

ECLI:NL:PHR:2015:928

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	14-04-2015
Datum publicatie	17-06-2015
Zaaknummer	14/00103
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2015:1660, Gevolgd
Rechtsgebieden	Strafrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	OM-cassatie. Verhouding opzet en schuld. 's Hofs oordeel komt er - kort gezegd - op neer dat het Hof van oordeel is dat verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan - het niet tenlastegelegde - "opzetwitwassen", terwijl het dossier onvoldoende bewijs bevat om tot een bewezenverklaring te komen voor het tenlastegelegde "schuldwitwassen". Indien het Hof tot uitdrukking heeft willen brengen dat niet kon worden bewezen dat verdachte "redelijkerwijs moest vermoeden" dat het geld uit misdrijf afkomstig was omdat sprake was van "opzettelijk" handelen van verdachte en van "opzetwitwassen", getuigt zijn oordeel van een onjuiste rechtsopvatting, omdat de daaraan ten grondslag liggende redenering onjuist is. Dat verdachte opzettelijk heeft gehandeld sluit op zichzelf niet uit dat, indien zulks is tenlastegelegd, bewezen kan worden verklaard dat verdachte "redelijkerwijs moest vermoeden" dat het geld uit misdrijf afkomstig was en dat het handelen van verdachte daarom kan worden aangemerkt als "schuldwitwassen" a.b.i. art. 420quarter Sr. Indien het Hof niet van bovenstaande onjuiste opvatting is uitgegaan, is het oordeel dat niet kon worden bewezen dat "redelijkerwijs moest vermoeden" dat het geld uit misdrijf afkomstig was, niet zonder meer begrijpelijk, in aanmerking genomen hetgeen het Hof heeft vastgesteld omtrent het aangetroffen geld en omtrent het ontbreken van een concrete, min of meer verifieerbare en niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijke verklaring voor de herkomst van het geld.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

Nr. 14/00103 Zitting: 14 april 2015	Mr. Bleichrodt Conclusie inzake: <u>[verdachte]</u>
----------------------------------------	-----------------------------------------------------------

1. Het Gerechtshof Amsterdam heeft bij arrest van 30 juli 2013 de verdachte vrijgesproken van "schuldwitwassen". Voorts heeft het hof de bewaring ten behoeve van de rechthebbende gelast van een in beslag genomen geldbedrag, zoals in het arrest omschreven.
2. De advocaat-generaal bij het hof heeft beroep in cassatie ingesteld. Mr. M. van der Horst, advocaat-generaal bij het ressortsparket, heeft bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld.
3. Het middel behelst de klacht dat het hof de verdachte heeft vrijgesproken op gronden die deze beslissing niet zonder meer kunnen dragen. Volgens de steller van het middel heeft het hof miskend dat opzet in ieder geval schuld insluit.

4. Het gaat in deze zaak - kort gezegd - om het volgende. Op 14 oktober 2011 bevond de verdachte zich in Amsterdam op straat. Surveillerende politieagenten meenden dat het signalement van de verdachte overeenkwam met het signalement van een man die op de "ochtendbriefing" op een politiebureau aan de verbalisanten was gepresenteerd en die werd verdacht van bedreiging van personeel van een ter plaatse gevestigd hotel. Toen de politieagenten de politiebus waarin zij zich bevonden keerden, is de verdachte weggerend. Na een korte achtervolging, hebben de verbalisanten de verdachte staande gehouden en hebben zij inzage van een op zijn naam gesteld legitimatiebewijs gevorderd. De verdachte voldeed niet aan deze vordering en ging met de verbalisanten mee naar het politiebureau. Op het politiebureau zagen de verbalisanten dat de verdachte zijn boodschappentas op de grond had gezet en dat deze enigszins open viel. Zij zagen in de boodschappentas van de verdachte een aantal stapels met euro bankbiljetten. De verdachte verklaarde dat zich in de tas een geldbedrag van € 39.520,- bevond. Vervolgens is de verdachte aangehouden op verdenking van witwassen. Tijdens de insluitingsfouillering is op de zool van de sandaal van de verdachte een briefje gevonden met daarop een berekening, die uitmondt in een bedrag dat overeenkomt met het bij de verdachte aangetroffen geldbedrag.¹

5. De tenlastelegging is in deze zaak toegesneden op schuldwitwassen, zoals bedoeld in art. 420quater, eerste lid, aanhef en onder b, Sr. Aan de verdachte is ten laste gelegd dat:

"hij op of omstreeks 14 oktober 2011, te Amsterdam, althans in Nederland, een voorwerp, te weten bankbiljetten (met een waarde van ongeveer 39.520 euro), heeft verworven, voorhanden heeft gehad, overgedragen en/of omgezet, althans van dat voorwerp gebruik heeft gemaakt, terwijl hij redelijkerwijs moest vermoeden dat bovenomschreven voorwerp - onmiddellijk of middellijk - afkomstig was uit enig misdrijf."

