

ANNOTATIE

Annotatie bij Hoge Raad 11 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1043.

M.C. de Rade

Annotatie bij Hoge Raad, 11-07-2023, ECLI:NL:HR:2023:1043 (SR-2023-0138)

1. Dit arrest van de Hoge Raad en het daaraan voorafgaande arrest van het hof Den Haag zijn illustratief voor de wijze waarop het bewijs van de *bewuste aanvaarding* van de aanmerkelijke kans binnen het voorwaardelijk opzet (hierna: de bewuste aanvaarding; het aanvaardingsvereiste; de wilscomponent) geleverd en gemotiveerd kan worden.[1] De zaak betreft een schietincident. De feiten – zoals vastgesteld door het hof – houden kort gezegd in dat de verdachte op de geparkeerde auto waarin het slachtoffer zich bevond is afgelopen, het vuurwapen door het openstaande raam aan de passagierszijde heeft gestoken, op het zich achter het stuur bevindende slachtoffer heeft gericht en eenmaal op hem heeft geschoten. Het slachtoffer is daarbij in zijn rechterheup geraakt en de kogel is in zijn rechterbil aangetroffen. Op het eerste gezicht lijkt de centrale vraag in deze zaak te zijn: waarop heeft de verdachte precies gericht, en wat betekent dit voor eventueel dodingsopzet? Een nadere bestudering van de arresten laat echter zien dat deze vraag pas via een omweg aan bod komt. In deze noot wordt ingegaan op (het motiveren van) het bewijzen van de wilscomponent van het voorwaardelijk opzet en de toetsing daarvan in cassatie. Daarbij komt ook recent verschenen literatuur over de verhouding tussen de componenten van het voorwaardelijk opzet kort aan de orde. Maar eerst is een duiding van het arrest van het hof nodig.

2. De verdachte is in eerste aanleg vrijgesproken[2] van de ten laste gelegde poging tot doodslag. In hoger beroep is door de verdediging als bewijsverweer aangevoerd dat de verdachte van korte afstand (op één meter[3]) opzettelijk gericht op het been van het slachtoffer heeft geschoten, en (daarmee) niet de aanmerkelijke kans op de dood van het slachtoffer heeft aanvaard. Het hof is van oordeel dat sprake is geweest van een aanmerkelijke

kans op het raken van vitale lichaamsdelen en daarmee op de dood van het slachtoffer. Het hof betreft daarbij het gegeven dat de verdachte op korte afstand schoot, dat het slachtoffer zich in een kleine ruimte bevond en achter het stuur zat, dat de verdachte geen geoefend schutter was, dat de verdachte niet wist hoe het slachtoffer zou reageren en dat het slachtoffer geraakt is op een plaats dicht bij vitale lichaamsdelen. Ten aanzien van het gevoerde verweer overweegt het hof dat onder deze omstandigheden aan de verklaring van de verdachte dat hij naar beneden heeft gericht en het slachtoffer niet dodelijk heeft willen raken niet de door de verdachte gewenste betekenis kan worden toegekend. Het hof stelt vervolgens aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedragingen vast dat de verdachte de kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, en komt daarmee tot een bewezenverklaring van poging tot doodslag.

3. In zijn conclusie^[4] signaleert advocaat-generaal (A-G) Hartevelt twee problemen met het arrest van het hof. Het oordeel van het hof is zijns inziens niet zonder meer begrijpelijk. De A-G verwijst daarvoor naar een arrest van 30 mei 2017. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat de gedragingen van de verdachte (kort gezegd: het van dichtbij als onge oefend schutter schieten op het slachtoffer) naar uiterlijke verschijningsvorm blijk gaven van bewuste aanvaarding van een aanmerkelijke kans op de dood niet zonder meer begrijpelijk was, nu de verdachte blijkens het door het hof gebezigde bewijs verklaarde ‘ik heb toen eenmaal geschoten, ik schoot laag’ en dat het hof had vastgesteld dat de verdachte ‘gericht laag’ schoot.^[5] De A-G leidt uit dit arrest af dat uit het gericht schieten op een been niet zonder meer de bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans op de dood van diegene kan volgen. Zijn ambtgenoot Knigge verwoordde dit punt in zijn conclusie bij dat arrest als volgt: ‘Het moge in het algemeen zo zijn dat het gericht schieten op een persoon naar haar uiterlijke verschijningsvorm een gedraging is die zo zeer gericht is op een bepaald gevolg dat het — behoudens contra-indicatie — niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op de dood van die persoon aanvaard, het op korte afstand gericht op de benen van de desbetreffende persoon schieten levert naar haar uiterlijke verschijningsvorm niet een zodanige gedraging op. In elk geval vormt het opzet om alleen de benen te raken een contra-indicatie voor voorwaardelijk opzet.’^[6] Dat wordt pas anders in bijzondere situaties, bijvoorbeeld wanneer de kogel gelet op de situatie waarin wordt geschoten het doelwit of een ander ook ergens anders had kunnen treffen.^[7] Volgens A-G Hartevelt heeft het hof zich in deze zaak onvoldoende duidelijk uitgedrukt over waarop de verdachte heeft gericht door in het midden te laten of het hof de door de verdediging aangevoerde feitelijke situatie (de verdachte heeft opzettelijk naar beneden, op het been, gericht) niet aannemelijk heeft geacht, of dat het hof daarin meegaat maar ook dán de bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans op de dood bewezen acht. Dat laatste zou, volgens de A-G, gelet op het aangehaalde arrest niet zonder meer begrijpelijk zijn. Verder zou de

