat door een op korte afstand in de romp van een menselijk lichaam geschoten revolverkogel *in de regel* ernstig lichamelijk letsel wordt berokkend en beklaagde's erkennen, dit te begrijpen, in verband met hetgeen de eerder omschreven bewijsmiddelen verder hadden opgeleverd, zeker de gevolgtrekking maken, dat de beklaagde destijds het opzet had de verslagene zwaar lichamelijk letsel toe te brengen.

c. H. R. 15 Januari 1934 N. J. 1934 blz. 402: terecht is het bewezenverklaarde als mishandeling gequalificeerd, nu het insluit, dat requirant opzettelijk een handeling heeft verricht, die noodzakelijkerwijs, *althans met grote waarschijnlijkheid*, lichamelijk leed moest toebrengen; aan die handeling wordt niet het karakter van mishandeling ontnomen, indien requirants bedoeling, d. w. z. zijn verder reikend oogmerk, niet gericht was op het toebrengen van lichamelijk leed, doch op het zich ontdoen van de veldwachter, en indien dit laatste een op zichzelf geoorloofd doel was,

d. H. R. 23 Juli 1937, 1938 n^o. 869: naar 's Hofs kennelijke bedoeling moet als bewezen aangenomen worden, dat requirant Mieras opzettelijk in zijn buik heeft gestoken; voorts is van algemene bekendheid, dat de buik een zeer kwetsbaar deel van het lichaam vormt, zodat het Hof heeft kunnen aannemen, dat requirant . . . noodzakelijkerwijze heeft geweten, dat, indien hij met zijn dolkmes, waarvan, zoals het Hof vaststelt, het lemmet van grote afmeting was, Mieras in bedoeld lichaamsdeel zou steken, die steek levensgevaarlijk zou zijn en *zeer waarschijnlijk* de dood van de gestokene zou veroorzaken; tenslotte heeft het Hof uit de omstandigheid, dat requirant ondanks zijn evengemelde wetenschap opzettelijk heeft gehandeld als vermeld, kunnen afleiden, dat hij de dood van zijn slachtoffer, *als mogelijk en waarschijnlijk gevolg* van zijn steken, heeft gewild.

e. H. R. 26 Maart 1946 n^o. 226: als iemand, staande op de treeplank van een in volle vaart rijdende trein, opzettelijk door een krachtige trap tegen zijn borst van die treeplank wordt verwijderd, en dus op de spoorbaan valt, kan de dood van het slachtoffer *als een mogelijk gevolg* van die handeling worden beschouwd; Rechtbank en Hof hebben dan ook uit de bewijsmiddelen kunnen afleiden, dat requirant die, volgens zijn eigen verklaring, handelde met de bedoeling de controleur uit de trein te verwijderen, wat hier slechts kon betekenen van de treeplank af te trappen en op de spoorbaan te doen vallen, heeft gehandeld met het opzet om die controleur te doden, terwijl de vraag, of deze gevolgtrekking terecht is gemaakt, in cassatie niet ten toetse kan komen.

f. H. R. 6 Februari 1951 n^o. 475: het bewezene komt hierop neer: dat verdachte, als bestuurder van een auto 's nachts rijdende over de openbare straat, toen de politieagent in uniform V., staande op het midden van de straat, door zijn arm recht omhoog te steken en te houden van hem vorderde te stoppen, opzettelijk niet daaraan heeft voldaan, maar met die auto is doorgereden en V. met zulke snelheid tot op zo korte afstand is genaderd, dat hij wist en begreep dat V. — indien deze niet ijlings opzij zou springen — door die auto aangereiden zou worden en daardoor van het leven zou kunnen worden beroofd, zulks terwijl zich in die wijze van rijden van verdachte openbaarde zijn voornemen om die V. omver te rijden met dat te verwachten gevolg — indien deze niet tijdig opzij zoude springen —, en dat alleen doordat

deze nog op het laatste moment, van verdachte's wil onafhankelijk, ter zijde is gesprongen, dat voornemen van verdachte niet is voltooid; dit bewezene houdt in het voor poging tot doodslag vereiste opzet; de automobilist toch, 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 die 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; het middel wil weliswaar daartoe vereisen, dat hetzij verdachte de dood van V. wilde, hetzij deze dood als zeer waarschijnlijk gevolg van zijn wijze van rijden te verwachten was; echter is het eerste daartoe niet vereist en wat er zij van de vraag of zulks met het laatste het geval is, inderdaad was voor verdachte van zijn wijze van rijden de omverrijding van V. als waarschijnlijk gevolg te verwachten — en dan naar redelijke verwachting ook diens dood — toen immers uitsluitend de aldus bedreigde zelf door een op het laatste moment ijlings opzij springen het op het punt van intreden staande ongeval nog kon voorkomen.

De cursiveringen in al deze citaten zijn van mij.

Zou de tweede geciteerde uitspraak nog de uitleg toelaten, dat het Hof op grond van de voorhanden bewijsmiddelen *oogmerk* kon aannemen, waarbij volgens de algemeen gevolgde opvatting niet meer dan mogelijkheidsbewustzijn aanwezig behoeft te zijn, het sub *c* genoemde arrest is ondubbelzinnig: ook als het oogmerk op iets anders gericht is, is voor opzet op het teweeggebrachte gevolg voldoende, dat de opzettelijk gepleegde handeling *met grote waarschijnlijkheid* dit gevolg moest teweegbrengen.

De volgende arresten vertonen een steeds afnemende reeks van eisen, die aan het begrip opzet worden gesteld; 1937: „Mogelijk en waarschijnlijk gevolg” en „willen”; 1948: „mogelijk gevolg”. Blijkbaar wordt de lagere rechter binnen zeer ruime grenzen vrijgelaten om uit te maken waar hij nog opzet aanwezig acht.

Wie gehoopt zou hebben in het zeer uitvoerig gemotiveerde arrest van 1951 overwegingen te vinden, die enige aanknopingspunten voor de afbakening van de grenslijn geven, wordt teleurgesteld. De Hoge Raad heeft hier uitgemaakt, dat een automobilist, die bewust een *kans* in het leven

roept om een ander omver te rijden en (naar redelijke verwachting) te doden, welke kans *zo hachelijk* is, dat alleen een ijlings opzij springen van die ander zelf hem kan redden en die kans *blijft aanvaarden* blijkens zijn doorrijden (na het stopteken, zie bewezenverklaring), handelt met het voor (poging tot) doodslag vereiste opzet.

Tot zover weten wij dus: *a.* er is bewust een kans in het leven geroepen, die de dader blijft aanvaarden; dit is de „mogelijkheid” van het arrest van 1946; *b.* die kans was „hachelijk”; dit doet denken aan het „waarschijnlijk” gevolg van vroegere arresten; *c.* die hachelijkheid is reeds aanwezig, indien alleen ijlings opzijspringen van het slachtoffer het gevolg kan voorkomen; waar echter uit niets in de bewezenverklaring blijkt, of dit opzijspringen moeilijk was, eist de Hoge Raad blijkbaar geen grote „hachelijkheid” resp. waarschijnlijkheid.

Maar mogen wij nu zeggen, dat met deze voorwaarden bij vervulling waarvan opzet *mag* worden aangenomen, ook de onderste grens van het opzet gegeven is? Neen. De Hoge Raad vermijdt angstvallig zich op dit punt vast te leggen. Uitdrukkelijk wordt de wil om te doden als criterium verworpen. Ten aanzien van de vraag of dan toch hoge waarschijnlijkheid vereist is, wordt het antwoord met zoveel woorden in het midden gelaten, maar gezegd, dat er in ieder geval waarschijnlijkheid was, en wel omdat alleen het ijlings opzij springen van het slachtoffer het gevolg kon afwenden. Uit het feit, dat in casu waarschijnlijkheid voldoende was, blijkt echter reeds, dat hoge waarschijnlijkheid niet als eis wordt gesteld, tenzij wellicht de Hoge Raad de mogelijkheid heeft willen openlaten om deze in andere gevallen wel te verlangen; het blijkt echter niet, welke dit zouden moeten zijn.

Maar dat waarschijnlijkheid nodig is, staat er ook niet. Er staat alleen dat zij in casu aanwezig was.

Waar anderzijds arresten ontbreken, waarin de Hoge Raad de lagere rechter een „tot hiertoe en niet verder” toetoept — tenzij deze opzet gaat aannemen in gevallen waarbij niet meer is gebleken dan dat verdachte „kon weten” (25 November 1935, 1936 n^o. 200) of „redelijkerwijze moest vermoeden” (4 December 1939, 1940 n^o. 381) —, moet de conclusie getrokken worden, dat de Hoge Raad de feitenrechter een zeer grote vrijheid laat om bij mogelijkheidsbe-

wustzijn zelf de grens tussen opzet en schuld te trekken en daarbij ook andere criteria dan dat van de waarschijnlijkheid aan te leggen, wellicht ook dat van het voorwaardelijk opzet (dat in casu echter tot een andere uitkomst zou hebben geleid, zie noot RÖLING bij het arrest van 1951).

Deze grote vrijheid acht ik te betreuren, in de eerste plaats omdat aldus rechtsonzekerheid en ongelijkheid in de rechtspraak blijven bestaan; voorts omdat m. i. het gevaar bestaat dat onder de invloed van de leer van het voorwaardelijk opzet het gebied van het opzet te ver wordt uitgebreid.

Ik moge thans nader toelichten, wat naar mijn mening onder opzet behoort te vallen en nagaan of dit zich leent tot neerlegging in de wet.

In de eerste plaats valt onder opzet het oogmerk, en wel onverschillig of in de ogen van de dader de verwerkelijking van zijn oogmerk zeker, waarschijnlijk of slechts mogelijk is. Dit wordt in beginsel algemeen aangenomen. Op deze opvatting berust het arrest H. R. 29 Juli 1909 W. 8580, waarbij in een abortuszaak, ofschoon uitdrukkelijk onbewezen was verklaard, dat de beklaagde wist dat de vrucht leefde, niettemin het aannemen van het opzet om een levende vrucht af te drijven werd goedgekeurd, nu vaststond dat de beklaagde van de veronderstelling uitging, dat de vrucht leefde en met haar handelingen het afdrijven van de verondersteld levende vrucht beoogde (vgl. VAN HAMEL-VAN DIJCK blz. 269).

Twijfel bestaat alleen in gevallen waarin het beoogde gevolg (de omstandigheid) bijzonder onwaarschijnlijk is. Ik zou hier opzet slechts dan willen aannemen, indien deze onwaarschijnlijkheid zo groot is in de ogen van de dader, dat hijzelf zich het slagen van zijn poging als practisch uitgesloten voorstelt. Het oogmerk kan dan niet meer als serieus worden beschouwd. Dit geval zal in de practijk echter dikwijls wel gepaard gaan met ontbreken van het causaal verband naar de heersende leer van de adaequate veroorzaking. Aan de vraag van het opzet komt men dan niet toe.

Het zekerheids- of beter het noodzakelijkheidsbewustzijn valt eveneens steeds onder opzet. Ook dit wordt ten onzent welhaast algemeen aanvaard. Ook POLS, wiens bekend artikel in T. v. S. III blz. 93 vlg. met kracht betoogt, dat slechts oogmerk als opzet mag worden beschouwd, blijkt onder dat oogmerk ook die gevolgen te begrijpen, die het

bereiken van des daders doel noodzakelijkerwijze medebrengt.

Nu bevat ook deze categorie gevolgen (gemakshalve herhaal ik niet steeds „of omstandigheden”), die in het oog van de dader allerminst zeker of zelfs maar waarschijnlijk zijn. In de eerste plaats zijn daar die gevolgen, die de dader „verwacht” (of de omstandigheden, die de dader „begrijpt”). Het woord „verwachten” komt al voor in een vonnis van de Rechtbank te Amsterdam van 17 Augustus 1894 W. 6573, door het Hof bevestigd, waarna het cassatieberoep bij gebrek aan middelen zonder nadere motivering werd verworpen. De dader wilde zijn moeder vergiftigen en „verwachtte”, dat ook zijn oom van de vergiftigde thee zou drinken, wat dan ook geschiedde, met dodelijk gevolg. Opzet werd aangenomen. Zowel „verwachten” als „begrijpen” zijn termen, die minder dan noodzakelijkheidsbewustzijn en meer dan waarschijnlijkheidsbewustzijn uitdrukken (zie blz. 56).

Maar ook als niet meer dan mogelijk voorziene gevolgen kunnen onder noodzakelijkheidsbewustzijn vallen. Ik bedoel die gevolgen, die de dader ziet als noodzakelijk verbonden aan het bereiken van zijn *slechts mogelijk* oogmerk. Stel dat in het boven omschreven geval de dader niet zeker wist of het door hem in de thee gemengde poeder arsenicum of suiker was, maar niettemin zijn daad verrichtte in de hoop, dat het arcenicum was en zijn moeder daaraan zou sterven. M. i. zou dan eveneens opzet als noodzakelijkheidsbewustzijn ten aanzien van het overlijden van de oom bestaan. Immers dat was een gevolg, noodzakelijk verbonden, zo niet aan zijn daad, dan toch aan het bereiken van zijn oogmerk. (Hieruit blijkt, dat de term „noodzakelijkheidsbewustzijn” de voorkeur verdient boven „zekerheidsbewustzijn”).