6. De politierechter heeft de verdachte bij vonnis van 20 januari 2012 veroordeeld wegens schuldwitwassen. Tegen dit vonnis heeft de verdachte hoger beroep aangetekend. De verdachte is noch op de terechtzitting in eerste aanleg noch op de terechtzitting in hoger beroep verschenen. Zoals blijkt uit de op de terechtzitting in hoger beroep overgelegde pleitnotities, heeft de raadsman van de verdachte bepleit dat de verdachte dient te worden vrijgesproken van schuldwitwassen. Volgens hem kan niet wettig en overtuigend worden bewezen dat de verdachte het geldbedrag voorhanden heeft gehad terwijl hij redelijkerwijs moest vermoeden dat het geldbedrag (on)middellijk afkomstig was uit enig misdrijf. De raadsman heeft daartoe het volgende aangevoerd. Het geld zou afkomstig zijn van zaken, te weten het verkopen van kleding. Uit het feit dat de werkzaamheden van de verdachte hebben geleid tot de oprichting van een eigen bedrijf ("[A]") blijkt dat dit geen onaannemelijke verklaring is voor de herkomst van het geld. Er is volgens de raadsman dan ook geen sprake van het ontbreken van een concrete, verifieerbare en niet op voorhand als volslagen onaannemelijk aan te merken verklaring omtrent de herkomst van het geld.

7. De advocaat-generaal bij het hof heeft gevorderd dat het hof het vonnis van de politierechter integraal zal bevestigen, aangezien hij wettig en overtuigend bewezen acht dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het ten laste gelegde.

8. Het hof heeft de verdachte vrijgesproken van het ten laste gelegde en daartoe, mede in reactie op het verweer van de raadsman, het volgende overwogen:

"Het aantreffen van een geldbedrag van € 39.520,00 euro in een plastic boodschappentas en het aantreffen van de vermelding van precies dit geldbedrag op een geel papiertje dat door verbalisant [verbalisant] tijdens de insluitingsfouillering van de verdachte op de zool van de sandaal van de verdachte is aangetroffen (proces-verbaal van bevindingen van 14 oktober 2011, doorgenummerde pagina respectievelijk 6 en 16) leveren op zichzelf een gerechtvaardigd vermoeden van (opzet)witwassen op.

Gelet daarop mocht van de verdachte verlangd worden dat hij een aannemelijke verklaring gaf voor de herkomst van het geld. Weliswaar kan de verdachte niet worden aangerekend dat hij een dergelijke verklaring niet op het politiebureau heeft afgelegd, omdat hij daar geen adequate bijstand van een advocaat heeft gekregen, maar de verdachte was daartoe wel in de gelegenheid tijdens de behandeling in eerste aanleg én in hoger beroep. Ook daar is echter door of namens de verdachte geen concrete, min of meer verifieerbare en niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijke verklaring voor de herkomst van het geld gegeven. Voor zover de raadsman heeft willen betogen dat het geld afkomstig zou kunnen zijn van zaken en in het bijzonder van de verkoop van kleding, ontbreekt het begin van onderbouwing daarvan. Weliswaar is door de verdediging een uittreksel uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel overgelegd, waaruit is gebleken dat de verdachte sinds 28 juni 2012 bedrijfsactiviteiten heeft in Nederland, maar de daarin vermelde datum van eerste inschrijving van de éénmanszaak van de verdachte dateert van ná de ten laste gelegde datum.

Het voorgaande leidt het hof tot de conclusie dat met voldoende mate van zekerheid kan worden uitgesloten dat het hier aan de orde zijnde geld een legale herkomst heeft, zodat het niet anders kan dan dat het geld (on)middellijk van misdrijf afkomstig is, zodat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan opzetwitwassen.

Opzetwitwassen is echter niet ten laste gelegd.

Met betrekking tot de vraag of het dossier voldoende bewijs bevat om op grond daarvan vast te kunnen stellen dat verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het wel ten laste gelegde 'schuldwitwassen', oordeelt het hof als volgt.

Voor de bewezenverklaring van schuldwitwassen dient bij de pleger sprake te zijn geweest van 'grove of aanmerkelijke onvoorzichtigheid' ten aanzien van de omstandigheden waaronder de gedragingen zijn gepleegd. Het hof is van oordeel dat uit het enkele aantreffen van een groot geldbedrag in een plastic boodschappentas en van een papiertje op de zool van de sandaal van de verdachte met daarop een aantekening van dat geldbedrag, niet valt af te leiden dat bij de verdachte sprake is geweest van 'grove of aanmerkelijke onvoorzichtigheid' ten opzichte van de herkomst van dat geld, terwijl voorts de verklaringen van de verdachte om de hiervoor weergegeven redenen van het bewijs worden uitgesloten, zodat ook daaruit geen bewijs voor 'schuldwitwassen' kan worden geput.

Het hof komt daarmee tot de conclusie dat niet wettig en overtuigend bewezen kan worden hetgeen de verdachte is ten laste gelegd, zodat de verdachte hiervan moet worden vrijgesproken."

9. Voor de beoordeling van het middel zijn de volgende wettelijke bepalingen van belang:

- art. 420bis, eerste lid, Sr:

“Als schuldig aan witwassen wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie:

(...)

b. hij die een voorwerp verwerft, voorhanden heeft, overdraagt of omzet of van een voorwerp gebruik maakt, terwijl hij weet dat het voorwerp - onmiddellijk of middellijk - afkomstig is uit enig misdrijf.”