bewezenverklaring van het opzet ontoereikend zijn gemotiveerd, omdat de daarbij door het hof genoemde omstandigheden niet zonder meer inzichtelijk maken dat sprake is geweest van bewuste aanvaarding. Beide punten zouden ieder voor zich voldoende grond voor cassatie vormen.

Ten aanzien van het eerste punt valt het volgende op te merken. In zijn feitenvaststelling noemt het hof niets over het richten op bepaalde lichaamsdelen. Ook uit de gebezigde bewijsmiddelen volgt niets meer of minder dan dat ‘in algemene zin’ op het slachtoffer is gericht. Dat zou betekenen dat het hof geen bijzondere vaststellingen heeft gedaan omtrent ‘het hoe en wat’ (naar beneden, op het been, etc.) van het richten. De overweging dat ‘aan de verklaring van de verdachte niet de door hem gewenste betekenis kan worden toegekend’ doet vermoeden dat het hier om meer gaat dan het enkele niet-aannemelijk achten van die verklaring, al sluit deze formulering (en daarop wijst de A-G terecht) verwerping van het verweer op grond van niet-aannemelijkheid ook weer niet uit. Daar komt nog de mogelijkheid bij dat het hof het naar beneden richten geacht heeft besloten te liggen in zijn bewijsconstructie, dit gelet op de positie van de verdachte (staand naast de auto ter hoogte van de rijdersstoel) en de positie van het slachtoffer (in de auto, zittend achter het stuur). Nu de gebezigde bewijsmiddelen niets inhouden over een verschil in hoogte tussen de verdachte en het slachtoffer of over de hoogte van de auto, lijkt een dergelijke lezing echter minder voor de hand te liggen. Mijns inziens moet de motivering waarmee wordt afgeweken van het bewijsverweer zo worden begrepen dat het hof overweegt dat het eventuele naar beneden richten, al zou dat al zijn gebeurd en al zou het hof die feitelijke vaststelling doen, onder de door het hof vastgestelde omstandigheden het oordeel ten aanzien van de bewuste aanvaarding niet anders zou doen uitvallen. In die lezing heeft het hof niet uit besluitenloosheid nagelaten om vast te stellen waarop precies is gericht, maar volstaat het hof met de overweging dat waarop is gericht – gegeven de feiten en omstandigheden zoals vastgesteld – voor zijn oordeel geen verschil (meer) maakt. Maar, en dat maakt de door het hof gebruikte formulering een ongelukkige: de overweging van het hof kán ook anders worden opgevat, zoals uit de conclusie van de A-G blijkt.

4. Hoe beoordeelt de Hoge Raad de aanpak van het hof? Vooropgesteld moet worden dat zijn arrest beperkt is in omvang en ‘slechts’ door een driekoppige combinatie is geweest. Daarnaast bevat het arrest van het hof, ondanks een wat minder gelukkig geformuleerde overweging, geen direct in het oog springende zaken. Onder die omstandigheden moeten in het arrest van de Hoge Raad geen spijkers op laag water worden gezocht. De Hoge Raad gaat niet uitvoerig in op het richten en de betekenis daarvan. Uit zijn overweging dat het oordeel van het hof ook in het licht van het gevoerde verweer toereikend is gemotiveerd, volgt dat het hof gelet op de gebezigde bewijsmiddelen tot deze bewezenverklaring kón komen[8] en dat