Bezien wij nu de derde soort opzet, het opzet als mogelijkheidsbewustzijn. Hier ziet de dader het intreden van het gevolg niet als noodzakelijk voor het bereiken van zijn doel, maar als mogelijk aan zijn handelen verbonden. Wij moeten hier een onderscheid maken tussen de gevolgen, die in de voorstelling van de dader mogelijkerwijze *tezamen* met het door hem gewenste gevolg zullen intreden en die welke mogelijkerwijze *in plaats van* dit gevolg zullen verwezenlijkt worden. Beide soorten gevolg hebben gemeen, dat de dader bewust een *kans* op het gevolg schept.

Bezien wij de eerste soort. Dat de dader in verband met

deze gevolgen steeds een zeker opzet heeft, staat vast: hij heeft n.l. het opzet (als noodzakelijkheidsbewustzijn) tot *ingevoerbrenge* van het rechtsgoed, dat door het gevolg getroffen zou worden. Dit opzet is reeds aanwezig, indien de dader zich een uiterst geringe mogelijkheid van inbreuk op een rechtsgoed als gevolg van zijn handeling bewust is. Iemand, die voor zijn genoegen met zijn auto of zijn fiets gaat rijden, schept, indien hij slechts aan de mogelijkheid denkt, bewust een *kans* op ongelukken en heeft dus het opzet op ingevoerbrenge van andermans leven en eigendom. Tussen opzet op ingevoerbrenge en opzet op aanranden van rechtsgoederen is echter geen scherpe grens. Wie de feilbaarheid van alle menselijke berekeningen inziet, kan zelfs geen opzet als zekerheids- of noodzakelijkheidsbewustzijn hebben. Wanneer mag nu niettemin opzet gericht op het gevolg aangenomen worden?

De aanhangers van de leer van het voorwaardelijk opzet vragen slechts: heeft de dader het intreden van het gevolg gebillijkt, aanvaard (of een dergelijke term)? Om dit te weten te komen passen zij de op blz. 54 genoemde formules toe. Met veel talent is dit systeem verdedigd in de proefschriften van DE GEER van 1895 en van FRENKEL van 1917. Ofschoon ook VAN HAMEL en SIMONS in hun leerboeken deze leer hebben aanvaard (SIMONS echter slechts als een van de middelen om des daders wil te weten te komen, wat m. i. een zeer groot verschil maakt), is de bestrijding niet uitgebleven. Vooral de besprekingen van het proefschrift van FRENKEL door VAN DIJCK in T. v. S. XXXIV blz. 355 vlg. en BESIER in Themis 1918 blz. 116 vlg. gaan de leer met kracht te lijf. RÖLING in zijn noot bij het boven besproken arrest van de Hoge Raad van 1951 noemt haar juridisch onbruikbaar, VAN ECK, Het misdrijf van hulp aan de vijand, blz. 269 spreekt van „het onzalige leerstuk van de *dolus eventualis*”.

Bezien wij de eerste formule van FRANK, door haar eenvoud en begrijpelijkheid de meest populaire, ook door LANGEMEIJER (NOYON-LANGEMEIJER deel I blz. 23) aanbevolen. Opzet (bij mogelijkheidsbewustzijn) is aanwezig, indien het vooruitzicht van het gevolg als zeker de dader niet van zijn daad zou hebben afgehouden.

De critiek, dat aldus de dader wordt gestraft voor een opzet, dat hij in een *andere* casuspositie dan de gegeven

zou hebben gehad, en dat hij dus meer om zijn karakter wordt gestraft, wordt beantwoord met de stelling, dat het integendeel gaat om de psychische instelling van de dader ten aanzien van het gevolg bij het plegen van het delict: *die* moet van dien aard geweest zijn, dat de dader ook bij zekerheid gehandeld zou hebben.

Ook in deze opvatting — die overigens in de formule niet tot uitdrukking komt — is zij echter nog voor twee toepassingen vatbaar: men kan als eis voor opzet stellen, dat de *dader zelf* zich heeft gerealiseerd, dat hij ook bij zekerheid zou handelen, of men kan tevreden zijn indien de *rechter* het bestaan van de bovengenoemde zielstoestand van de dader uit de omstandigheden afleidt, b.v. uit de persoonlijkheid van de dader, het feit dat hij reeds eerder bij zekerheid van het gevolg heeft gehandeld, het niet nemen van voorzorgsmaatregelen enz.

VAN DIJCK bestrijdt de formule in haar eerste toepassing. Hij beschouwt het geval van de dader, die zich van tevoren afvraagt, wat hij zou doen als hij zeker wist, dat het gevolg zou intreden en dan tot de conclusie komt, dat hij ook dan zou handelen, en betoogt dan m. i. terecht, dat dit „fantasie-experiment” slechts leidt tot een „voorbereidende beslissing”, die voor het beoordelen van het karakter van het besluit tot handelen irrelevant is. Immers *dat* besluit is slechts bepaald door het bewust scheppen van een *kans*, en van de grootte van die kans hangt af of men van opzet gericht op het gevolg mag spreken. Zelve legt hij de grenslijn tussen opzet en schuld aldus, dat opzet zich niet verder uitstrekt dan tot en met de gevallen, waarbij de dader de subjectieve overtuiging heeft van het intreden van het gevolg (dus de gevallen van „verwachten” en „begrijpen”). Voorts wijst hij er nog op, dat het geenszins zeker is, dat de dader zijn eigen psychische mogelijkheden juist beoordeelt: ook als hij het gevolg „aanvaardt” en bereid is ook bij zekerheid te handelen, kan wel eens blijken, dat hij, geconfronteerd met de werkelijkheid, zou terugdeinzen; en omgekeerd, als hij het gevolg „afwijst” en toch handelt in het vertrouwen dat het zal uitblijven, is het heel goed mogelijk, dat zijn verlangen sterk genoeg is om bij zekerheid van het gevolg zijn scrupules te overwinnen.

Dat de toepassing van de formule in deze opvatting onoverkomelijke bewijsmoeilijkheden medebrengt, is duidelijk.

De andere opvatting, die geen bepaalde conclusie van de dader zelf eist, doch slechts een mentaliteit op het ogenblik van het begaan van het feit, die ook in staat is de zekerheid te aanvaarden (aldus blijkbaar LANGEMEIJER t. a. p.) ondervangt een deel van de bezwaren van VAN DIJCK. Een „voorbereidende beslissing”, een „fantasie-experiment” worden niet meer vereist, dus evenmin het niet te leveren bewijs daarvan. Niettemin blijft het bewijs zeer moeilijk. Anderzijds is, indien men niet verlangt, dat de dader zelf zijn standpunt ten aanzien van het gevolg duidelijk heeft bepaald, het gevaar nog groter, dat men hem een psychische instelling met betrekking tot het gevolg toedicht, die hij niet heeft gehad. FRANK zelf heeft dit bezwaar blijkbaar gevoeld, daar hij in zijn tweede formule de dader sprekend invoerde, zeggende: „hoe het ook moge lopen, in ieder geval handel ik”. Deze formule brengt echter nog meer dan de eerste het gevaar mede, dat men met het aanvaarden van de kans in plaats van met het aanvaarden van het gevolg genoegen neemt.

Alle formules, ook die van VON HIPPEL en anderen, lijden m. i. aan hetzelfde euvel, indien men ze toepast op gevallen van mogelijkheid, die nog niet waarschijnlijkheid is: men stelt de dader aansprakelijk voor het opzettelijk veroorzaken van een gevolg, dat hij noch beoogd, noch met enige waarschijnlijkheid verwacht heeft, waarvan hij zelfs het uitblijven voor veel waarschijnlijker heeft gehouden, mits hij slechts aan de mogelijkheid heeft gedacht en zich door de zekerheid niet zou hebben laten afschrikken. Hij wilde niet doden, was zich niet bewust te gaan doden, doch was er *zo nodig* toe bereid. Of om een voorbeeld te noemen, dat niet een gevolg doch een omstandigheid betreft: iemand koopt een voorwerp, dat *wellicht* gestolen is; hij denkt aan die mogelijkheid, doch acht haar gering; hij is zich dus niet bewust een gestolen zaak te kopen, doch zou geen scrupules hebben, indien het wel zo was; blijkt de zaak toch gestolen te zijn, dan zou hij wegens opzettelijke heling gestraft kunnen worden. M. i. wordt aldus het opzetbegrip uitgebreid tot gevallen, waarin men niet meer van opzet kan spreken.

Anderzijds zijn er ook gevallen, waar de dader het gevolg of de omstandigheid als zeer waarschijnlijk ziet, maar nog niet als geheel zeker, terwijl hij juist die kleine onzekerheid nodig heeft om zich over zijn scrupules heen te zetten. Een

heler kan heel goed begrijpen, dat het hem aangeboden goed gestolen is en zich door die voorstelling niet van de koop laten afhouden, terwijl hij, indien het volkomen vaststond, niet zou hebben gekocht, al was het maar omdat hij dan niet zo licht bij ontdekking onschuld zou kunnen voorwenden. Volgens de leer van het voorwaardelijk opzet zou hier geen opzet zijn. Toch zal vrijwel iedereen hier opzet aannemen. Nu zullen in de praktijk dergelijke onjuiste beslissingen wel niet licht voorkomen. In het eerste helingsvoorbeeld zal de dader wel zeggen, dat hij bij wetenschap van misdadige herkomst niet zou hebben gekocht en dan op zijn woord geloofd worden, en in het tweede voorbeeld zal de zich onschuldig voordoende heler wel geen geloof ontmoeten. Dit neemt echter het bezwaar tegen het criterium niet weg.

Brengt echter het waarschijnlijkheidscriterium de oplossing? De onbestemdheid van wat nu eigenlijk „waarschijnlijk” is even daargeleaten, geeft het inderdaad een waarborg tegen de boven omschreven onjuiste beslissingen. Voorts biedt het uit bewijsoogpunt belangrijke voordelen. Het is heel wat eenvoudiger, aan te tonen, dat iets waarschijnlijk is en dat ongetwijfeld de dader het zo heeft gezien, dan wat de dader, hetzij in eigen ogen, hetzij objectief, in geval van zekerheid zou hebben gedaan. Men onderschatte dit voordeel niet. Het lijkt heel mooi, te zeggen, dat bewijsmoeilijkheden een zuivere onderscheiding niet mogen beïnvloeden. Wanneer niet te bewijzen is, dat het opzet volgens de beweerde juiste onderscheiding aanwezig is, volgt òf vrijspraak in vele gevallen waar het opzet bestaat, òf het bewijs wordt op ficties of vermoedens geleverd verklaard. Ik weet niet wat erger is. Deze overwegingen zouden echter het waarschijnlijkheidscriterium niet de voorkeur mogen verschaffen, indien daardoor allerlei onder opzet zou worden gebracht dat er niet thuishoort. Geheel denkbeeldig is dit gevaar niet. Men verlieze niet uit het oog, dat waarschijnlijkheidsbewustzijn een kenmerk is van het opzet, niet het opzet zelf. Dit is een positieve instelling ten aanzien van het gevolg, die maakt dat men om of ondanks dat gevolg handelt. Men kan het „willen” noemen, mits men dit begrip niet met „wensen” verwart. Het spraakgebruik bedoelt ook een psychische instelling. De niet juridisch geschoolde en ook de jurist, die niet over zijn vak spreekt, gebruiken „opzet” vrijwel alleen in de zin van wil, oogmerk, bedoeling en het is gewenst, dat

in het strafrecht, wil het door de burgers begrepen en als juist aanvaard worden, diezelfde begrippen, zij het met de nodige uitbreiding en verfijning, worden toegepast. Het lijkt mij een verdienste van de leer van het voorwaardelijk opzet, dat zij bij haar pogingen om die uitbreiding te bewerkstelligen, de begrippen „aanvaarden”, „zich verenigen”, „billijken” en dergelijke heeft vastgehouden, zij het, dat zij deze heeft toegepast op gevallen, die er niet voor in aanmerking komen.