- art. 420quater, eerste lid, Sr:

“Als schuldig aan schuldwitwassen wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie:

(...)

b. hij die een voorwerp verwerft, voorhanden heeft, overdraagt of omzet of van een voorwerp gebruik maakt, terwijl hij redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp - onmiddellijk of middellijk - afkomstig is uit enig misdrijf.”

10. Ingevolge art. 420quater, eerste lid, aanhef en onder b, Sr maakt de verdachte zich schuldig aan het schuldwitwassen van een geldbedrag indien hij het geldbedrag voorhanden heeft, terwijl hij redelijkerwijs moet vermoeden dat het geld afkomstig is uit enig misdrijf. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet het gaan om grove of aanmerkelijke onvoorzichtigheid ten aanzien van de herkomst van het geldbedrag.² Daarvan is sprake indien de verdachte bij enig nadenken over de hem bekende gegevens betreffende het geldbedrag, had kunnen vermoeden dat het geld van misdrijf afkomstig was en hij zonder nader onderzoek naar de herkomst van het geld niet had mogen handelen zoals is bewezen verklaard.³ Wat van de verdachte omtrent de in acht te nemen voorzichtigheid verwacht mag worden, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

11. Het middel stelt een klassieke vraag aan de orde naar de verhouding tussen de begrippen opzet en schuld. Het betreft de vraag of schuld iets geheel anders is dan opzet dan wel dat opzet schuld insluit.⁴ De vraag krijgt praktische betekenis in een geval als het onderhavige, waarin de tenlastelegging is toegesneden op de culpoze variant van een strafbaarstelling, terwijl de rechter van mening is dat opzettelijk is gehandeld. In de ‘aliud-theorie’, waarin opzet als iets wezenlijk anders wordt gezien dan schuld, zou de rechter in deze situatie niet tot een veroordeling kunnen komen. In de ‘minus-theorie’, waarin als uitgangspunt wordt genomen dat opzet schuld insluit, behoort een veroordeling wegens het culpoze feit wel tot de mogelijkheden. Het middel berust op de opvatting dat het hof heeft miskend dat opzet schuld insluit. Met het middel wordt aldus beoogd de zogenoemde ‘minus-theorie’ ingang te doen vinden.

12. Voordat aan de in het middel aan de orde gestelde kwestie kan worden toegekomen, rijst de vraag welke betekenis de overwegingen van het hof over opzetwitwassen hebben in de motivering van de vrijspraak van het ten laste gelegde schuldwitwassen. Gaat het hier niet om een overweging ten overvloede, waartegen in cassatie niet met vrucht kan worden opgekomen?⁵ Voor bevestigende beantwoording pleit dat het hof na de overwegingen over opzetwitwassen zich alsnog de vraag heeft gesteld of het dossier voldoende bewijs bevat voor schuldwitwassen. Het heeft daartoe overwogen dat uit het enkele aantreffen van een groot geldbedrag in een plastic boodschappentas en van een papiertje op de zool van de verdachte met daarop een aantekening van dat geldbedrag niet valt af te leiden dat sprake is geweest van ‘grove of aanmerkelijke onvoorzichtigheid’ ten opzichte van de herkomst van dat geld.

13. Naar mijn mening kan deze overweging de conclusie dat het feit niet wettig en overtuigend is bewezen echter niet zelfstandig dragen. De overweging dat uit de door het hof vastgestelde feiten en omstandigheden niet kan worden afgeleid dat de verdachte redelijkerwijs moest vermoeden dat het geld afkomstig was uit enig misdrijf, zoals ten laste gelegd, is zonder nadere motivering niet begrijpelijk. Uit de bestreden uitspraak kan immers worden afgeleid dat bij de verdachte een groot geldbedrag (€ 39.520,-) is aangetroffen, dat hij op een ongebruikelijke wijze, te weten in een plastic boodschappentas, heeft vervoerd. Op de zool van de sandaal van de verdachte is een papiertje aangetroffen waarop hetzelfde geldbedrag staat vermeld. Voorts heeft de verdachte geen aannemelijke verklaring gegeven ten aanzien van de herkomst van het geldbedrag en is het hof ervan uitgegaan dat het geldbedrag geen legale herkomst heeft gehad. Het hof heeft de door de raadsman van de verdachte aangedragen verklaring, inhoudende dat het geld afkomstig zou zijn uit de verkoop van kleding, op niet onbegrijpelijke wijze terzijde geschoven. Gelet op die vaststellingen, is het oordeel dat niet wettig en overtuigend is bewezen dat de verdachte redelijkerwijze moest vermoeden dat het geld van misdrijf afkomstig was niet zonder meer begrijpelijk.

14. Kennelijk heeft het hof de overweging waarin het tot uitdrukking brengt dat sprake is geweest van opzetwitwassen als onderdeel van de (nadere) motivering gebezigd. Daarin komt tot uitdrukking dat het hof ervan uitgaat dat opzet schuld niet insluit. In het andere geval had de overweging dat sprake is geweest van opzetwitwassen immers geleid tot de slotsom dat het ten laste gelegde schuldwitwassen daarmee wettig en overtuigend bewezen kan worden geacht. Aan de andere kant kan uit het arrest evenmin de conclusie worden getrokken dat het hof uitgaat van de hiervoor besproken 'aliud'- theorie. Als het hof tot uitgangspunt had genomen dat opzet en schuld elkaar uitsluiten, had het hof na de constatering dat sprake is geweest van opzetwitwassen niet afzonderlijk behoeven te beoordelen of sprake was van voldoende bewijs voor het ten laste gelegde schuldwitwassen.