het hof niet verder op het verweer hoefde in te gaan dan het heeft gedaan. Daaruit kan reeds worden opgemaakt dat het bestreden arrest voor wat betreft de beslissing (en motivering daarvan) waarover wordt geklaagd ook geen overwegingen bevat die niet (zonder meer) begrijpelijk zijn. Dat geldt dus ook voor de overweging dat aan de verklaring van de verdacht niet de door hem gewenste betekenis kan worden toegekend. Het gegeven dat het hof niet heeft vastgesteld (en dat niet uit de gebezigde bewijsmiddelen blijkt) dat de verdachte naar beneden en/of op het been heeft gericht zou nog aanleiding kunnen geven te betwijfelen of het enkele oordeel dat de bewezenverklaring toereikend is gemotiveerd al voldoende is om eventuele begrijpelijkheidsperikelen ten aanzien van die overweging uit te sluiten. De Hoge Raad maakt echter ook voor het overige geen opmerkingen over de begrijpelijkheid van (de motivering van) het bewijs van de bewuste aanvaarding of de qua inhoud daaraan zeer verwante reactie van het hof op het bewijsverweer. De Hoge Raad volgt de conclusie van zijn A-G op dit punt dus niet: het hof had de betreffende overweging wellicht helderder op kunnen schrijven, maar heeft naar het oordeel van de Hoge Raad geen overwegingen opgenomen die afbreuk doen aan de toereikendheid of begrijpelijkheid van de motivering van het oordeel waar het middel over klaagt.[9]

Ook het door de A-G opgeworpen bezwaar dat de door het hof genoemde omstandigheden niet zonder meer inzichtelijk maken dat sprake zou zijn van bewuste aanvaarding van het mogelijke gevolg, verleidt de Raad niet tot cassatie. Wel lijkt hij (al is dat mogelijk mede ingegeven door de formulering van het niet nader in de conclusie of het arrest weergegeven cassatiemiddel) reden te zien een overweging te wijden aan dit punt. De Hoge Raad gaat niet expliciet in op de bewuste aanvaarding, maar uit de structuur van zijn arrest volgt wat maakt dat het oordeel van het hof op specifiek dit punt toereikend is gemotiveerd. Zo haalt hij onder 2.3.2 het bekende HIV-kader[10] enkel aan voor wat betreft de overwegingen ten aanzien van (het bewijs van) de wilsc component. De vaste jurisprudentie over (de vaststelling van) de aanmerkelijke kans wordt niet weergegeven. Voor het bewijs van de bewuste aanvaarding kan blijkens het HIV-kader betekenis worden toegekend aan de aard van de verrichte gedraging. Bij zijn oordeel dat de beslissing van het hof toereikend is gemotiveerd, neemt de Hoge Raad nu juist in aanmerking dat het hof omtrent de aard van die gedraging heeft vastgesteld dat 'de verdachte zijn vuurwapen door een geopend raam van een auto heeft gericht op het slachtoffer, dat achter het stuur van die auto zat, en de verdachte toen in de heup van het slachtoffer heeft geschoten'. Voorts overweegt de Hoge Raad dat het hof *verder* (of: daarnaast) heeft vastgesteld dat *daarbij* sprake was van een aanmerkelijke kans op het raken van vitale delen (mede gelet op de kleine ruimte waarin het slachtoffer zich bevond). Daaruit is op te maken dat het de genoemde vaststellingen omtrent de aard van de gedraging zijn die de Hoge Raad in deze situatie toereikend acht voor het bewijs van de bewuste aanvaarding.

5. Daarmee zijn we via een omweg weer teruggekomen bij de vraag naar de betekenis van het richten voor het aanvaardingsvereiste in deze zaak. Uit het voorgaande kan – mede gelet op het door de A-G behandelde arrest van 30 mei 2017 – bezwaarlijk een andere conclusie volgen dan dat het hof kon en mocht overwegen dat het al dan niet naar beneden richten gelet op de overige vastgestelde feiten en omstandigheden geen verschil maakte voor het oordeel omtrent de bewuste aanvaarding. Het al dan niet naar beneden richten had hier naar het oordeel van de Hoge Raad niet tot een andere conclusie ten aanzien van de bewuste aanvaarding hoeven leiden.