Nu meen ik, dat het waarschijnlijkheidscriterium, mits juist toegepast, beter dan dat van het voorwaardelijk opzet waarborgt, dat een voldoende mate van „willen” aanwezig is, als men opzet aanneemt. Het is uitgesloten, dat een dader werkelijk bij zijn handelen een bepaald gevolg als *waarschijnlijk* voorziet en niettemin zich door zijn hoop op uitblijven van het gevolg laat leiden bij zijn besluit. Is die hoop werkelijk in enigszins aanmerkelijke mate aanwezig, dan acht hij het intreden van het gevolg juist niet waarschijnlijk. De wens van de aanhangers van de leer van het voorwaardelijk opzet om onderscheid te maken tussen de dader, die het gevolg onverschillig laat en hem, die zich door de hoop op uitblijven van het gevolg laat leiden (LANGEMEIJER t. a. p.) wordt juist bij het aanleggen van het waarschijnlijkheidscriterium vervuld. De juiste toepassing brengt echter mede, dat men niet te spoedig waarschijnlijkheid aanneemt, en voorts vooral aandacht wijdt aan de vraag, of de dader de waarschijnlijkheid heeft ingezien. In het algemeen kan men bij enigszins aanmerkelijke waarschijnlijkheid dit aannemen, maar de persoon van de dader en de omstandigheden kunnen hieraan twijfel doen opkomen. Dezelfde factoren, die de aanhangers van het voorwaardelijk opzet doen besluiten, dat de dader bij zekerheid niet zou hebben gehandeld, kunnen degenen, die het waarschijnlijkheidscriterium aanleggen, overtuigen, dat de dader de waarschijnlijkheid niet heeft ingezien. Zo zou men uit de persoon van de dader in verband met de voorzorgsmaatregelen, die hij heeft genomen, kunnen afleiden dat hij — ten onrechte — die maatregelen voldoende heeft geoordeeld om de waarschijnlijkheid weg te nemen.

De waarschijnlijkheidsmaatstaf zal ook meer tot de delinquent en de andere justitiabelen spreken. De dader zal veel beter het verwijt van opzettelijk veroorzaken van een

gevolg begrijpen, als dit gemotiveerd wordt met: „gij hebt heel goed ingezien, dat van Uw daad dit gevolg redelijkerwijze te verwachten was”, dan wanneer gezegd wordt: „als gij geweten hadt, wat er ging gebeuren, hadt gij het ook gedaan”. Dan zal hij antwoorden: „maar ik heb het juist niet geweten”.

Allereerst zal men echter, als gezegd, het waarschijnlijkheidsbewustzijn niet te licht mogen aannemen. De Hoge Raad is in het op blz. 58 geciteerde arrest van 1951 met het aannemen van dit bewustzijn wel uitermate ver gegaan.

Hoeveel waarschijnlijkheid moet de dader zich bewust zijn geweest? Het woord zelf houdt al een beperking in: waarschijnlijk is, wat de schijn wekt waar te zijn. Niet voldoende is dus, dat de dader tot zichzelf zegt: „het kan wel zo zijn”, doch zijn overweging moet luiden: „het zal wel zo zijn”. Aldus is het begrip vrij beperkt, gaat niet veel verder dan „verwachten” en „begrijpen”. Veel verder zou ik inderdaad niet willen gaan. De uiterste grens ligt m. i. bij: „het kan best zo zijn”. Zelfs deze grens aanvaard ik slechts noodgedwongen voor het geldende recht. Indien, zoals ik straks zal verdedigen, de schuld op ruimere schaal in de delictsomscripties zal worden opgenomen, kan het opzet binnen zijn juiste grenzen worden teruggebracht.

POMPE geeft in zijn Handboek de omschrijving, dat de dader weet, dat de handeling de strekking heeft om onder de gegeven omstandigheden het gevolg te doen intreden. Veel houvast biedt deze omschrijving m. i. niet. Ik vrees, dat menig een zal oordelen, dat autorijden de strekking heeft om ongelukken te veroorzaken en dat iedere automobilist dat weet. Het gevolg zou zijn, dat de veroorzaker van een dodelijk auto-ongeval normaliter wegens doodslag veroordeeld zou moeten worden. Voor opzet op de begeleidende omstandigheden verlangt POMPE, dat de dader weet, dat de aanwezigheid van die omstandigheid in de aard der zaak ligt, m. a. w. het normale, het in de regel voorkomende is. Deze omschrijving geeft beter weer waar het om gaat. Met de „strekking” is kennelijk hetzelfde bedoeld, al is de term minder gelukkig.

BESIER wil in zijn bovengenoemd Themis-artikel, waarin hij de leer van het voorwaardelijk opzet bestrijdt, de grens trekken daar, waar de waarschijnlijkheid onder normale omstandigheden niet meer zo groot zou blijven, dat het

intreden van het gevolg nog kan worden beschouwd als door een normaal denkende dader beoogd. In dat geval is er dus geen opzet meer. Aan het woord „beoogd” moet men hier niet de enge betekenis hechten, alsof de schrijver slechts opzet als oogmerk zou erkennen, in die zin, dat de dader de handeling speciaal met het oog op dat gevolg heeft ondernomen. Maar wel moet hij het in zijn wil hebben opgenomen. Zie een volgende zin: „als het gevolg de dader als in zo hoge mate waarschijnlijk voor ogen gestaan moet hebben, dat hij het wel (mede) moet hebben beoogd, kan van opzet sprake zijn”. Ook deze omschrijvingen geven niet meer houvast, dan dat een behoorlijke mate van waarschijnlijkheidsbewustzijn aanwezig moet zijn. Het verwijzen naar wat de „normale dader” moet hebben beoogd betekent terecht niet, dat ook voor uitzonderlijke daders de maatstaf van de normale dader geldt.

Wij zullen er m. i. in moeten berusten, dat een scherper criterium dan „bewustzijn van waarschijnlijkheid” of „grote waarschijnlijkheid” niet te geven is. De rechter zal in de praktijk van geval tot geval de grens moeten bepalen. Niettemin is het nuttig, in de wet het beginsel vast te leggen, opdat dit de rechter voortdurend voor ogen sta, en opdat ook de cassatierechter ter toetsing van de uitspraken van de lagere rechter een vastere maatstaf hebbe dan het vage begrip „opzet”.

Noch het hier verdedigde criterium, noch dat van het voorwaardelijk opzet, geven een oplossing voor de uitermate moeilijke gevallen, waarin de dader struisvogelpolitiek heeft beoefend, waarin hij, hetzij door opzettelijk niet door te denken, hetzij door te goed te denken, de waarschijnlijkheid van het gevolg of de omstandigheid niet tot zijn bewustzijn heeft laten doordringen resp. daaruit heeft wegge-redeneerd. Het eerste is de normale houding van de heler. Van het tweede vindt men wellicht een voorbeeld in het geval van hulp aan de vijand, beslist bij sententies van het Bijzonder Gerechtshof te Amsterdam van 23 Mei 1947, N. O. R. n°. 890 en van de Bijzondere Raad van Cassatie van 29 October 1947, N. O. R. n°. 1070. Uiteraard zal in zeer vele gevallen een dergelijk beroep op niet begrepen hebben door de rechter eenvoudig niet worden geloofd. Het aannemen van opzet biedt dan geen moeilijkheden meer. Het Bijzonder Hof verwierp aldus het verweer van verdachte, dat hij ondanks

de vele door hem ontvangen waarschuwingen niet van oordeel was geweest, dat hij de vijand door zijn daad hulp verleende, met de overweging, daarop neerkomende, dat het feit, dat hij die gevolgen voor zichzelf heeft trachten weg te redeneren, niet wegneemt, dat hij willens en wetens, met volledig bewustzijn en opzet ook op de gevolgen gericht, heeft gehandeld. De Raad van Cassatie eerbiedigde deze feitelijke beslissing. De Advocaat-Fiscaal LANGEMEIJER wijdde in zijn conclusie een beschouwing aan deze kant van de zaak, zonder echter een oplossing te geven voor het — door hem in casu niet aanwezig geachte — geval, dat het zelfsbedrog volledig zou zijn geslaagd. M. i. zal, indien inderdaad moet worden aangenomen, dat het inzicht heeft ontbroken, zij het, dat het wellicht in het onbewuste leefde, geen veroordeling wegens opzettelijk handelen kunnen volgen. On- of onderbewust opzet is geen begrip, waarmee het strafrecht kan werken. Voor het geldende recht zie ik geen bevredigende oplossing. De iure constituendo zou te denken zijn aan een wetsbepaling, die deze gevallen met opzet gelijkstelt, of liever nog aan strafbaarstellen van schuld naast opzet bij de misdrijven, waarbij dit euvel het meest gevoeld wordt. Ik kom hierop terug.

Op blz. 62 liet ik voorlopig buiten beschouwing de gevallen, waarin de dader zich bewust is van de mogelijkheid, dat een zeker gevolg intreedt *in plaats van* het beoogde gevolg. De standaardvoorbeelden zijn het schieten op A met de kans, de naast hem staande B te raken, wat geschiedt, en verrichten door een arts van een levensgevaarlijke operatie met het doel de patiënt te genezen, evenwel met dodelijk gevolg. Mag men hier opzet aannemen? De aanhangers van de leer van het voorwaardelijk opzet komen tot verschillende resultaten. DE GEER ziet hier nimmer opzet, immers op de vraag, die voor hem het criterium bevat: „heeft de hoop op het uitblijven van het strafwaardig gevolg de doorslag gegeven bij het nemen van het besluit?” moet het antwoord bevestigend luiden. Met de formule van FRANK komt men tot hetzelfde resultaat: als het gevolg zeker was, zou de dader natuurlijk niet handelen, immers dat zou inhouden, dat hij zijn oogmerk niet bereikte (aldus FRENKEL blz. 188). LANGEMEIJER (t. a. p. blz. 24) echter wil opzet aannemen, als de dader ook zou hebben gehandeld, ingeval hij zijn oogmerk niet zonder het intreden van het strafwaardig

gevolg zou hebben kunnen bereiken. In het eerste voorbeeld is het systeem wel voor toepassing vatbaar: men kan zich afvragen, of de dader, die schiet op A en zich bewust is, dat hij B in plaats van A kan raken, ook zou hebben geschoten, ingeval beide in één lijn stonden. Mijn bezwaren tegen deze maatstaf heb ik boven reeds uiteengezet. In het geval van de arts is de proef onuitvoerbaar.

In de waarschijnlijkheidsleer komt men tot het volgende resultaat, dat, mits men slechts niet te gemakkelijk tot het aannemen van waarschijnlijkheidsbewustzijn besluit, naar mijn oordeel juist is: ook in deze gevallen is er opzet, indien het gevolg met waarschijnlijkheid te verwachten is. Indien de dader bij het schieten op A zich bewust is, dat hij waarschijnlijk niet A doch B zal raken, doodt hij B opzettelijk, indien hij hem treft. Indien de medicus een operatie onderneemt, waarvan hij weet, dat de kans, dat de patiënt eraan sterft, groter is dan die op genezing, is hij zich bewust, dat hij zijn patiënt waarschijnlijk gaat doden en neemt hij dit resultaat in zijn besluit op. Hij veroorzaakt de dood dan opzettelijk, d. i. willens en wetens. Dat hij niettemin vrij uitgaat, indien de operatie medisch verantwoord is, ligt niet aan het ontbreken van het opzet, doch aan het wegvallen van wederrechtelijkheid, nu hij een geoorloofd risico nam, of wellicht zelfs in noodtoestand handelde.

Tot zover ben ik tot de volgende conclusies gekomen:

Opzet bestaat allereerst ten aanzien van die gevolgen en omstandigheden, die de dader beoogt, tenzij hij deze als zo onwaarschijnlijk beschouwt, dat zijn oogmerk als niet ernstig moet worden aangemerkt.

Opzet bestaat voorts ten aanzien van die gevolgen en omstandigheden, waarvan de dader zich bewust is, dat zij noodzakelijk of tenminste waarschijnlijk aan zijn handeling of aan het bereiken van zijn oogmerk verbonden zijn. Die waarschijnlijkheid zij niet te gering.

Aangezien onder de thans geldende wet de rechtspraak geen duidelijke lijn vertoont, is het nodig, in de wet richtlijnen neer te leggen ter bepaling welke eisen aan het aannemen van opzet moeten worden gesteld. Deze richtlijnen zullen zeer globaal moeten zijn, en alleen de hoofdregels moeten bevatten. De uitwerking moet aan de praktijk worden overgelaten, daar de wet onmogelijk alle nuances kan voorzien. Aan het slot van dit praeadvies zal ik een poging

wagen tot een redactie, die ik gaarne voor beter geef.