15. Als - met de steller van het middel - ervan zou worden uitgegaan dat opzet schuld insluit, getuigen de overwegingen van het hof van een onjuiste rechtsopvatting, althans lijdt het arrest aan innerlijke tegenstrijdigheid, doordat het hof enerzijds heeft overwogen dat de verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan opzetwitwassen en anderzijds de verdachte heeft vrijgesproken van het te laste gelegde schuldwitwassen.

16. Gelet op het bovenstaande, is de beantwoording van de in het middel aan de orde gestelde vraag van belang voor de uitkomst van de voorliggende zaak. Daarbij zal ik mij concentreren op de verhouding tussen (opzet)witwassen en schuldwitwassen.

17. In de literatuur wordt ten aanzien van de verhouding tussen schuld en opzet onder meer het volgende opgemerkt.

18. Rammelink is van mening dat opzet en schuld zuivere tegenstellingen zijn.⁶ Tussen opzet en schuld bestaat volgens hem het kardinale verschil dat de wilsrichting in het ene geval (bij opzet) positief is gericht op het gevolg en in het andere geval (bij schuld) juist niet. Zodra de rechter vaststelt dat iemand culpoos heeft gehandeld, komt opzet niet meer aan de orde. Het omgekeerde zal in die visie eveneens het geval zijn. Ook Machielse komt, in het commentaar dat voortbouwt op het werk van Rammelink, tot de conclusie dat vanwege de wilsrichting (de psychische instelling) schuld een "aliud" en niet een "minus" ten opzichte van opzet inhoudt, hoewel er bewijstechnisch en ook wezenlijk een geleidelijke overgang plaatsvindt. Dat betekent onder meer dat hij de bewijsmiddelen die op opzet wijzen niet redengevend acht voor het bewijs van de culpa.⁷

19. Ook de 'minus-theorie' heeft in de literatuur pleitbezorgers gevonden. Van Bemmelen stelde zich op het standpunt dat opzet en schuld normatieve begrippen zijn, waarbij het onderscheid tussen opzet en schuld gradueel van aard is. Bij de opzettelijke delicten zal de rechter zich nog meer dan bij de culpoze delicten moeten afvragen of "een redelijk normaal mens" in die omstandigheden wel begrepen moet hebben dat hij een bepaald gevolg te weeg zou brengen of een bepaalde handeling verrichtte.⁸

20. De Hullu is van mening dat een verdachte voor een culpoos delict kan worden veroordeeld ook al kan opzettelijk handelen worden vastgesteld.⁹ Vanuit een oogpunt van wetssystematiek is de 'minus-theorie' in zijn ogen goed te verdedigen. Een culpoos delict kent immers steeds een doleuze tegenhanger. Wetssystematisch gezien lijkt een vloeiende overgang van opzet naar schuld beoogd. Daarbij gaat het als het ware om een glijdende schaal van meer gewild naar minder gewild gedrag en van meer doelgericht naar minder doelgericht handelen. Gelet op de strafmaxima, is daarbij voorts sprake van een schaal van ernstig strafwaardig gedrag naar minder strafwaardig gedrag. In deze visie op de verhouding tussen opzet en schuld is het aannemelijker dat opzet schuld insluit dan dat opzet schuld uitsluit. Wanneer opzet en schuld elkaar uitsluiten, zou dat in de ogen van De Hullu leiden tot slecht te verdedigen, ongerijmde resultaten. Hij wijst voorts op de toegenomen objectivering en normativering van het bewijs van opzet en schuld. Daarbij past het om het onderscheid tussen het begrippenpaar opzet en schuld als gradueel aan te merken.

21. Van Dijk gaat eveneens uit van de opvatting dat opzet en schuld elkaar niet uitsluiten.¹⁰ Ook volgens hem kan een verdachte die opzettelijk heeft gehandeld veroordeeld worden voor een culpoos delict. De opvatting dat opzet schuld uitsluit, leidt in de ogen van Van Dijk tot ongewenste consequenties. Een rechter die vermoedt dat de verdachte opzettelijk heeft gehandeld, zou dan moeten vrijspreken van het culpoze delict, zoals in de onderhavige zaak is gebeurd. Van Dijk ziet niet in wat een dergelijke praktijk zou kunnen rechtvaardigen.

22. F. de Jong besteedt in een voetnoot aandacht aan de voorliggende vraag en neemt in het debat een middenpositie in. Hij merkt op dat beide theorieën te verdedigen zijn. Culpa is een 'minus' voor zover zij ten opzichte van het positieve begrip opzet "een tekort, een relevante negativiteit" vertoont. Zij is een 'aliud' voor zover criteria gelden die niet aan de orde zijn bij de bewijsvoering van het opzet.¹¹

23. Ik stel voorop dat in het Wetboek van Strafrecht, ook in de bepalingen over witwassen, onderscheid wordt gemaakt tussen doleuze en culpoze delicten. Voor het bewijs van opzet en culpa zijn in de rechtspraak eigenstandige beoordelingskaders ontwikkeld. Deze omstandigheid zou erop kunnen wijzen dat culpa eerder een 'aliud' is ten opzichte van opzet dan een 'minus'.