6. Hoe verhoudt dit arrest zich tot uitspraken van ons hoogste rechtscollege in vergelijkbare zaken? De Hoge Raad haalt zijn eerder gewezen arresten over dodingsopzet bij ‘schieten onder de gordel’ niet aan. In het eerdergenoemde arrest van 30 mei 2017 achtte de Hoge Raad het oordeel van het hof dat het van dichtbij als ongeïfend schutter schieten op het slachtoffer redengevend was voor de bewuste aanvaarding niet zonder meer begrijpelijk, nu het hof had vastgesteld dat de verdachte ‘gericht laag’ had geschoten en uit de gebezigde bewijsmiddelen bleek dat de verdachte had verklaard ‘laag’ te hebben geschoten. Daarbij moet worden opgemerkt dat uit de bewijsmiddelen volgt dat het slachtoffer – nadat hij had gepoogd te vluchten in doodlopende richting – tijdens het schieten in de richting van de verdachte liep. Een ander voorbeeld betreft een zaak waarin de Hoge Raad het bestreden arrest vernietigde omdat de vaststelling dat de verdachte op de grond in de richting van een wegrennend slachtoffer heeft geschoten dat daarbij in het onderbeen werd geraakt, zonder nadere vaststellingen omtrent de precieze toedracht niet volstond voor de bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet op de dood.[11]

In een tevens door de A-G aangehaald arrest van 16 oktober 2018 liet de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand. In de betreffende zaak schoot de verdachte in de richting van de broer van het latere slachtoffer, waarop beide mannen wegrennen. Terwijl hij wegrennde, werd het slachtoffer van ongeveer vier meter afstand door de verdachte in het onderbeen geraakt. Het hof overwoog onder meer dat de verdachte schoot in een ‘dynamische situatie waarbij de potentiële slachtoffers in beweging waren’, en dat de verdachte meerdere malen van betrekkelijk korte afstand gericht schoot. Uit de gebezigde bewijsmiddelen bleek niet van specifiek richten op de benen of van ‘laag’ richten.[12] Ook het oordeel dat sprake was van bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans dat het slachtoffer zou overlijden als gevolg van een schot dat hem in het bovenbeen trof in een zaak waarin enkel in neerwaartse richting werd geschoten doordat het slachtoffer – in een worsteling om controle te krijgen over het vuurwapen van de verdachte – het wapen naar beneden wist te drukken, bleef in cassatie overeind.[13] In zijn conclusie bij dit arrest overwoog A-G Machielse: ‘Verdedigbaar is dat het met een vuurwapen van dichtbij in het been van een slachtoffer schieten een naar algemene

ervaringsregelen aanmerkelijke kans oplevert dat het slachtoffer ten gevolge van bijvoorbeeld een slagaderlijke bloeding komt te overlijden. Ook is te denken aan een verwoestende uitwerking van een ricochet in een ander lichaamsdeel.’[14]

Hoewel de hiervoor besproken uitspraken geen *hard and fast rules* bevatten voor dergelijke gevallen, lijkt het door A-G Hartevelt in zijn conclusie gebruikte uitgangspunt[15] – door mij iets anders verwoord – ‘gericht op de benen schieten is in beginsel niet voldoende voor vaststelling van bewuste aanvaarding van de kans op de dood, tenzij dat op zo’n manier en/of onder dusdanige omstandigheden wordt gedaan dat de kogel het slachtoffer net zo goed potentieel dodelijk had kunnen treffen’ daarvoor bruikbaar. Arendse noemt voor de vraag of het gericht schieten op bepaalde lichaamsdelen naar de uiterlijke verschijningsvorm duidt op aanvaarding van de kans op het gevolg (naast de vraag of wordt gericht op een vitaal lichaamsdeel) de volgende factoren: de plaats van inslag van de kogel, de afstand tussen schutter en slachtoffer (waarbij een grotere afstand volgens haar minder snel leidt tot de conclusie dat gericht op een niet-vitaal lichaamsdeel is geschoten) en het aantal maal dat is geschoten. Aan het zijn van een al dan niet geoefend schutter tilt de Hoge Raad volgens haar minder zwaar.[16]

Voor een voorbeeld van de motivering van het oordeel dat een door de verdachte afgevuurde kogel het slachtoffer evenwel dodelijk had kunnen treffen kan gewezen worden op de volgende zaak van het hof Amsterdam. Bij de ontvoering van een zich in een auto bevindend slachtoffer (met het doel hem over te brengen naar een andere locatie en hem aldaar te bewegen tot het afgeven van geld; het slachtoffer moest dus in principe levend mee) werd van zeer korte afstand door de portierruit aan de zijde van het slachtoffer geschoten in een poging om de ruit te breken (overigens zonder dat daarbij specifiek op het slachtoffer of zijn benen zou zijn gericht). Het hof overwoog dat ‘de schutter de aanmerkelijke kans in het leven [heeft] geroepen dat [slachtoffer] door dat schot zou komen te overlijden, doordat de van zeer korte afstand afgevuurde kogel [slachtoffer], mede gelet op de schotbaan, bij de minste beweging of bij een (geringe) verandering van baan of bij afketsen had kunnen raken op plekken waar zich vitale delen van het lichaam bevinden. Uit het gedrag van de schutter volgt dat deze die aanmerkelijke kans ook bewust heeft aanvaard.’[17]