Gevraagd kan worden, of met het aldus afbakenen van de grenslijn tussen opzet en schuld kan worden volstaan, dan wel of het nodig is, dat de wet ook bepalingen bevat, die antwoord geven op de vraag, welke de invloed is van dwaling op het opzet. Ik meen deze vraag in het algemeen ontkenkend te moeten beantwoorden. De meeste vragen betreffende de invloed van dwaling vinden haar beantwoording in de aard van het opzet. Zowel feitelijke dwaling, als rechtsdwaling betreffende begrippen als „wederrechtelijk” en „aan een ander toebehoren”, waarop volgens de wettelijke omschrijving het opzet gericht moet zijn, nemen dit uit de de aard der zaak weg. Hierover bestaat vrijwel overeenstemming. Z.g. „Subsumtionsirrtum”, d. w. z. ten onrechte menen, dat het feit of de omstandigheid niet onder de door de wet gebruikte term valt, neemt als regel het opzet niet weg. Wie meent, dat een politieagent niet onder het begrip „ambtenaar” valt, heeft toch het door art. 184 vereiste opzet, als hij maar weet, dat degene, die het bevel geeft, politieagent is. Wie meent, dat pijnlijk slaan niet als „mishandeling” gequalificeerd kan worden, is niettemin door deze handeling strafbaar ex art. 300. De grensgevallen tussen deze dwaling en de bovengenoemde rechtsdwaling, b.v. dwaling betreffende de wettelijke minderjarigheidsgrens bij misdrijven, die opzet ten aanzien van de minderjarigheid vorderen, moeten opgelost worden door een zorgvuldiger redactie der desbetreffende delictsomschrijvingen en door het inzicht van de rechter. Een algemene bepaling kan hier geen uitkomst brengen en is overbodig. Dwaling betreffende de strafbaarheid, onrechtmatigheid en ongeoorloofdheid hebben op het „kleurloos” opzet in het algemeen geen invloed. Ik kom hierop aan het einde van dit praeadvies terug.

Op één punt is echter ten aanzien van dwaling een leemte in de wet, n.l. waar het gaat om dwaling betreffende het bestaan van rechtvaardigingsgronden. Indien iemand, die voor de grap bedreigd wordt, de dreiger neerslaat in de mening, dat het ernst is, is er geen wettelijke bepaling, die hem straffeloos maakt. Wel zou hij, volgens de gangbare jurisprudentie, bij afwezigheid van *alle* schuld kunnen worden ontslagen van rechtsvervolging, doch indien er slechts enige schuld is, indien de dader in de schrik overhaast heeft aangenomen, dat hij bedreigd werd, moet veroordeling volgen.

Toch is de gelijkenis met het ontbreken van het opzet ten aanzien van een der delictsbestanddelen zo groot, dat het redelijk is, beide gevallen op gelijke voet te behandelen. In beide gevallen immers weet de dader niet, dat de casuspositie aanwezig is, waaraan de wet strafbaarheid verbindt. Anders liggen de gevallen, waarin de dader een onjuiste opvatting heeft van het wettelijk standpunt ten aanzien der rechtsvaardigingsgronden, hetzij dat hij een niet bestaande rechtvaardigingsgrond aanneemt, hetzij dat hij een onjuist begrip heeft van wat de wet onder „noodweer”, „aandrang” enz. verstaat. Deze gevallen kunnen alleen bij afwezigheid van alle schuld ten aanzien van de onrechtmatigheid tot straffeloosheid leiden.

Blijkens het bovenstaande ontbreekt naar mijn mening ten onrechte in de wet een bepaling, die bestraffing wegens opzettelijk begaan van een feit uitsluit, indien de dader in dwaling een casuspositie aanneemt, waaraan de wet straffeloosheid verbindt.

Na aldus mijn mening te hebben gegeven over de vraag, waar de onderste grens van het opzet moet lopen, moge ik, alvorens mij over deze grenslijn in het schuldgebied te begeven, een korte omweg maken, teneinde na te gaan, of en in hoeverre de conclusies, voor het voltooide delict getrokken, aanleiding geven om op het gebied van de poging wijzigingen voor te stellen.

Evenals het bij opzet gewenst is, niet te ver af te wijken van het gewone spraakgebruik, zo ook bij de poging. Houdt men zich strikt aan dit spraakgebruik, dan kan eigenlijk alleen bij opzet als oogmerk van poging gesproken worden. Ook bij noodzakelijkheidsbewustzijn, dat zeer nauw aan oogmerk grens, is het echter nog niet moeilijk het begrip poging te aanvaarden. Wie een handeling onderneemt, die behalve het door hem gewenste gevolg noodzakelijkerwijze een tweede (en wel strafbaar) gevolg medebrengt, kan gezegd worden het voornemen te hebben ook dit gevolg te verwerven en een poging daartoe te doen. Moeilijker wordt het echter bij die gevolgen, waarvan de dader zich bewust is, dat zij kunnen uitblijven en dit misschien wel hoopt. Het wekt daarom wel enige bevreemding, dat zowel VAN HAMEL als SIMONS, die beide, zij het niet in even sterke mate, het voorwaardelijk opzet aanvaarden, zonder com-

mentaar „voornemen” met „opzet” gelijkstellen. BESIER, de bestrijder van het voorwaardelijk opzet, heeft echter op de moeilijkheden gewezen, en de nieuwere handboeken behandelen de vraag. NOYON-LANGEMEIJER (ad art. 45 n^o. 5) wil het „voornemen” beperken tot oogmerk, noodzakelijkheidsbewustzijn en de gevallen, waarin de dader de volvoering van het misdrijf als hoogstwaarschijnlijk aan zijn eigenlijk doel verbonden wist en „het niet in zijn macht had om naar vermijden van de verboden uitslag ook maar te streven noch geleid werd door hoop op een goede afloop”; VOS (blz. 178) beperkt „voornemen” tot „oogmerk”; POMPE (n^o. 103) wil onder „voornemen” elke vorm van opzet begripen. Waar deze schrijver het opzet binnen de grenzen van het waarschijnlijkheidsbewustzijn inperkt, zal in de regel het resultaat juist zijn en mogen worden aangenomen, dat hij, die een handeling verricht, die waarschijnlijk een strafbaar gevolg medebrengt, ook al is het hem hierom niet te doen, het voornemen heeft en een poging doet om ook dit gevolg te verwezenlijken. Toch zou ik hier een voorbehoud willen maken. Er kunnen zich hier licht gevallen voordoen, waar aan het begrip „poging”, dat in het spraakgebruik meer nog dan het begrip „opzet” een streven aanduidt, geweld zou worden aangedaan, door eronder te begripen gevallen, waarin de dader zeer kennelijk van het gevolg afkerig was en eerlijk heeft getracht het te voorkomen, al nam hij ter bereiking van zijn eigenlijk doel ook het grote risico van het intreden. Het boven behandelde operatie-geval is hiervan een duidelijk voorbeeld. Ik durf daar wel opzet aan te nemen, doch te zeggen, dat de arts gepoogd heeft de patiënt te doden, lijkt mij met het begrip poging onverenigbaar.

Tot het voorstellen van wetswijziging geeft mij dit standpunt geen aanleiding. Juist het ontbreken van het woord „opzet” in art. 45 geeft de rechter de nodige vrijheid om de gewenste nuancering aan te brengen.

Te ver gaat m.i. POMPE (n^o. 103) als hij zonder onderscheid ook bij schuld misdrijven poging voor mogelijk houdt, mits slechts voor de eigenlijke handeling opzet vereist wordt, zoals bij schuldheiling (zie ook NOYON-LANGEMEIJER t.a.p.). Poging acht ik hier slechts denkbaar, indien t.a.v. de misdadige herkomst van het goed tenminste bewuste schuld aanwezig is.

De Hoge Raad heeft tot nu toe steeds „voornemen” met „opzet” gelijkgesteld, zelfs in gevallen, waarin opzet slechts met veel goede wil kon worden aangenomen (zie het arrest van 1951, geciteerd op blz. 58).

Indien een algemene bepaling betreffende het bereik van het opzet, zoals door mij verdedigd, in de wet zou worden opgenomen, blijft er een gebied, waar niet wegens opzettelijk handelen — en derhalve dikwijls in het geheel niet — gestraft kan worden, hetzij omdat het opzet wel aanwezig doch onbewijsbaar is, hetzij omdat het inderdaad ontbreekt, terwijl toch in beide gevallen de mate van bewuste of zelfs onbewuste schuld van dien aard is, dat straf, en wel een even strenge straf als bij opzet, gerechtvaardigd is. Het zijn die van „verdrongen” opzet, boven besproken (blz. 69), voorts die van zeer ernstige roekeloosheid als gevolg van onverschilligheid.

Men kan hieraan tegemoetkomen door met Vos (T. v. S. XXXVIII blz. 373 vlg) een geheel nieuwe indeling te maken, waarbij oogmerk wordt gesteld tegenover schuld, die weer onderverdeeld wordt in schuld 1^e graad, omvattende zekerheid- en waarschijnlijkheidsbewustzijn en volkomen onverschilligheid voor het gevolg of de omstandigheid, en schuld 2^e graad, omvattende de gevallen, waarin de dader een vertrouwen op het niet-intreden van het gevolg of het niet-aanwezig zijn van de omstandigheid heeft gehad, dat hij niet had mogen hebben, benevens de onbewuste schuld. Bij alle delicten worden dan verschillende strafposities voor oogmerk en schuld gesteld, en aan de rechter de bevoegdheid gegeven om in daartoe aanleiding gevende gevallen de lichtste schuldvorm ongestraft te laten, terwijl voor sommige delicten de wet zelve dit reeds doet. Bovendien wordt aan de rechter de bevoegdheid gegeven om, in geval vaststaat, dat oogmerk of een der schuldvormen aanwezig is, doch niet is vast te stellen, welk geval zich voordoet, die schuldvorm aan te nemen, die hij tenminste aanwezig acht. Vos ziet in dit systeem het voordeel, dat de rechter niet meer genoodzaakt zal zijn ingewikkelde psychische processen uit te zoeken.

Dit laatste is slechts zeer ten dele waar. Weliswaar vervalt de noodzaak, om ingeval van mogelijkheidsbewustzijn een keuze te doen tussen opzet en schuld, daar schuld 1^e

graad en schuld 2^e graad beide schuld heten, doch het psychisch proces moet evenzeer worden uitgezocht, in de gevallen, waarin de lichtere schuld niet strafbaar is of de rechter deze ongestraft mag laten. Bovendien kan m. i. ook thans reeds de rechter schuld aannemen, als voor opzet onvoldoende bewijs geleverd is. In opzet ligt toch steeds schuld, d. i. onvoldoende zorg ten aanzien van rechtsgoederen, opgesloten. Overigens krijgt de rechter tegenover de gestelde besparing aan geestelijk werk een nieuwe taak: het vaststellen van de grenslijn tussen opzet als oogmerk en schuld 1^e graad (noodzakelijkheidsbewustzijn). Groot bezwaar heb ik er ook tegen, de gevallen van opzet als noodzakelijkheidsbewustzijn, waar dus de dader met volle wetenschap een rechtsgoed aan zijn eigenlijk oogmerk opoffert, als schuld-delict te kwalificeren.

Ook de „volkomen onverschilligheid”, die Vos op één lijn wil stellen met zekerheids- en waarschijnlijkheidsbewustzijn, tegenover de gevallen, waarin de dader een ongerechtvaardigde hoop op het uitblijven van het gevolg had, lijkt mij geen aanwinst. Uit het feit, dat Vos deze volkomen onverschilligheid *naast* het zekerheids- en waarschijnlijkheidsbewustzijn noemt, blijkt, dat hij doelt op gevallen, waarin het gevolg minder dan waarschijnlijk, dus slechts mogelijk is. Van deze plaatst hij dus enerzijds de gevallen, waarin de dader hoopte op het uitblijven van het gevolg, in de groep der schuld 2^e graad, anderzijds rekent hij tot de schuld 1^e graad die, waarin het de dader volkomen onverschillig liet wat zou gebeuren. Mijn bezwaar tegen dit laatste is hetzelfde als dat tegen de leer van het voorwaardelijk opzet: men neemt de zwaarste schuldvorm aan bij een gevolg, dat de dader noch heeft nagestreefd, noch bewust verwezenlijkt. Het verschil is alleen, dat Vos het criterium van het ook bij zekerheid handelen door het onverschilligheidskenmerk vervangt en daarmee een op zichzelf juist beginsel, dat ook op zichzelf ongewenste gevolgen kunnen worden „aanvaard”, prijsgeeft.

Ik meen op deze gronden, dat het systeem van Vos, hoe scherpzinnig ook uitgedacht, niet de gewenste oplossing geeft en voorts nog het bezwaar heeft, dat het te weinig bij ons historisch gegroeid strafrechtstelsel aansluit.

Het goede, dat in het voorstel ligt, n.l. het voorkomen, dat door bewijsmoeilijkheden of het juist even onder de

maat van het opzet blijven van straffen zou moeten worden afgezien of veel te laag gestraft, met het alternatief van oneerlijke vonnissen, kan m. i. beter bereikt worden door de maxima der straffen op schulddelicten te verhogen en in meer gevallen naast de opzetvorm de schuldvorm strafbaar te stellen met een lager, doch niet veel lager maximum, of ten aanzien van bepaalde elementen van het strafbare feit alternatief schuld of opzet te eisen.