24. Rimmelink vond voorts steun voor de 'aliud-theorie' in de geschiedenis van de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht. Minister Modderman noemde ten tijde van de totstandkoming van het wetboek opzet en schuld zuivere tegenstellingen.¹² Het onderscheid werd daarin gevonden dat schuld vooral het ongewild veroorzaken van een gevolg betreft, terwijl bij opzet werd gedacht aan het willens en wetens handelen.¹³ Juist in het grensgebied tussen (voorwaardelijk) opzet en (bewuste) culpa ontbrak het tijdens de parlementaire behandeling echter aan een duidelijke afbakening tussen beide schuldvormen. Nieboer constateert dat daarom werd besloten de verdere afbakening over te laten aan de rechtspraak en de wetenschap, wat volgens hem getuigt van "een geniale combinatie van onmacht en wijsheid".¹⁴

25. Met Nieboer meen ik dat terughoudendheid is geboden bij een wetshistorische interpretatie die is gebaseerd op de geschiedenis van de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht. De bespiegelingen tijdens de parlementaire behandeling wijzen niet op een afgeronde discussie over de verhouding tussen beide begrippen. De rechtspraak heeft zich sedertdien ontwikkeld. Daarbij komt dat bij een wetshistorische interpretatie ook latere wetgeving moet worden betrokken. Daaruit volgt een genuanceerder beeld. Illustratief is de herziening van de corruptiewetgeving, waarbij in de verschillende strafbepalingen de doleuze en culpoze varianten naast elkaar worden genoemd, met hetzelfde strafmaximum ("wetende of redelijkerwijs vermoedende").¹⁵ De kritiek op het in één adem noemen van de opzettelijke en de culpoze variant werd in de memorie van toelichting van de hand gewezen:

"In modernere opvattingen (bijvoorbeeld W. Nieboer in zijn inaugurele rede «Wetens en willens») wordt de tegenstelling tussen opzet en culpa gerelativeerd en wordt de nadruk gelegd op de glijdende schaal waarop deze subjectieve bestanddelen zich bevinden. Dit wordt mede ingegeven door bewijsproblemen die er soms rond de subjectieve bestanddelen bestaan. Ik heb ervoor gekozen vanwege de aard van de omkopingsdelicten in dit geval deze inzichten te volgen. De aard van deze misdrijven, waarbij de betrokkenen onder één hoedje spelen, brengt met zich dat niet steeds met scherp te onderscheiden zal zijn of er sprake is van opzet dan wel culpa, terwijl dit onderscheid er voor het lakenswaardige van de gedraging niet toe hoeft te doen. Blijkt ten processe dat de ten laste gelegde gedraging de culpose variant van het misdrijf betreft, dan kan de rechter dit betrekken in de algehele afweging van factoren die bij de straftoemeting van belang zijn ten aanzien van strafsoort en strafmaat."¹⁶

Uit deze passage volgt dat het denken over de verhouding tussen opzet en culpa zich in de visie van de wetgever sinds 1881 verder heeft ontwikkeld en dat de wetgever daaruit consequenties heeft getrokken voor de wettelijke vormgeving van beide schuldvormen. Daarbij wordt de verhouding tussen opzet en culpa eerder als gradueel gezien dan dat deze subjectieve bestanddelen als elkaars tegenpolen worden beschouwd. De wetgever heeft in dit verband ook oog gehad voor de bewijsproblemen die juist bij dit soort misdrijven bestaan. Niet steeds zal met scherp te onderscheiden zijn of er sprake is van opzet dan wel culpa, terwijl dit onderscheid er voor het laakbare karakter van de gedraging niet toe hoeft te doen.

26. In de onderhavige zaak gaat het om het onderscheid tussen (opzet)witwassen en schuldwitwassen. De opzettelijke variant van witwassen is in een andere strafbepaling neergelegd dan de culpoze variant, met een verschil in strafmaximum. Aanvankelijk was voorgesteld het bestanddeel "afkomstig (...) uit enig misdrijf" te objectiveren. Vanwege het gebrek aan duidelijkheid en de onvoldoende rechtsbescherming die dat voorstel bood, heeft de wetgever ervoor gekozen twee bepalingen op te nemen, een doleuze (art. 420bis Sr) en een culpoze variant (art. 420quater Sr).¹⁷ Bij de omschrijving van de beide varianten wordt in de memorie van toelichting gebruik gemaakt van algemene formuleringen: 'wetende dat' is de uitdrukking van het opzet, dat mede voorwaardelijk opzet omvat. 'Redelijkerwijs moet vermoeden' duidt op schuld of culpa en betekent aanmerkelijke onvoorzichtigheid: bij enig nadenken had de verdachte kunnen vermoeden dat het om een voorwerp afkomstig uit misdrijf ging. De verdachte had niet zonder nader onderzoek met het voorwerp mogen handelen.¹⁸ Deze passages brengen ons in de onderhavige discussie niet veel verder. Interessanter is de passage waarin wordt uiteengezet waarom naast de doleuze variant schuldwitwassen strafbaar is gesteld:

"De richtlijn en het verdrag laten onverlet dat strengere bepalingen worden aangenomen om het witwassen van geld aan te pakken. Een dergelijke strengere aanpak is gerechtvaardigd omdat opzet nogal eens moeilijk is te bewijzen, terwijl er wel sprake is van aanmerkelijke onvoorzichtigheid. In dat laatste geval zal bewezen moeten worden dat de verdachte bij enig nadenken had kunnen vermoeden dat het voorwerp afkomstig was uit enig misdrijf. Dit bewijs is doorgaans eenvoudiger te leveren dan het bewijs

27. Deze passage past beter bij een visie waarin opzet schuld insluit dan bij een visie waarin opzet schuld uitsluit. De wetgever lijkt opzet en schuld in dit verband niet als elkaars tegenpolen te zien. Evenals bij de corruptiewetgeving, wordt daarbij rekening gehouden met bewijsproblemen die kunnen rijzen als alleen de doleuze variant strafbaar zou worden gesteld.

28. Ook de formulering van de schuld in art. 420quater Sr, die in de tenlastelegging in de onderhavige zaak is overgenomen, past goed bij een visie waarin opzet schuld insluit. Het bestanddeel houdt in dit verband in dat de verdachte redelijkerwijs moet vermoeden dat het voorwerp afkomstig is uit enig misdrijf.²⁰ Het bewijs van dit onderdeel lijkt, afgaand op de formulering, niet uitgesloten in een situatie waarin de rechter ervan uitgaat dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het voorwerp uit misdrijf afkomstig was. Hetzelfde lijkt te gelden voor de situatie waarin de verdachte daadwerkelijk met de criminele herkomst bekend was. Ligt in die situatie niet besloten dat de verdachte (ook) redelijkerwijs moest vermoeden dat het desbetreffende voorwerp uit misdrijf afkomstig was?

29. Een visie waarin opzet en schuld niet als elkaars tegenpolen worden gezien, doet naar mijn mening meer recht aan de grijstinten die in de praktijk zichtbaar zijn en die hun weerklank hebben gevonden in de wetgeving en in de hierna te bespreken objectiverende tendensen in de rechtspraak van de Hoge Raad. Dat geldt zeker voor misdrijven als witwassen en heling, in welk verband de rechtspraak wijst op het bestaan van een glijdende schaal.²¹ Juist bij dergelijke delicten kan volgens de wetgever de culpoze variant uitkomst bieden in geval het bewijs van opzet problematisch is. De vraag of opzet schuld insluit of uitsluit moet naar mijn mening dan ook niet als een geïsoleerd materieelrechtelijk vraagstuk worden beschouwd. Deze is verbonden met vragen van bewijsrecht. Ook in dat licht bezien ligt de benadering van het hof niet in de rede. Deze benadering komt erop neer dat het hof vaststelt dat de verdachte een misdrijf heeft begaan dat hem niet is ten laste gelegd en dat met een hogere straf is bedreigd dan het wel ten laste gelegde feit.

30. Ook de ontwikkeling van de jurisprudentie ten aanzien van het bewijs van opzet en culpa pleit voor een opvatting waarbij opzet en schuld niet als elkaars tegenpolen worden gezien. Daarbij doel ik op de toegenomen betekenis van objectieve en normatieve elementen bij het bewijs van opzet en culpa. De uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging heeft daarbij aan belang gewonnen. Het bewijs van opzet en culpa wordt voor een belangrijk deel ingevuld aan de hand van de aard van de gedragingen en de omstandigheden waaronder deze hebben plaatsgevonden, waarbij ook algemene ervaringsregels een rol kunnen spelen. Daardoor is het aspect van de 'wilsrichting', in de psychologische betekenis van dat woord, meer naar de achtergrond gedrongen. De nadruk is verschoven naar uiterlijk waarneembare factoren, waaraan gevolgtrekkingen worden verbonden ten aanzien van de vaststelling van opzet of culpa.²² Deze ontwikkeling zullen de ontwerpers van het Wetboek van Strafrecht van 1881, die de nadruk legden op innerlijke, psychische aspecten van opzet en schuld, niet hebben voorzien.

31. Als illustratie van de ontwikkeling in de rechtspraak kan worden gewezen op de factoren die van belang zijn voor het vaststellen van culpa. De Hoge Raad oordeelde in de context van art. 6 Wegenverkeerswet 1994 dat het bij de beoordeling of de bewezen verklaarde schuld uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid aan komt op het geheel van gedragingen van de verdachte, de aard en de ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval.²³ Deze criteria wijzen op een objectivering van de toetsing. Ten aanzien van het bewijs van voorwaardelijk opzet kan worden gewezen op een vergelijkbare ontwikkeling. Volgens vaste rechtspraak kunnen bepaalde gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het - behoudens