Toegepast op het onderhavige arrest is het oordeel dát de verdachte de betreffende kans bewust heeft aanvaard, en dat het al dan niet naar beneden richten daarin geen verschil maakt, niet vreemd: gelet op het gegeven dat van ongeveer één meter afstand gericht is geschoten op een (vanuit het perspectief van de schutter) min of meer in de bestuurdersstoel ‘dubbelgevouwen’ slachtoffer (hetgeen de vitale organen en het onderstel dicht bij elkaar brengt), met alle risico’s van een eventueel ricochetschot van dien, had de kogel het slachtoffer ook zeer wel dodelijk kunnen raken. Daar komt nog bij dat, mocht al naar beneden zijn

geschoten, de kogel daarnaast zowel de bovenkant als de zijkant van het bovenbeen kon raken. Ook het risico op een potentieel fatale slagaderlijke bloeding bij een wond aan het bovenbeen wordt daarmee aanvaard. Kortom: de gedraging kan (in een dergelijke motivering) bezwaarlijk anders worden gelezen dan in ieder geval blijkt gevend van het op de koop toe nemen van de in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke *mogelijkheid*[18] van een dodelijke afloop. En dat volstaat: bewijs van het meerdere, bijvoorbeeld het aanvaarden van de dood zelf, is niet vereist.[19] Het op het been richten levert in een dergelijke redenering ook geen contra-indicatie voor aanvaarding van die mogelijkheid meer op. Ook kon het beroep op een contra-indicatie overigens mogelijk het hoofd worden geboden door in de bewijsconstructie nadere vaststellingen te doen over hoogteverschil tussen de verdachte en het slachtoffer, en of het naar beneden richten een noodzakelijke voorwaarde is geweest om überhaupt op het slachtoffer te kunnen richten.

7. Gelet op het voorgaande kan het arrest als volgt worden geduid. De Hoge Raad lijkt, aan de ene kant, (opnieuw: wellicht mede ingegeven door het cassatiemiddel) redenen te zien om de omstandigheden die het bewijs van de bewuste aanvaarding dekken nader uit het arrest van het hof te lichten. Deze omstandigheden worden in het arrest van het hof niet expliciet in de sleutel van de bewuste aanvaarding geplaatst. De Hoge Raad lijkt de voor een sluitende bewijsredenering van de wilscomponent in het arrest van het hof verwerkte bouwstenen wat nader aan het licht te willen brengen. Bezien vanuit dat perspectief kan dit arrest worden gezien als een voorbeeld van de bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad waarin hij – in de woorden van Mevis – ‘met name [vasthoudt] aan (het bewijs van) het “willen” (aanvaarden) als uiteindelijk cruciaal, sluitend onderdeel van het voorwaardelijk opzet en afgrenzing op dit punt van de bewuste schuld’.[20]

Tegelijk kan, aan de andere kant, met dit arrest de vraag worden opgeworpen in welke mate de feitenrechter inzichtelijk dient te maken waarom de door hem vastgestelde omstandigheden dragend zijn voor de bewuste aanvaarding van het mogelijke gevolg (met andere woorden: waarom deze omstandigheden maken dat sprake is van een gedraging die moet worden beschouwd als zozeer te zijn gericht op het hypothetische gevolg dat deze niet anders kan worden begrepen dan als uiting van de bewuste aanvaarding daarvan). Hierboven werd reeds aangegeven dat het komen tot een bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet in deze zaak niet zo vreemd is. In het arrest van het hof blijft het echter een kwestie van invulling *waarom* de vastgestelde omstandigheden zijns inziens redengevend zijn voor het bewijs van de bewuste aanvaarding en (daardoor) *waarom* het naar beneden en/of op het been richten onder die omstandigheden niet in de weg kan staan aan de bewuste aanvaarding.[21] De redenering kan – zoals hierboven geschetst – zijn geweest dat de kogel ook bij het naar beneden en/of op het been richten bij de minste of geringste afwijking (of bij afketsen) vitale