Wat het verhogen der strafmaxima op schulddelicten betreft, het kan veilig aan de rechter worden overgelaten, te onderscheiden tussen de verschillende graden van schuld, zoals hij ook reeds bij opzetdelicten zeer uiteenlopende gevallen op hun ernst waardeert. Nimmer is de vrees gekoesterd, dat de rechter iemand, die een gevonden gulden in zijn zak steekt, zal straffen met een zware straf, omdat nu eenmaal op diefstal een maximum van vier jaar gevangenisstraf staat. Evenmin behoeft men te vrezen, dat hij, bij verhogen van het maximum van de straf op veroorzaken van de dood door schuld van negen maanden tot b.v. acht jaar of meer, bij een onachtzaamheid, die door een samenloop van omstandigheden iemands dood tengevolge heeft, hogere straffen zal gaan opleggen dan voorheen. Maar voor zeer aanzienlijke roekeloosheid en volkomen onverschilligheid, alsmede bij ernstige feiten waarbij de dader zijn opzet heeft verdrongen, kan de passende straf worden uitgesproken, zonder dat de rechter zijn toevlucht behoeft te nemen tot gewrongen redeneringen, om het opzet vast te stellen.

Een bezwaar moet echter worden erkend: door verhogen van het strafmaximum tot boven vier jaren worden de daders van culpose delicten met voorlopige hechtenis bedreigd. De bezwaren hiertegen, die ik inderdaad niet licht tel, zouden door een wijziging van art. 64 W. v. Sv. kunnen worden ondervangen.

Het huidig stelsel van strafmaxima geeft ernstige inconsequenties te zien. Vergelijkt men b.v. het maximum op mishandeling de dood tengevolge hebbende van negen jaren (art. 300 lid 3) met dat op veroorzaken van de dood door schuld van negen maanden (art. 307), dan valt een grote onevenredigheid op. Immers het opzet bij mishandeling behoeft slechts op een geringe pijn of letsel gericht te zijn, getuige de afzonderlijke behandeling van zware mishandeling in art. 302. Is echter door een ongelukkige samenloop

van omstandigheden de dood van het slachtoffer het gevolg, waarbij zelfs geen enkel schuldverband behoeft te worden bewezen, dan kan een straf van tienmaal de hoogste straf op dood door schuld worden opgelegd. De nawerking van het oude „*versari in re illicita*” en de „*dolus indirectus*” lijkt hier onmiskenbaar. Nu echter de toepassing van art. 300 lid 3 tot geen ernstige critiek aanleiding heeft gegeven, kan de door mij gewenste verhoging van het strafmaximum op veroorzaken van de dood door schuld geen gewichtige bezwaren ontmoeten. De stap in deze richting, gedaan in art. 36 Wegenverkeerswet, waar voor auto-ongevallen met dodelijk gevolg door schuld het maximum is verhoogd tot een jaar en bij dronkenschap tot drie jaar, moet dan ook als onvoldoende worden beschouwd.

Uit den aard der zaak geldt het bovenstaande niet alleen voor art. 307 doch voor alle schuld misdrijven (vgl. artt. 98*b*, 161*ter*, 163, 165, 167, 169, 171, 173, 283, 308, 356, 367 lid 2, 413 lid 2, waar het exorbitante verschil in strafmaximum met de opzettelijke delictsvorm opvalt; bij schuldheiling, art. 417*bis*, is het verschil al geringer; men was zich bij de invoering in 1919 al bewust van de geringe afstand tussen de lichte opzet- en de zware schuldvormen).

De tweede verbetering, die ik zou willen aanbevelen, is het uitbreiden van het aantal gevallen, waarin de schuldvorm naast de opzetvorm is strafbaar gesteld. Het opnemen van art. 417*bis* heeft zeer bevredigend gewerkt. Zonder alle gevallen, waarin iets dergelijks gewenst zou zijn, te willen opsommen, wijs ik als voorbeeld op twee delicten, die na de oorlog in grote getale zijn berecht, n.l. hulp aan de vijand (art. 102) en bigamie (art. 237).

Het eerste delict werd zeer veelvuldig te laste gelegd aan onontwikkelde lieden, die met enige schijn van recht konden beweren, dat zij niet wisten, dat de oorlog nog voortduurde na de capitulatie van het Nederlandse leger hier te lande (de bezetter deed het nodige om op dit punt onjuiste meningen te doen postvatten) of dat zij zich niet bewust waren de vijand hulp te verlenen. Natuurlijk zijn deze weren slechts hoogst zelden aanvaard, doch meer bevredigend ware het geweest, indien de rechter voor de twijfelgevallen de beschikking had gehad over een bepaling, die de culpose hulpverlening aan de vijand strafbaar stelde. Ook voor gevallen van „verdrongen” opzet zou zulk een bepaling uitkomst kunnen geven.

Ook bigamie was een typisch oorlogsmisdrijf. Speciaal de in Engeland vertoevende landgenoten hebben zich daaraan nogal eens bezondigd. Vooral in de laatste jaren van de oorlog was de wetenschap ten aanzien van het bestaan van het eerste huwelijk zeer verzwakt. Met het aannemen van opzet bij een niet te hoge graad van waarschijnlijkheidsbewustzijn kon in de grote meerderheid der gevallen een veroordeling worden bereikt (voorwaardelijk opzet in de eigenlijke zin was echter vrijwel nooit aanwezig: wie zou durven volhouden, dat de verdachte ook zou zijn gehuwd, als hij absoluut zeker wist, dat zijn eerste vrouw nog leefde?) Dikwijls werd echter het verweer gevoerd dat men van Engelandvaarders of van iemand, die het uit de clandestiene radio had opgevangen, had vernomen, dat de echtgenote was overleden. Ook kon de dader uit berichten over bombardementen op zijn woonplaats gemakkelijk afleiden, dat dit overlijden tenminste waarschijnlijk was, waarbij de wens de vader der gedachte was. Voor de rechter, die neiging zou hebben, deze beweringen niet geheel te verwerpen, en die er prijs op zou stellen het opzetbegrip niet buiten het terrein van het eigenlijke waarschijnlijkheidsbewustzijn uit te breiden, zou een strafbepaling tegen schuldbigamie met een niet te laag maximum uitkomst hebben geboden.

Tenslotte ware aan te bevelen een uitbreiding van het aantal bepalingen, waarin voor *bepaalde elementen* schuld naast opzet wordt genoemd, zonder verschil in strafpositie. De wetgever is, nadat de artikelen 418 en 419 reeds in hun oorspronkelijke redactie verlangden, dat de uitgever resp. de drukker van een geschrift van strafbare aard „wist of moest verwachten”, dat de dader niet vervolgbaar of buitenslands gevestigd zou zijn, bij verschillende wijzigingen op deze weg voortgegaan. Zo werd bij de herziening van titel XIV betreffende de misdrijven tegen de zeden bij de wet van 20 Mei 1911 S. 130 de uitdrukking „weet of redelijkerwijze moet vermoeden” resp. „kent of redelijkerwijze moet vermoeden” geïntroduceerd met betrekking tot de leeftijd van het slachtoffer (artt. 240*bis*, 248*bis*, 248*ter*, 250). Bij de invoering van art. 97*a* (wet van 28 Juli 1920 S. 619) verscheen de term „weet of ernstige reden heeft om te vermoeden” ten aanzien van de bestemming van voorwerpen tot het verschaffen van stoffelijke steun aan het voorbereiden enz. van omwenteling. Bij de herziening van de over het wetboek verspreide bepalingen betreffende de z.g. verspreidings-

delicten (artt. 113, 119, 132, 134, 137*b* en *d*, 147*a*, 271) bij de wet van 19 Juli 1934 S. 405 werd het tevoren gevorderde oogmerk, om aan de schadelijke inhoud van het verspreide geschrift ruchtbaarheid te geven of de ruchtbaarheid daarvan te bevorderen, vervangen door de eis, dat de dader „weet of ernstige reden heeft om te vermoeden”, dat het geschrift zodanige inhoud heeft, dus dezelfde terminologie als in art. 97*a* toegepast. Bij de wet van 18 Juli 1936 S. 203 werd aan art. 240 *bis*, dat o.a. verbiedt het aanbieden van pornografische geschriften aan minderjarigen, van wie de dader „weet of redelijkerwijze moet vermoeden”, dat hij de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, terwijl de dader de pornografische inhoud *bekend* was, een laatste lid toegevoegd, dat het aanbieden aan bedoelde minderjarigen strafbaar stelt, indien de dader „ernstige reden heeft om te vermoeden”, dat de inhoud pornografisch is. Hier hebben wij dus in één strafbepaling de beide bovengenoemde omschrijvingen. Tenslotte vinden wij sinds de wet van 5 April 1951 S. 92 in de artikelen 98 en 98*a*, strekkende tot bescherming van staatsgeheimen, wederom de omschrijving „weet of redelijkerwijze moet vermoeden”.

Beide omschrijvingen voldoen m. i. aan redelijke eisen. Het „weten” of „kennen” omvat het oogmerk en het noodzakelijkheidsbewustzijn, het „ernstige reden hebben om te vermoeden” en het „redelijkerwijze moeten vermoeden” het waarschijnlijkheidsbewustzijn in al zijn schakeringen (waarbij men het „vermoeden”, hoewel strikt genomen niet genoemd, eronder kan begrijpen), alsmede de onbewuste schuld. „Moeten vermoeden” zal men in de laatstgenoemde omschrijving moeten lezen zowel als „ongetwijfeld vermoeden” als in de zin van „behoren te vermoeden”. Anderzijds heeft het woord „vermoeden” voldoende waarschijnlijkheidsinhoud om te voorkomen, dat iemand reeds gestraft wordt, omdat hij met een zeer verwijderde mogelijkheid, die zich toevallig heeft verwezenlijkt, geen rekening heeft gehouden.

Verskil in betekenis tussen beide formuleringen zie ik niet. Anders Minister VAN SCHAIK in zijn Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer betreffende het wetsontwerp waarbij art. 240*bis* zou worden gewijzigd. Hij meende, dat „redelijkerwijs moeten vermoeden” meer subjectief gekleurd is en in het wetboek gebruikt wordt ten aanzien van omstandigheden, die bij een eerste indruk kunnen worden vermoed. Daargelaten dat deze verschillen in de bewoordingen

niet tot uitdrukking komen, zie ik ook geen grond voor de onderscheiding. Waarom zou ontucht met een kind beneden een zekere leeftijd niet strafbaar moeten zijn, indien de dader de leeftijd van het kind niet uit het uiterlijk, doch uit andere omstandigheden moest vermoeden?

De stappen, door de wetgever reeds gezet op de weg van het in ruimere mate strafbaar stellen van handelen met schuld, zou ik dus voortgezet willen zien, doch met de nodige beperking. Het moet niet zo worden, dat elke enigszins ernstige onvoorzichtigheid, waardoor een rechtsgoed wordt getroffen, het gevaar voor vervolging wegens misdrijf met zich brengt. De rechtsgoederen moeten van dien aard zijn, dat men er in zeer ernstige mate rekening mede moet houden. Bij hulp aan de vijand en bigamie is dit het geval. Ook b.v. bij meened. Niet echter b.v. bij eenvoudige belediging en gewone mishandeling.

Door uit te maken, naar welke maatstaven moet worden beoordeeld, waar de onderste grens van het opzet loopt, is tegelijkertijd hetzelfde geschied ten aanzien van de bovenste grens van de schuld. De vraag rijst, of de wet ook maatstaven moet vaststellen ter bepaling van de onderste grens. Indien ik hiertoe geen voorstel wil doen, is dit niet, omdat in de praktijk het vaststellen van die onderste grens een gemakkelijke taak is. De moeilijkheid ligt echter vrijwel steeds in de beoordeling van de bijzondere omstandigheden van het geval. Over de aard van de strafbare schuld, tot hoe diepgaande beschouwingen deze ook aanleiding heeft gegeven, bestaat in de praktijk geen ernstig meningsverschil. Twee belangrijke beginselen, aan de hand waarvan aan het aannemen van schuld een beperking wordt aangelegd, mogen als in wetenschap en praktijk bij ons algemeen aangenomen gelden. Ik bedoel in de eerste plaats de stelling, dat niet de alleruiterste voorzichtigheid mag worden gevorderd, doch slechts die, welke een normale dader in gelijke omstandigheden betracht (vgl. H. R. 14 November 1887 W. 5509 en 3 Februari 1913, N. J. 1913 blz. 571). Voorts dat van de individuele dader niet meer geëist mag worden, dan *hij* kan (met dien verstande, dat van iemand, die de nodige eigenschappen tot voorzichtig handelen mist, dikwijls verlangd mag worden, dat hij zich van handelen onthoudt). Deze beginselen in de wet neer te leggen is dus niet nodig; het is

bovendien ongewenst, daar de redactie òf zeer globaal zou moeten zijn en dan weinig of geen houvast bieden, òf in bijzonderheden zou moeten afdalen, waardoor de praktijk teveel aan banden zou worden gelegd en toekomstige ontwikkeling en verfijning belemmerd.