contra-indicaties - niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.²⁴In de jurisprudentie op het gebied van witwassen is ten aanzien van het opzet ook een objectiverende benadering te herkennen, waarin voor het bewijs van het opzet niet zelden gebruik wordt gemaakt van dezelfde omstandigheden die redengevend zijn voor het bewijs van de herkomst uit misdrijf.²⁵ Daarbij valt onder meer te denken aan het voorhanden hebben van grote hoeveelheden contant geld die op een ongebruikelijke wijze worden vervoerd, zoals in de onderhavige zaak. Het bestreden arrest vormt daarvan een uitgesproken voorbeeld. Het hof lijkt reeds uit de criminele herkomst af te leiden dat sprake is van opzetwitwassen: volgens het hof kan het niet anders dan dat het geld (on)middellijk van misdrijf afkomstig is, "zodat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan opzetwitwassen". Daarmee wordt in wezen een horde overgeslagen. Kennelijk heeft het hof uit de omstandigheden van het geval en uit het uitblijven van een concrete, min of meer verifieerbare en niet op voorhand hoogst onwaarschijnlijke verklaring voor de herkomst van het geld afgeleid dat de verdachte ook wetenschap had van de criminele herkomst.

32. Hoe dat ook zij, de ontwikkeling in de rechtspraak waarbij het bewijs van subjectieve bestanddelen voor een belangrijk deel wordt afgeleid uit de aard van de gedragingen en de omstandigheden van het geval past beter bij de opvatting waarin opzet schuld insluit dan bij de visie waarin opzet schuld uitsluit.²⁶

33. Door pleitbezorgers van de 'minus'- theorie is voorts gewezen op de ongerijmde consequenties die de 'aliud'- theorie zou hebben. Daarbij wordt onder meer gedoeld op een situatie als in de onderhavige zaak, waarin de officier van justitie een persoon vervolgt ter zake van schuldheiling, terwijl de rechter van oordeel is dat opzet kan worden aangenomen. In geval ervan wordt uitgegaan dat opzet schuld insluit, zou in een dergelijk geval de rechter niet behoeven vrij te spreken. Van Dijk stelt het nog iets scherper in een voorbeeld waarin primair de opzetvariant en subsidiair de culpoze variant is ten laste gelegd: zal de rechter in de 'aliud-theorie' voor beide feiten moeten vrijspreken als hij de kans dat sprake is van opzet even groot inschat als de kans dat sprake is van schuld?²⁷ Deze vraag is in de Duitse rechtspraak aan de orde gekomen. Hoewel ook in Duitsland wel de opvatting wordt gehuldigd dat opzet en schuld elkaar uitsluiten²⁸, is in de rechtspraak in een dergelijke situatie gekozen voor een opvatting die veeleer aansluit bij de 'minus'-theorie. In geval sprake is van opzet of culpa maar niet vastgesteld kan worden welke van beide schuldvormen van toepassing is, behoort een veroordeling wegens de culpoze variant tot de mogelijkheden.²⁹

34. Deze benadering spreekt mij aan. Daarbij wijs ik er nog op dat de ontwikkeling van de schuldvorm 'roekeloosheid' en de recente rechtspraak op dat terrein aantoont dat tussen voorwaardelijk opzet en culpa een grensgebied bestaat zonder duidelijke grenspalen en waarbij de invulling ook voornamelijk plaatsvindt aan de hand van objectieve factoren, het uiterlijk waarneembare gedrag.³⁰ Ook in dat licht bezien ligt het niet voor de hand schuld als een tegenpool van opzet te zien. Wordt toch aangesloten bij een psychische gesteldheid als 'onverschilligheid', dan leidt dat evenmin tot een goed hanteerbaar onderscheid tussen beide schuldvormen. Veelzeggend is dat in de literatuur onverschilligheid aan de ene kant wel als wezenlijk kenmerk van roekeloosheid als schuldvorm is aangemerkt, terwijl aan de andere kant erop is gewezen dat onverschilligheid juist tot het domein van het opzet moet worden gerekend. Zo ziet Keijzer onverschilligheid als kenmerkend voor roekeloosheid. Het gaat daarbij volgens hem om de asociale attitude waarmee een verdachte een delict heeft gepleegd.³¹ Volgens De Jong en Knigge behoort onverschilligheid daarentegen juist tot het domein van het (voorwaardelijk) opzet en verschilt het opzet daarin wezenlijk van de bewuste schuld.³²

35. Het bovenstaande leidt tot de volgende slotsom. Naar mijn mening past de zogenoemde 'minus'- theorie, zeker in een zaak waarin de verhouding tussen opzetwitwassen en schuldwitwassen centraal staat, beter bij de ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak ten aanzien van beide schuldvormen dan de

'aliud'- theorie. Deze kent bovendien niet de praktische nadelen van laatstgenoemde theorie.

36. Gelet op het voorafgaande, meen ik dat het arrest van het hof niet in stand kan blijven. Indien het hof heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat de verdachte heeft geweten dat het geld uit enig misdrijf afkomstig was eraan in de weg staat dat hij (ook) redelijkerwijs moet hebben vermoed dat dit geld uit enig misdrijf afkomstig was, berust dat oordeel gelet op hetgeen hiervoor is uiteengezet over de betekenis van het bestanddeel "redelijkerwijs moest vermoeden" in de zin van art. 420quater, eerste lid, aanhef en onder b, Sr en de verhouding tussen de begrippen schuld en opzet op een onjuiste rechtsopvatting. In het andere geval is het oordeel dat niet wettig en overtuigend bewezen kan worden hetgeen de verdachte is ten laste gelegd niet zonder meer begrijpelijk.