organen had kunnen raken, maar die redenering treft men in het arrest niet aan. Wellicht is dat, nu een dergelijke redenering wel in het arrest kán worden gelezen en het op een ander schieten met een vuurwapen[22] reeds naar de aard geëigend is om zijn dood te bewerkstelligen, muggenzifterij. Ook het gegeven dat bij een grote(re) kans de aanvaarding daarvan eenvoudiger kan worden afgeleid uit het feit dat de verdachte op de hoogte was van die kans (en toch heeft gehandeld),[23] kan in casu hebben bijgedragen aan de kortere motivering. Tegelijkertijd: de motivering moet inzage geven in welke concrete redenering de feitenrechter voor ogen heeft gestaan. Kelk en De Jong wijzen er in dat kader terecht op dat de feitenrechter zich (ook volgens de Hoge Raad) in zijn bewijsmotivering van het opzet rekenschap dient te geven van ‘de wegen waarlangs hij tot het bewijs van de verschillende componenten van het voorwaardelijk opzet geraakt’. Immers, met het gebruik van het voorwaardelijk opzet wordt het uitgangspunt van opzet als willens en wetens handelen al sterk afgezwakt.[24] Wanneer namens de verdachte uitvoerig wordt bepleit dat ondanks het gebruik van een in potentie dodelijk middel en ondanks de aanmerkelijke kans op de dood gehandeld is op een manier die niet getuigt van het aanvaarden van die kans (of zich in ieder geval niet leent voor de vaststelling daarvan), zal uit de bewijsmotivering moeten blijken langs welke lijn de feitenrechter die bewuste aanvaarding toch vaststelt en waarom in dit geval het schieten op het been bijvoorbeeld geen geschikte ‘voorzorgsmaatregel’ oplevert. Die uitleg is in deze zaak zeker te geven, maar spreekt nu niet duidelijk uit het arrest. Het arrest van de Hoge Raad vraagt in dat kader echter niet om ‘meer’ van de feitenrechter, en voegt aan de overwegingen van het hof ook slechts zeer beperkt iets toe.

8. Het belang van een gedegen motivering wordt kracht bijgezet door recente literatuur over de verhouding tussen de aanmerkelijke kans en de bewuste aanvaarding als componenten van het voorwaardelijk opzet. Zo heeft Van Kempen recent bepleit om voor het voorwaardelijk opzet een niet meer dan licht, objectief uitgelegd, kansvereiste te hanteren. Keerzijde daarvan zou in zijn visie moeten zijn dat aan de subjectieve kant van het voorwaardelijk opzet nader invulling wordt gegeven door meer bijzondere aandacht uit te laten gaan naar (het weten en) het willen.[25] ‘Zeker in gevallen waarin de feiten er ook ruimte voor laten dat de verdachte juist van de goede afloop is uitgegaan, zal mijns inziens overtuigend moeten worden onderbouwd op welke gronden desondanks [moet] worden aangenomen dat de mogelijkheid van het gevolg bewust is aanvaard.’[26] Arendse bepleit (op andere gronden, mede gelegen in haar waardering van de uiterlijke verschijningsvorm binnen het aanvaardingsvereiste) zelfs de afschaffing van de aanmerkelijke kans als zelfstandige voorwaarde voor voorwaardelijk opzet.[27] De stap naar een lichter risicovereiste, althans, naar meer ruimte om met de vaststelling van een lichtere kans (mits vergezeld van een goede motivering) te volstaan, lijkt door de redactie van het *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* al voorzichtig te worden gesignaleerd in de in recente jurisprudentie van de Hoge Raad gebruikte terminologie ten

aanzien van het kansvereiste. Ook zij verwacht als consequentie daarvan meer nadruk op de kennis- en wilscomponent.[28] De Jong constateert dat de wilscomponent binnen het voorwaardelijk opzet ‘weinig om het lijf heeft’: ‘het “willen” komt bij voorwaardelijk opzet neer op *niets meer dan* het “niet willen vermijden” van het gevolg [cursivering MdR].’[29] Zijn latere pleidooi voor een herwaardering van de binnenkant van het schuldbegrip is daar moeilijk los van te zien.[30] Zijns inziens biedt het (kwantitatieve) kansvereiste compensatie voor de binnen het voorwaardelijk opzet ‘sterk verwaterde’ wil. Voor dat kansvereiste noemt hij als maatstaf of de gedraging naar algemene ervaringsregel kan worden aangemerkt als ‘deugdelijke methode’ voor verwezenlijking van het gevolg.[31]