Bespreking vereist thans het systeem van het wetboek om in vele gevallen bepaalde omstandigheden in de delictsomschrijvingen op te nemen, ten aanzien waarvan noch uitdrukkelijk door gebruik der woorden opzet en schuld of analoge termen, noch stilzwijgend door de aard van het gebezigde werkwoord en de zinsbouw, de eis wordt gesteld, dat een dezer schuldvormen aanwezig is, en somtijds zelfs ten aanzien van het gehele delict geen opzet- of schuldeis te stellen.

Het laatste is regel bij overtredingen. Bij misdrijven kent het wetboek de geobjectiveerde delictsbestanddelen, de bijkomende voorwaarden voor de strafbaarheid en de objectieve strafverzwarende omstandigheden en gevolgen.

Dit systeem heeft veel critiek ontmoet (o.a. VAN HAMEL-VAN DIJCK blz. 277) en niet zonder grond. Men moet echter de bezwaren niet overschatten. Wat de overtredingen betreft, heeft de Hoge Raad immers reeds bij arrest van 14 Februari 1916 W. 9958, N. J. 1916 blz. 68 beslist, dat bij gebleken afwezigheid van alle schuld geen strafbaarheid bestaat en wel met de algemeene luidende motivering, die ook op misdrijven mag worden toegepast, dat de tegenovergestelde leer, die tegen het rechtsgevoel en het ook in ons strafrecht gehuldigde beginsel : „geen straf zonder schuld” indruist, slechts mag worden aanvaard, indien de noodzakelijkheid daartoe uitdrukkelijk uit de omschrijving van het strafbare feit zou volgen. Het wil mij voorkomen, dat derhalve ook bij de geobjectiveerde bestanddelen van misdrijven geldt, dat bij ontbreken van iedere schuld te dien aanzien de strafbaarheid wegvalt. De bijkomende voorwaarden voor de strafbaarheid zijn als regel van dien aard, dat gemis aan alle schuld niet goed denkbaar is. Wie een uitdaging voor een tweegevecht overbrengt, kan steeds vermoeden, dat een tweegevecht zal volgen (art. 152). Een koopman, die buitensporige verteringen maakt, behoeft echter niet steeds rekening te houden met de mogelijkheid, dat zijn faillissement zal worden uitgesproken (art. 340). In dat geval zal hij vrij uitgaan bij gebreke van alle schuld. Ook de strafverzwarende omstandigheden zijn in de regel

niet denkbaar zonder opzet of schuld dienaangaande van de dader (artt. 226: gequalificeerde valsheid; art. 258: verlating van hulpbehoevenden door de vader of de moeder, enz.). Waar dit bij uitzondering anders is (art. 267: belediging van een *ambtenaar*) is m. i. de strafverzwaring niet van toepassing, indien de dader buiten elke schuld van de strafverzwarende omstandigheid onkundig is. Voor de strafverzwarende gevolgen zal hetzelfde gelden. Ook daar zal, wanneer bij uitzondering het gevolg voor de dader geheel onvoorzienbaar is, geen strafverzwaring mogen intreden. In die gevallen zal echter meestal het causaal verband eveneens ontbreken (art. 300 e. a.).

In deze opvatting is dus nergens het verband met de psychische instelling van de dader geheel doorsgesneden.

In 1930 sprak de Nederlandse Juristen-Vereniging zich reeds uit voor het opnemen in het Wetboek van het beginsel van straffeloosheid bij afwezigheid van alle schuld. Ik moge verwijzen naar de praeadvies van WIJNVELDT en VRIJ, in het bijzonder naar het ontwerp van laatstgenoemde op blz. 46 van zijn advies.

Nu zijn hiermede natuurlijk nog niet alle bezwaren tegen objectiveren uit de weg geruimd. Men kan allereerst bedenkelijk achten, dat ten aanzien van de schuld de bewijslast op de verdachte komt te rusten; voorts het een te zware eis achten, dat deze afwezigheid van *alle* schuld moet doen blijken; en tenslotte zich geschokt voelen door het aanzienlijke verschil in straf al naarmate een bepaald niet voorzien gevolg intreedt of niet, of een bepaalde omstandigheid, die men niet vermoed heeft, zich al of niet voordoet.

De beide eerstgenoemde bezwaren zijn niet gewichtig, mits maar de wetgever bij het objectiveren zorgvuldig te werk gaat en slechts die elementen met een schuldvermoeden bekleedt, die voor de strafwaardigheid van gering belang zijn, of waarvan de aanwezigheid zo voor de hand ligt, dat het ontkennen van weten of vermoeden een chicaneus karakter draagt. Een voorbeeld van het eerste is te vinden bij de meined, art. 207: geobjectiveerd is het element, dat de meined is afgelegd „in een geval, waarin een wettelijk voorschrift een verklaring onder ede vordert” enz. Dit is nauwelijks een element van het strafbare feit te noemen. Het zwaartepunt ligt bij de valse eed, de hier bedoelde omstandigheid beperkt slechts de gevallen, waar de strafwet ingrijpt. Ik zou aarzelen om zelfs bij gemis van alle

schuld op dit punt straffeloosheid aan te nemen. Het tweede vinden wij o.a. bij art. 187: het „vanwege het bevoegd gezag gedaan zijn” van een bekendmaking, die men afscheurt. Art. 180 betreffende weerspanningheid gaat m.i. al iets te ver door, gelijk de Hoge Raad uitmaakte, de omstandigheid dat de ambtenaar was in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening, te objectiveren. Hier zou een term als „wist of redelijkerwijze moest vermoeden” op zijn plaats zijn. Aan dit element kan toch wel eens een zo gerechtvaardigde twijfel ontstaan, dat het verzet niet als misdrijf mag worden beschouwd, ook al zou niet *alle* schuld ontbreken. Objectivering is tenslotte geoorloofd, waar van de dader verwacht mag worden, dat hij zelf een onderzoek instelt, zoals ten aanzien van de leeftijd bij ontucht met iemand beneden 16 jaar (art. 247).

Ernstiger is bovengenoemd bezwaar tegen de objectivering der strafverzwarende gevolgen en omstandigheden. Weliswaar zal ons strafrecht, dat ten dele op het vergeldingsbeginsel berust, het niet kunnen stellen buiten verschillende straffen bij verschillende gevolgen, maar om, waar het om zeer aanzienlijke strafverschillen gaat, het schuldverband aan te nemen behoudens het bewijs van het ontbreken van elke schuld, daarvoor is geen goede grond. Voor de meeste gevallen bestaat echter een zeer eenvoudige oplossing: indien de wetgever, gelijk ik verdedigd heb, het strafmaximum op veroorzaken van dood en zwaar lichamelijk letsel door schuld aanzienlijk verhoogt, kunnen de strafverzwarende gevolgen, die bijna alle betrekking hebben juist op dood en zwaar lichamelijk letsel, voor het grootste deel vervallen. Bij de overblijvende, evenals bij de strafverzwarende omstandigheden en de bijkomende voorwaarden voor de strafbaarheid ware voor iedere strafbepaling na te gaan, of het licht kan voorkomen, dat iemand in begrijpelijke, schoon niet geheel schuldeloze dwaling verkeert ten aanzien van het bestaan van de omstandigheid in quaestie. In dat geval zou het aanbeveling verdienen, voor de strafbaarheid resp. de strafverhoging te verlangen, dat blijke van „weten of redelijkerwijze moeten vermoeden”.

Het grote voordeel van objectivering is de aanmerkelijke vereenvoudiging van telastelegging, bewijs en bewijsmotivering. Dit zou ik tegenover de geringe bezwaren niet willen prijsgeven.

Zeer zeker behoeft echter de techniek van de toepassing

van het systeem van gedeeltelijke objectivering in boek II van ons wetboek verbetering. Zelfs bij de omschrijvingen, waarin het woord „opzettelijk” voorkomt en waar men dus aan de hand van het bekende systeem van de wetgever, om alles, wat door het opzet beheerst moet worden, achter dat woord te plaatsen, zou menen de geobjectiveerde elementen zonder moeite kunnen vaststellen, is twijfel niet steeds uitgesloten; men denke aan de in de handboeken en de jurisprudentie behandelde vraag, of bij gebruik van de term „opzettelijk *en* wederrechtelijk” het opzet op de wederrechtelijkheid gericht moet zijn. Omgekeerd is het lang niet zeker, dat steeds de vóór het woord „opzettelijk” genoemde elementen als geobjectiveerd moeten worden beschouwd. B.v. wekt vergelijking van art. 128 met art. 129 gerechte twijfel, of het wel de bedoeling is geweest, in laatstgenoemd artikel het krachtens wettelijk voorschrift uitgeschreven zijn van de verkiezing buiten het opzet te houden. Ook bij de bijkomende voorwaarden voor de strafbaarheid is het systeem niet gehandhaafd (vgl. art. 157). Ten aanzien van de bepalingen, waarin het woord „opzettelijk” niet voorkomt, ontbreekt zelfs de leidraad van de plaatsing van dit woord. Wordt een analoge uitdrukking, zoals „wetende dat” of „die hij kent” gebruikt, dan mag men niet aannemen, dat alles wat daaraan voorafgaat, geobjectiveerd is. En als ook een dergelijke uitdrukking ontbreekt, omdat het opzet geacht wordt in het gebruikte werkwoord of andere woorden opgesloten te liggen, mist de uitlegger elk houvast. De geschiedenis en de strekking van de bepaling moeten dan helpen. Men kent de jurisprudentie van de Hoge Raad betreffende art. 180: wel opzet ten aanzien van de hoedanigheid van ambtenaar, niet ten aanzien van de rechtmatige uitoefening van zijn bediening. (H. R. 27 November 1939, 1940 n^o. 113). Legio andere voorbeelden van twijfel zijn te geven.

Verduidelijking is dus alleszins nodig. Indien echter een consequent systeem wordt gevolgd, is het gevaar groot, dat dit zal gaan ten koste van de stijl, waaraan bij het tot stand komen van ons wetboek juist zoveel aandacht is besteed. Dit bezwaar mag echter niet overwegen, en een poging zal moeten worden gewaagd. Van die gelegenheid zal dan gebruik moeten worden gemaakt, om eenheid van terminologie te bevorderen, voor zover verschillende uitdrukkingen voor hetzelfde begrip tot uiteenlopende uitleggingen aanleiding kunnen geven.

Gaan wij na, op welke wijze het opzetbegrip in het wetboek is aangeduid, dan vinden wij naast de term „opzettelijk” de omschrijvingen: „wetende dat”, „waarvan hij weet dat” (art. 101, 188, 214, 241, 243, 340, 355 e. a.), „waarvan hem bekend is” (art. 209), „kennisdragende van” (art. 135), „bekend met” (art. 381), „met het bewustzijn” (art. 364), en voorts de reeds boven besproken termen „weet of ernstige reden heeft om te vermoeden” (art. 113, 119, 240*bis*), „weet of redelijkerwijze moet vermoeden” (art. 240*bis*), „kent of redelijkerwijze moet vermoeden” (artt. 248*bis*, 248*ter* enz). Al deze termen als kennen en weten hebben, indien zij opzet moeten uitdrukken, het bezwaar, dat zij niet verder reiken dan het opzet als zekerheidsbewustzijn en zelfs strikt genomen het „begrijpen” en „verwachten” niet omvatten, om van opzet in de vorm van waarschijnlijkheidsbewustzijn te zwijgen. Dit bezwaar valt echter weg, zodra deze termen tezamen met uitdrukkingen als „of redelijkerwijze moet vermoeden” worden gebruikt. Nu ik, zoals boven uiteengezet, voorstander ben van een sterke uitbreiding van deze, opzet en schuld tezamen omvattende, omschrijving, zie ik daarin tevens een verbetering van terminologische aard. Daarnaast ware dan zoveel mogelijk daar, waar uitsluitend opzet wordt geëist, de term „opzettelijk” in plaats van „weten” en „kennen” te gebruiken. Behalve het wegnemen van de bezwaren, verbonden aan de beperkte betekenis van laatstgenoemde termen wordt dan tevens bereikt, dat door de plaatsing van het woord „opzettelijk” aangegeven kan worden, welke elementen geobjectiveerd zijn.

Voorts zou ik overal, waar maar enige twijfel kan bestaan aan de vraag of op een element het opzet gericht moet zijn, de term „opzettelijk” willen invoegen en over het taalkundige bezwaar, dat het gebruikte werkwoord reeds het opzettelijk karakter van het feit aanduidt, heenstappen.

Tenslotte zou ik de regel, dat alles wat, en ook alleen wat na het woord „opzettelijk” volgt, door dit begrip wordt bestreken, in een wetsvoorschrift willen neerleggen. Immers taalkundig is dit niet onbetwistbaar. Dat er verschil is tussen: „hij heeft zijn vader opzettelijk gedood” en „hij heeft opzettelijk zijn vader gedood”, is niet steeds waar. Indien het woord „opzettelijk” wordt gebruikt om aan te duiden, dat het geen ongeluk was, is de plaats van het woord geheel zonder belang.

De wijze, waarop de wetgever het schuldbegrip in engere zin onder woorden heeft gebracht, geeft weinig aanleiding tot opmerkingen. Wij vinden: „aan wiens schuld te wijten is” (artt. 98*b*, 158, 307, 308 enz.), „onachtzaamheid” (art. 198), „die ernstige reden heeft om te vermoeden” (art. 240*bis*), „indien aan hem te wijten is (art. 342), en op één plaats „grove schuld” (art. 356). Van een bijzondere bedoeling met deze laatste uitdrukking blijkt niet. Daar geen dezer uitdrukkingen tot misverstand aanleiding kan geven, is wijziging niet nodig, behalve wellicht het schrappen van het woord „grove” in art. 356, ter vermijding van een overigens weinig waarschijnlijk, argumentum a contrario. Pogingen om overal het woord „schuld” te gebruiken zouden hier nodeloos leiden tot weinig elegante omschrijvingen als die van de schuldheling in art. 417*bis*, die op het eerste gezicht de indruk vestigt alsof men door zijn schuld van een eerlijk verkregen zaak een gestolen voorwerp kan maken!

Wij hebben nog te bezien de gevallen, waarin de wetgever voor de strafbaarheid verlangt, dat de dader een zeker oogmerk heeft, zonder dat dit oogmerk ook bereikt behoeft te zijn. De strafbepalingen, waarin dit geschiedt, behoren in het algemeen tot die, welke de strekking hebben, niet de aantasting, doch reeds de bedreiging van rechtsgoederen te straffen, zoals eveneens het geval is bij de gemeengevaarlijke misdrijven en de poging. Deze strekking is duidelijk bij de bepalingen tegen misdrijven tegen de veiligheid van de Staat (artt. 92 vlg.), waarvan de jongste, art. 98*c*, ingevoegd in 1951, de aandacht trekt door de bijzonderheid van het bestraffen van het onder enige opgesomde verdachte omstandigheden komen of trachten te komen op of in — of het zich verwijderen of trachten te verwijderen van — een „verboden plaats” (zie art. 80*ter*), *tenzij* de rechter blijkt dat het oogmerk om staatsgeheimen te bemachtigen ontbrak. Dezelfde bedoeling om gevaarscheppen te bestraffen ligt ten grondslag aan de constructie van het bijkomend oogmerk bij de valsheidsdelicten (artt. 216 vlg.), de omkoperij (artt. 177 vlg.) enz. Bij diefstal (art. 310) en oplichting (art. 326) evenals bij afpersing (art. 317) en afdreiging (art. 318) moet een andere overweging hebben gegolden. Hier toch wordt niet iets gedaan met de bedoeling iets anders voor te bereiden, doch datgene waarop het oogmerk moet zijn gericht, bij diefstal de wederrechtelijke toeëigening, bij oplichting de wederrech-

telijke bevoordeling, wordt door de daad zelve onmiddellijk verwerkelijkt. De omschrijving had evengoed kunnen luiden voor diefstal: „hij die opzettelijk enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort wederrechtelijk zich toe-eigent door het weg te nemen enz.” en voor oplichting: „Hij die zich of een ander opzettelijk wederrechtelijk bevoordeelt door . . . iemand te bewegen tot de afgifte enz.” Welke bedoeling heeft voorgezetten bij het kiezen van deze constructie, is niet duidelijk. Wat hiervan zij, een principieel bezwaar tegen behoud van het bijkomend oogmerk in het algemeen heb ik niet. Wel vereist bespreking de vraag, wat onder dit oogmerk moet worden verstaan en of de *term* moet worden gehandhaafd. Dezelfde vraag doet zich voor ten aanzien van de analoge uitdrukkingen: „ter bedriegelijke verkorting van de rechten zijner schuldeisers” bij de verschillende vormen van bankbreuk in art. 341 vlg., „om het handelsdebet te vestigen enz.” en „tot misleiding van het publiek” bij de oneerlijke concurrentie (art. 328*bis*). Al deze uitdrukkingen verschillen niet in betekenis en strekking. Alle drukken taalkundig uit, dat het de dader om dat gevolg te doen was, dat hij met dat doel de daad heeft ondernomen. Niettemin heeft de praktijk geleerd, dat een scherpe grens tussen oogmerk en de zwakkere vormen van opzet moeilijk is te trekken, en in ieder geval voor de waarderung uit strafrechtelijk oogpunt van weinig gewicht is. Alle vormen hebben gemeen, dat men bewust een rechts-goed aan zijn verlangen opoffert. Of dit verlangen nu door de opoffering rechtstreeks dan wel indirect wordt bevredigd, doet niet ter zake. Ook bij opzet als oogmerk is dikwijls het bereiken van het oogmerk slechts middel tot een verder gelegen doel. De jurisprudentie betreffende het bijkomend oogmerk toont dit duidelijk aan. Daar zijn allereerst de arresten van de Hoge Raad van 2 Juni 1925 N. J. 1925 blz. 780 en 27 Mei 1929 N. J. 1929 blz. 1269, beide betreffende benadeling van schuldeisers in geval van faillissement, beide beslissende dat het niet nodig is, dat het de dader om het bedriegelijk verkorten van de rechten zijner schuldeisers te doen is, doch dat „weten” resp. „begrijpen” voor het oogmerk voldoende is. Tenslotte vermeld ik H. R. 14 October 1940, 1941 n^o. 87, het bekende geval van de man die eens anders gevangenisstraf uitzat en deswege werd veroordeeld wegens oplichting van de gevangenisambtenaren voor voedsel. In dat arrest verenigde de Hoge Raad zich met de over-

wegingen van het Hof van de strekking, dat het oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen voortvloeit uit de omstandigheid, dat verdachte zich opzettelijk heeft aangemeld tot het ondergaan van de aan een ander opgelegde gevangenisstraf, hetwelk *naar hij kon en moest begrijpen* als noodzakelijk en dus ook door hem gewild gevolg met zich bracht, dat hem voedsel werd verstrekt waarop hij geen recht had. Ook hier werd dus weer oogmerk gelijkgesteld met opzet.

Het lijkt mij, gezien deze ontwikkeling, nuttig, de terminologie van de wet aan de opvatting van de praktijk aan te passen en dus overal het woord „opzet” te gebruiken.

Wellicht de belangrijkste vraag op het door dit praeadvies besproken gebied bleef tot nu toe onbesproken: de vraag, of het opzet „kleurloos” moet blijven, dan wel mede betrekking moet krijgen op de strafbaarheid, althans de onrechtmatigheid, althans het ongeoorloofde karakter van het gepleegde feit. Deze vraag werd in 1930 in deze Vereniging naar aanleiding van praeadviezen van WIJNVELDT en VRIJ ten gronde besproken en dit eindigde met het zonder hoofdelijke stemming zich uitspreken door de vergadering voor het vastleggen in de wet van het door de Hoge Raad bij arrest van 25 Juni 1923, N. J. 1923 blz. 1294 reeds aangeduide beginsel, dat afwezigheid van alle schuld bij niet beseffen door de dader van de ongeoorlooftheid van het feit niet-strafbaarheid medebrengt. Dit beginsel heeft sedertdien weinig of geen bestrijding gevonden en is, ondanks het voorsnog ontbreken van een wettelijk voorschrift, bij herhaling door de rechter toegepast. Ik moge mij derhalve onder verwijzing naar de argumenten van 1930 bij de toen gegeven aanbeveling aansluiten. Voor de redactie verwijs ik naar blz. 73 van het praeadvies van VRIJ. Dit brengt dus mede, dat de begrippen opzet en schuld, waar zij in de omschrijving van strafbare feiten voorkomen, kleurloos blijven.

Hiermede zou ik kunnen volstaan, ware het niet dat zich na 1930 buiten het wetboek een stelsel van wettelijke voorschriften heeft ontwikkeld, dat naar de tot zeer onlangs heersende leer het gekleurde opzet bevatte. Ik bedoel de economische wetgeving, zoals deze niet lang voor de oorlog is ontstaan en zich sedertdien in een voorspoedige groei heeft verbeugd. Ik noem als belangrijkste thans nog geldende

wettelijke regelingen de Distributiewet 1939, de Prijsoptdrijvings- en Hamsterwet 1939, het Organisatiebesluit Voedselvoorziening 1941 en het Deviezenbesluit 1945, die ieder weer de grondslag vormen voor talloze ter uitvoering daarvan uitgevaardigde voorschriften. De in de „moederwetten” opgenomen strafbepalingen hielden alle, behoudens niet belangrijke afwijkingen in de redactie, in, dat hij, die handelde *in strijd met* een bij of krachtens de wet (resp. het besluit) uitgevaardigd voorschrift, wegens overtreding werd bestraft, en hij, die *opzettelijk in strijd met* zulk een voorschrift handelde, als schuldig aan misdrijf strafbaar was, uiteraard naar een zwaarder maximum. De Landbouwcrisiswet 1933 was al met dit systeem begonnen.

Naar aanleiding van deze bepalingen rees de vraag, of het hier bedoelde opzet was het opzet, gericht op de bestanddelen van het strafbare feit, zoals dit was omschreven in de voorschriften, waarop de strafbepaling doelde, dan wel het opzet, gericht op het overtreden van het voorschrift. De Hoge Raad overwoog bij arrest van 27 November 1939, 1940 n^o. 338, dat „onder het opzettelijk handelen in strijd met een der bij of krachtens de artikelen . . . der Landbouwcrisiswet 1933 vastgestelde voorschriften, strafbaar gesteld in het tweede lid van art. 31 dezer wet, slechts kan worden verstaan een handelen, dat niet alleen tegen een zodanig voorschrift indruist, en dus, indien zonder het bedoelde opzet gepleegd, strafbaar zou zijn ingevolge het eerste lid van het artikel, doch dat tevens opzettelijk in strijd met een zodanig voorschrift is begaan, of met andere woorden bij het plegen waarvan de dader er zich van bewust is geweest dat hij een bij zodanig voorschrift opgelegde verplichting schond”. De Hoge Raad motiveert deze opvatting niet nader, de noot van TAVERNE zegt o.a.: „de tekst wijst duidelijk uit, dat strafrechtelijk het verschil tussen de beide soorten vergrijpen ergens anders moet worden gezocht (dan in het weten dat men vervoert). . . . De verscherping moet wel degelijk worden gezocht in het met opzet ingaan tegen wettelijke voorschriften”. Woordelijk dezelfde overweging als in het geciteerde arrest kwam voor in H. R. 20 October 1941, 1942 n^o. 61. H. R. 16 November 1942, n^o. 875, sprak van „het voor toepassing van art. 18 der Distributiewet vereiste opzet gericht op het niet nakomen van het krachtens die wet vastgestelde voorschrift van art. 8 der Tarwelbloemdistributiebeschikking 1940 I”, wederom zonder nadere

motivering. H. R. 16 Juni 1941 n^o. 684 overwoog: „dat de bepaling van art. 18 lid 1 van de Distributiewet 1939 alleen toepassing kan vinden wanneer degene die het voorschrift overtrad, heeft geweten dat hetgeen hij deed bij wettelijk voorschrift was verboden”. Vele soortgelijke arresten zijn gevolgd. Het laatst is deze leer nog verkondigd in H. R. 13 Februari 1951 n^o. 476.

Handelende volgens deze opvatting heeft de rechtspraak dertien jaar lang zonder veel protest op het gebied der economische wetgeving gewerkt met het gekleurde opzetbegrip, totdat onverwacht de Hoge Raad op 18 Maart van dit jaar bij twee arresten, waarvan ik de tijdige kennisgeving aan Prof. VRIJ dank, de koers wijzigde. Zowel ten aanzien van het Deviezenbesluit 1945 als van het Bedrijfsvergunningenbesluit 1941, en blijkens de motivering voor alle soortgelijke voorschriften, is nu uitgemaakt, „dat voor de hier bedoelde misdrijven alleen opzet van de dader ten aanzien van zijn gedraging in haar verschillende bestanddelen vereist is, niet ook zijn opzet ten aanzien der onrechtmatigheid van die gedraging in haar geheel” (overweging in het arrest betreffende het Deviezenbesluit). Blijkens de motivering in beide arresten beschouwt de Hoge Raad de in de strafbepalingen voorkomende aanduiding van het object van het opzet met „overtreding van een voorschrift” als niet meer dan een verwijzing naar de inhoud van die voorschriften en vindt, in tegenstelling met de Strafkamer van 1939 en volgende jaren, in deze redactie van de sanctiebepaling geen aanwijzing van: „een bedoeling om de sanctiebepaling meer te doen omvatten dan „zeker opzettelijk handelen of nalaten, terwijl daardoor een bij of krachtens dit besluit gegeven voorschrift wordt overtreden” en dusdoende af te wijken van wat als voormeld in het algemeen tot het strafbaar zijn van feiten vereist wordt.” Dit „als voormeld” slaat terug op een overweging, „dat in de oude kwestie of opzet boos opzet moet zijn, het inzicht opgekomen is, dat alleen bij afwezigheid van alle schuld ten aanzien van die onrechtmatigheid” (d. w. z. de onrechtmatigheid, die uitdrukking vond in de strafbepaling) „strafbaarheid ontbreekt”; (arrest in zake het Deviezenbesluit).