9. (De strekkingen van) dergelijke bijdragen bevestigen het belang van een geïndividualiseerde en transparante motivering van het bewijs van de bewuste aanvaarding.[32] Dat belang is niet minder wanneer de gedraging van de verdachte op zich een deugdelijke methode vormt om het betreffende gevolg te verwerklijken, maar door of namens hem wordt aangevoerd dat zijn gedraging desalniettemin om andere redenen geen blijk geeft van de aanvaarding van de kans op dat gevolg. In hoeverre de feitenrechter tot een dergelijke manier van motiveren wordt geprikkeld, is mede afhankelijk van de houding van de Hoge Raad op dit punt. In de onderhavige zaak neemt de Hoge Raad geen aanstoot aan de motivering van het hof: dat de reden waarom de door het hof vastgestelde omstandigheden volgens het hof het bewijs van de bewuste aanvaarding kunnen dragen (en waarom het al dan niet naar beneden richten daaraan zijns inziens niet in de weg staat) valt in te lezen, is kennelijk voldoende. De Hoge Raad verwacht in casu niet van het hof dat het op deze punten nader inzicht in zijn redenering verschaft. Ook voegt hij slechts beperkt overwegingen toe voor wat betreft waaruit hem de redengevendheid van de door het hof vastgestelde omstandigheden voor het bewijs van de bewuste aanvaarding blijkt. Juist met dat laatste had hij wellicht meer spanning weg kunnen nemen. Over de redengevendheid van die omstandigheden zoals deze door het hof worden weergegeven valt immers in redelijkheid (ook gelet op de conclusie van de A-G) nog best te discussiëren. Het arrest van het hof en daarmee ook het arrest van de Hoge Raad laten zo een wat onbevredigende nasmaak achter. Deels is dat gelegen in het gegeven dat beide arresten toch het nodige aan invulwerk aan de lezer overlaten. Pregnanter is dat het hof in zijn motivering niet zijn hele gedachtegang laat zien en niet expliciet maakt wat het met zijn overweging ten aanzien van het bewijsverweer bedoelt, en dat het dit volgens de Hoge Raad ook niet hoeft te doen. Overigens zij opgemerkt dat het goed (en gelet op de in cassatie aan te leggen toets ook logisch) is dat de Hoge Raad in het algemeen niet overgevoelig is voor minder gelukkige formuleringen die in de kern neerkomen op niet meer dan esthetische onvolkomenheden. Dat voorkomt een *chilling effect*, waarbij de feitenrechter uit voorzorg afziet van een overweging ten overvloede die desalniettemin aan het bredere begrip van zijn uitspraak ten goede kan komen. In deze zaak

had de motivering van het hof ten aanzien van de wilsc component mijns inziens echter wel een onsje meer gemogen. Idealiter is de motivering van het bewijs van de bewuste aanvaarding transparant, geïndividualiseerd en laat deze niets aan de verbeelding over. Dat biedt (ook juist in andere gevallen dan schietincidenten) een waarborg tegen het veel gevreesde scenario dat (de motivering van) het bewijs van de bewuste aanvaarding te snel direct terug te voeren is op (de motivering van) het bewijs van de aanmerkelijke kans doordat de voor de vaststelling van die kans redengevende omstandigheden voor de vaststelling van de wilsc component in een voor die component passend sjabloon worden overgenomen. Dat ideaal zal niet altijd te verwezenlijken zijn (mede omdat een zekere vaagheid en/of openheid door de handvatten uit het door de Hoge Raad voorgeschreven kader soms onvermijdelijk is),^[33] maar daarvoor is het een ideaalbeeld. In het licht van het voorgaande moet de ruimte voor ambivalente overwegingen die ten koste kunnen gaan van de navolgbaarheid en inzichtelijkheid van de bewijsredenering beperkt zijn. Het ‘met open vizier’ motiveren strekt tot aanbeveling: dat komt de transparantie van de motivering en daarmee het oordeel ten goede, en stelt de Hoge Raad daarnaast in staat dat oordeel zoveel als in cassatie mogelijk ten gronde te toetsen. Dat laatste draagt, of dat nu leidt tot vernietiging of het in stand laten van het bestreden arrest, bij aan de ontwikkeling en verduidelijking van wezenlijke materieelrechtelijke leerstukken als het voorwaardelijk opzet.

Mr. M.C. de Rade

Mr. M.C. (Mark) de Rade is als senior gerechtsjurist strafrecht verbonden aan het gerechtshof Amsterdam. De auteur bedankt mr. dr. R. (Reindert) Kuiper, raadsheer bij hetzelfde gerechtshof, voor zijn opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

[1] Andere onderdelen van deze arresten blijven in deze noot buiten beschouwing.

[2] De rechtbank veroordeelde ter zake van poging tot zware mishandeling. Het vonnis is niet gepubliceerd.

[3] Blijkens de pleitnota, zakelijk weergegeven in r.o. 2.2.5 van het arrest van de Hoge Raad.

[4] Concl. A-G A.E. Harteveld 30 mei 2023, ECLI:NL:PHR:2023:511.

[5] HR 30 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:973, NJ 2017/250.

[6] Concl. A-G G. Knigge 4 april 2017, ECLI:NL:PHR:2017:379, par. 4.6. Ook Arendse (S.S.

Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 184) komt tot deze conclusie.

[7] De A-G verwijst daarvoor naar HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1943, *NJ* 2019/239, m.nt. T. Kooijmans, r.o. 3.5 en HR 22 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3888, *NJ* 2006/123, r.o. 3.4.

[8] A.J.A. van Dorst & M.J. Borgers, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 334.

[9] Zie ook Van Dorst & Borgers, p. 253 (voetnoot 151) en 341.

[10] HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552, m.nt. Y. Buruma (*HIV I*), r.o. 3.6.

[11] HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4455, *NJ* 2004/660, m.nt. D.H. de Jong.

[12] HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1943, *NJ* 2019/239, m.nt. T. Kooijmans. A-G A.J. Machielse komt in zijn conclusie (par. 3.12) evenwel tot een ander oordeel, nu de verdachte zijns inziens wel naar beneden moet hebben geschoten om het slachtoffer van deze afstand in het onderbeen te raken.

[13] HR 22 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3888, *NJ* 2006/123.

[14] Concl. A-G A.J. Machielse 4 oktober 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AU3888, par. 4.3, onder verwijzing naar HR 10 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7306, *NJ* 2001/4, m.nt. Y. Buruma (*Schieten in de kroeg*).

[15] Par. 2.8 van zijn conclusie.

[16] Arendse 2020, p. 183-187.

[17] Hof Amsterdam 7 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1847, door de Hoge Raad afgedaan met art. 81 lid 1 RO (HR 2 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:325).

[18] Zie voor deze formulering van het kansvereiste: HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718, *NJ* 2019/103, m.nt. H.D. Wolswijk; HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1093 (*Haagse borstendokter*); HR 12 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:982.

[19] J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 229.

[20] P.A.M. Mevis, annotatie bij HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862, *NJ* 2017/67, onder 5.

Zie ook P.A.M. Mevis, annotatie bij HR 1 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3430, *NJ* 2016/41.

[21] Zie ook hier weer de door de A-G in par. 2.10 van zijn conclusie opgeworpen vraag.

[22] Zie N. Keijzer, annotatie bij 29 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI4736, *NJ* 2010/117, onder 5.

[23] F. de Jong, *Daad-schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictsbestanddeel opzet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 343 (voetnoot 93).

[24] C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 269.

[25] P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Adieu "aanmerkelijke" kans!', *DD* 2023/32, p. 437-448.

[26] Van Kempen 2023, p. 448.

[27] Arendse 2020, p. 459-461.

[28] 'Waar een kleine kans groot in kan zijn', *NTS* 2023/36, p. 115-119. Vgl. R. ter Haar & S.E. van den Brink, 'Kansgrootte en ervaringsregels bij voorwaardelijk opzet', *NTS* 2023/6, p. 22-34.

[29] F. de Jong, 'Opzet en causaliteit, of: het "algemeen-menselijke" karakter van het strafrechtelijke opzetbegrip', *DD* 2019/11, p. 151-169, p. 169.

[30] F. de Jong, 'Schuld en de Ander: pleidooi voor een herwaardering van de binnenzijde van het strafrechtelijke schuld begrip', *DD* 2020/24, p. 337-356.

[31] F. de Jong 2019, p. 162-163, 169.

[32] Zie ook De Hullu 2021, p. 239: 'In dit spanningsveld wordt – zeker na een duidelijke en gemotiveerde ontkenning – van groot belang een goede, geïndividualiseerde bewijsmotivering van voorwaardelijk opzet waarin centraal staat het door de verdachte in kwestie daadwerkelijk aanvaarden van een echte kans.'

[33] Zie ook De Hullu 2021, p. 231-232.