Moeten wij ons verheugen over dit verbleken van het opzet? De Hoge Raad geeft zelf twee voorbeelden van ongewenste gevolgen van de oude opvatting. Lees de volgende overweging: „dat ook onvoldoende blijkt van een bijzon-

deren grond voor een zo afwijkende regeling, bij welke vooreerst, zulks terwijl verschil in strafmaximum wordt aangebracht, niet degene die willens en wetens b.v. deviezen uitvoert naar hoger maximum gestraft zou kunnen worden dan degene die dat uit onoplettendheid doet, en voorts ergerlijke gevallen van zelfzuchtige onwetendheid omtrent in acht te nemen voorschriften niet mede door de zwaardere strafbepaling zouden worden getroffen."

Deze voorbeelden kunnen mij tot mijn spijt niet overtuigen, dat door de nieuwe leer een belangrijke verbetering in de berechting van economische delicten zal worden verkregen. Bij het eerste voorbeeld houde men in het oog, dat het hier gaat om twee delinquenten, die geen van beide de wetenschap hebben, dat zij een voorschrift overtreden. Immers in het tegenovergestelde geval maakte reeds de oude leer het gewenste onderscheid tussen de smokkelaar te kwader trouw en degene, die door onoplettendheid deviezen uitvoerde. Het is mij echter niet geheel duidelijk, waarom, als beide te goeder trouw zijn, hij, die bewust deviezen uitvoert, wegens misdrijf gestraft moet kunnen worden en degene, die vergeten heeft zijn zakken goed na te zien voordat hij de grens passeerde, wegens overtreding, en dat anderzijds eerstgenoemde op gelijke voet wegens misdrijf moet kunnen worden vervolgd als de beroepssmokkelaar, wat onder de vroegere jurisprudentie niet mogelijk was.

Het tweede voorbeeld legt inderdaad de vinger op een wonde plek in het oude systeem. Waar in het commune strafrecht „zelfzuchtige onwetendheid" van de strafbepalingen nooit een deugdelijk verweer kan opleveren, kon dit in het economische strafrecht wel. Dit is nu veranderd, maar is de prijs die hiervoor betaald moet worden, niet te hoog? Het voorbeeld, hierboven gegeven, dat iemand wegens een onnozel vergrijp voortaan wegens misdrijf vervolgd kan worden, ofschoon hij niet eens wist, dat wat hij deed verboden was, is gemakkelijk met enige tientallen te vermeerderen. Het kopen en verkopen van aardappelen, van wild en gevogelte, het telen van warmoezerijgewassen, het venten met bloemen, al deze dingen zijn verboden behoudens uitzonderingen, die meestal het hebben van een vergunning door een of beide partijen betreffen. Al deze verboden kunnen bijna niet anders dan door een opzettelijke handeling overtreden worden en leveren dus alle misdrijven op, terwijl vroeger nog in vele gevallen wegens ontbreken van het opzet op de

normovertreding slechts een overtreding gepleegd werd. Ik vraag mij af, of het kunnen straffen van enkele delinquenten, die zich uit egoïstische motieven niet van de geldende voorschriften op de hoogte hebben gesteld, niet te duur is betaald met het als misdrijf strafbaar stellen van nog veel meer kleine vergrijpen, thans nog wel gepleegd door lieden, aan wie men ten hoogste verwijten kan, dat zij zich niet beter van de dikwijls niet eenvoudige voorschriften op de hoogte hebben gesteld, of dat zij deze niet hebben begrepen.

Ik zou de nieuwe leer kunnen toejuichen, indien zij de stoot zou geven tot een herziening van de economische wetgeving in die geest, dat met zorg evenals in het commune strafrecht alleen als misdrijf wordt strafbaar gesteld het handelen in strijd met voorschriften, die grote belangen beschermen en waarvan de overtreding voor ieder als verboden kenbaar is, hetzij door het laakbaar karakter van de daad als zodanig (smokkelarij, zwarte handel) hetzij door de algemene bekendheid van het verbod (bouwen zonder vergunning krachtens de Wederopbouwwet, beschikken over vreemde betaalmiddelen enz.). Dan wordt de eenheid van systeem voor het gehele strafrecht hersteld. Zolang echter deze wetswijziging niet komt, betreur ik wel het verlaten van het eenvoudige en in de praktijk niet onbevredigende systeem, waarbij de grens tussen misdrijf en overtreding liep tussen bewuste en onbewuste wetschennis.

Het is te hopen, dat in de tussentijd de Officiëren van Justitie, door in weinig ernstige gevallen het opzet niet te laste te leggen, de nadelen zullen verzachten. Het is echter de vraag, of dit altijd helpt: waar het vergrijp in een enkele handeling bestaat, is immers het opzet daarin begrepen, onverschillig of het uitdrukkelijk is genoemd?

Vermindering van het aantal als misdrijf gequalificeerde delicten is ook daarom nodig, omdat de wetgeving op het besproken gebied voor een groot deel in handen is van Bedrijfschappen en andere organisaties, zij het onder contrôle van de Minister. Wat aan Gemeenten en Provincies niet is toevertrouwd, het scheppen van voorschriften, waarvan overtreding als misdrijf strafbaar is, is aan al deze veelsoortige en niet rechtstreeks aan een vertegenwoordigend lichaam verantwoordelijke organisaties overgelaten.

De toepassing van de nieuwe leer in de praktijk zal, naar ik vrees, ook moeilijkheden opleveren. Zo zal b.v. bij prijsvoorschriften, die de maximumprijs niet in een bepaald

bedrag, doch in het resultaat van een door de verkoper te verrichten calculatie uitdrukken, de vraag rijzen, wat nu eigenlijk het strafbare feit is, waarop het opzet van de dader gericht moet zijn. Is dit het enkele bedingen van de prijs? Dan is vrijwel steeds opzet aanwezig, en is naast de bewuste overtreder en hem, die het voorschrift niet wilde kennen, ook wegens misdrijf strafbaar hij die zich in een moeizame berekening vergiste. Of moet het opzet gericht zijn op het bedingen van een prijs, hoger dan een juiste calculatie uitwijst? Dan wordt tegen de bedoeling van de Hoge Raad het opzet, gericht op de onrechtmatigheid, weer binnengehaald en loopt de zelfzuchtige onwetende vrij van een veroordeling wegens misdrijf. De eerste opvatting zal dus wel de juiste zijn, doch uit de tekst der prijsvoorschriften is dit niet af te leiden.

Bij vele andere voorschriften zal het onderscheiden tussen geobjectiveerde en niet geobjectiveerde elementen, dat in het met zorg geredigeerde Wetboek van Strafrecht reeds niet eenvoudig is, de rechter voor moeilijke beslissingen stellen.

Men mag verwachten, dat onder de werking van de nieuwe Wet op de Economische Delicten (die de beide door de Hoge Raad berechte gevallen nog niet beheerste), de nieuwe rechtspraak gehandhaafd zal blijven. Het is niet aan te nemen, dat de Hoge Raad van de gevestigde rechtspraak zou zijn afgeweken, indien hij voornemens was, onder de nieuwe wet weer de oude koers in te slaan. Temeer mag een volharden bij de nieuwe leer worden verwacht, waar de redactie van art. 2 van deze wet („de economische delicten, bedoeld in art. 1 onder 1^o” — dat zijn o.a. de hier besproken delicten — „zijn misdrijven, voor zover zij opzettelijk zijn begaan”; dus niet meer: „opzettelijke overtreding van het voorschrift”) eerder in overeenstemming zijn met de nieuwe leer, zij het wellicht onbedoeld. Merkwaardigerwijze roeren de parlementaire stukken het vraagstuk in het geheel niet aan en wordt daarin alleen te kennen gegeven, dat men zo min mogelijk van het bestaande wilde afwijken. Waar het bestaande twee opvattingen toeliet, zal dus de nieuwe wet wel niet dwingend in een bepaalde richting wijzen. Ook de commentaar van Mr F. HOLLANDER noemt het vraagstuk niet. Blijkbaar achtte men het bij de toen gevestigde rechtspraak niet meer actueel.

Buiten het economisch strafrecht verdient nog vermelding een aanhangig wetsontwerp, waarin voor een bepaald gebied de vraag van opzet of schuld ten aanzien van de normovertreding onder de ogen is gezien. Ik bedoel het ontwerp van de Wet Oorlogsstrafrecht, dat in art. 8 straf stelt op het „zich schuldig maken aan schending van de wetten en gebruiken van de oorlog”. Blijkens de Memorie van Toelichting is met de uitdrukking „zich schuldig maken” in plaats van „opzettelijk” bedoeld te voorkomen, dat de dader zich zou beroepen op onbekendheid met de norm, terwijl die onkunde uit grove onverschilligheid zou voortkomen. Anders dan in het commune strafrecht en ook, na de laatste arresten van de Hoge Raad, in het economisch strafrecht, is dus kennelijk de bedoeling, de schuld niet slechts te vorderen ten aanzien van de bestanddelen van het strafbare feit, zoals die in de geschonden norm zijn omschreven, doch ten aanzien van de norm zelve. Hierbij eist men dus enerzijds geen opzet, doch anderzijds kan de dader niet slechts een verweer ontfanen aan afwezigheid van alle schuld, doch moet de verwijtbare grove onverschilligheid worden aangetoond.

Daargelaten, of deze bedoeling in de gekozen redactie wel voldoende tot uiting komt, is de gedachte, die eraan ten grondslag ligt, wellicht bruikbaar, indien de wetgever te eniger tijd toch nog in het economische strafrecht de grens tussen misdrijf en overtreding zou willen trekken tussen hen die bewust of door grove onverschilligheid en hen die onbewust een voorschrift hebben geschonden.

* * *

Ik moge thans eindigen met de desiderata, die uit de beantwoording van de vraagstelling aan het hoofd van dit praeadvies voor mij voortvloeien:

a. In de negende titel van boek I van het Wetboek van Strafrecht worde een bepaling opgenomen, die de grens tussen opzet en schuld vaststelt, waarvoor ik de volgende redactie in overweging geef:

Opzet bestaat met betrekking tot die elementen van het strafbare feit, welke de dader beoogt, alsmede met betrekking tot die, ten aanzien waarvan hij zich bewust is dat zij noodzakelijk of tenminste waarschijnlijk aan zijn handelen of nalaten dan wel aan het bereiken van zijn oogmerk verbonden zijn.

b. In dezelfde titel worde opgenomen een bepaling, die aangeeft, op welke wijze in de delictsomschrijvingen zijn opgenomen de omstandigheden en gevolgen, waarop het opzet moet zijn gericht. Ik suggereer de volgende redactie, gedeeltelijk geïnspireerd door het ontwerp-CORT VAN DE LINDEN van 1900:

Indien de omschrijving van een strafbaar feit het woord opzettelijk vermeldt, betreft dit alle bestanddelen van het strafbare feit, die na het woord opzettelijk en, indien de strafbepaling niet voorafgaat, vóór deze zijn genoemd.

c. In titel III worde een voorschrift ingelast, ongeveer luidende:

Niet strafbaar wegens opzettelijk begaan van een strafbaar feit is hij, die in dwaling een toestand aanwezig acht, waaraan de wet uitsluiting van de strafbaarheid verbindt.

d. In dezelfde titel worden opgenomen bepalingen betreffende uitsluiting van de strafbaarheid bij ontbreken van alle schuld in de geest van de ontwerpen, voorkomende op blz. 46 en 73 van het praeadvies van VRIJ van 1930.

e. De wetgever verhogt zeer aanzienlijk de maximumstraffen op schuld misdrijven.

f. Hij stelle in meer gevallen het culpoos begaan van het feit naast het opzettelijk begaan strafbaar.

g. Hij breide uit het aantal delictsomschrijvingen, waarin ten aanzien van bepaalde elementen alternatief wetenschap en moeten vermoeden wordt vereist.

h. De omschrijving van alle delicten worde grondig herzien in dier voege, dat geen twijfel blijve bestaan ten aanzien van de vraag, welke elementen van het feit geobjectiveerd zijn.

i. De bijkomende voorwaarden voor de strafbaarheid en de strafverzwarende omstandigheden en gevolgen worden, waar nodig, gebonden aan de eis van „weten of redelijkerwijze kunnen vermoeden”. Voor zover deze gevolgen bestaan in het veroorzaken van dood of zwaar lichamelijk letsel, worden de desbetreffende bepalingen geschrapt.

j. Het woord „oogmerk” in de delictsomschrijvingen worde vervangen door „opzet”.

k. De economische wetgeving worde in dier voege herzien, dat alleen die feiten tot misdrijf worden verklaard, die ernstig zijn en waarvan het verboden karakter uit de aard van het feit voortvloeit of van algemene bekendheid is.