37. Het middel slaagt.

38. Deze conclusie strekt tot vernietiging van de bestreden uitspraak en tot terugwijzing van de zaak naar het Gerechtshof Amsterdam teneinde op het bestaande beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

De procureur-generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden

AG

¹ Het gaat om de volgende berekening: "38000x1.04=39520".

² Vgl. HR 17 december 1985, *NJ* 1986/428, rov. 5.2.1.

³ Zie ten aanzien van schuldwitwassen HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1588, rov. 3.3. Vgl. met betrekking tot schuldheiling HR 24 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:772, rov. 5.2, HR 24 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8631, *NJ* 2009/608, rov. 2.5, HR 13 mei 2003, *NJ* 2003/460, rov. 3.4 en HR 17 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0625, *NJ* 2003/177, rov. 4.5.

⁴ Mijn ambtgenoot Knigge spreekt in dit verband over "de oude strijdvraag". Zie zijn conclusie voorafgaand aan HR 11 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3149 (ECLI:NL:PHR: 2014:1969, onder 6.2)

⁵ Vgl. A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, zevende druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 192.

⁶ Zie J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint bv 1996, p. 232.

⁷ Zie A.J.M. Machielse in Noyon, Langemeijer & Rummelink (red.), *Het Wetboek van Strafrecht* (losbladig), Deventer: Kluwer, suppl. 146 (maart 2009), aant. 4 bij Inleiding (culpa). Zie ook G.A.M. Strijards, *Facetten van dwaling in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 315. In zijn conclusie voorafgaand aan HR 22 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1249, *NJ* 1998/911 merkt mijn voormalige ambtgenoot Jörg, onder verwijzing naar het commentaar in Noyon, Langemeijer & Rummelink, kort maar krachtig op dat het "nu eenmaal zo (is) dat culpa geen minus, maar een aliud ten opzichte van dolus vormt". Ook Vellinga is van mening dat beide schuldvormen elkaar over en weer uitsluiten. Vgl. W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld*, 1982, p. 137.

⁸ Zie onder meer J.M. van Bemmelen, *De psychologie en de begrippen opzet en schuld*, in: *TvS* 1952, p. 89-121, m.n. p. 120.

- ⁹ Vgl. De Hullu, a.w., p. 271-274.
- ¹⁰ Zie Van Dijk, a.w., p. 37-38.
- ¹¹ F. de Jong, Daad-schuld, Den Haag: BJU, p. 386, voetnoot 228.
- ¹² H.J. Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, eerste deel, p. 84.
- ¹³ H.J. Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, eerste deel, p. 482.
- ¹⁴ W. Nieboer, Wetens en willens, Arnhem: Gouda Quint 1978, p. 5 en notitie 3.
- ¹⁵ Zie voor meer voorbeelden: De Hullu, a.w., p. 273.
- ¹⁶ Kamerstukken II 1998/99, 26 469, nr. 3, p. 7-8.
- ¹⁷ Kamerstukken II 1999/2000, 27 159, nr. 3, p. 8-9.
- ¹⁸ Kamerstukken II 1999/2000, 27 159, nr. 3, p. 15-16 en Kamerstukken II 2000/01, 27 159, nr. 5, p. 12.
- ¹⁹ Kamerstukken I 2000/01, 27 159, nr. 288a, p. 3.
- ²⁰ Zie nader over deze specifieke formuleringen: Van Dijk, a.w., p. 38-39.
- ²¹ Vgl. ook, met andere voorbeelden, De Hullu, a.w., p. 273.
- ²² Hierover uitvoerig: F. de Jong, a.w., hoofdstuk VI.
- ²³ Vgl. HR 1 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5822, *NJ* 2005/552, m.nt. Knigge.
- ²⁴ Vgl. HR 30 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5396, *NJ* 2013/111, m.nt. Keijzer, rov. 2.3, HR 13 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7123, *NJ* 2012/12, rov. 3.4, HR 18 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4871, rov. 3.5, HR 22 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3888, *NJ* 2006/123, rov. 3.3, HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1860, *NJ* 2005/154, m.nt. De Jong, rov. 3.3 en HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552, m.nt. Buruma, rov. 3.6.
- ²⁵ Vgl. B.J. Schmitz, in SDU Commentaar Strafrecht, art. 420 bis Sr, C7.2.2.
- ²⁶ Vgl. ook De Hullu, a.w., p. 273-274.
- ²⁷ Zie Van Dijk, a.w., p. 37-38.
- ²⁸ Vgl. H.H. Jescheck en T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5e dr., Berlijn: Duncker & Humblot GmbH, p. 563.
- ²⁹ BGH 17 april 1962, BGHSt 17, 210.
- ³⁰ Aldus betoogde ik in mijn noot onder HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4254, *NJ* 2012/489.
- ³¹ Vgl. zijn noot onder HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3045, *NJ* 2015/14.
- ³² D.H. de Jong en G. Knigge, Het materiële strafrecht (Van Bemmelen/Van Veen, Ons Strafrecht, deel 1), veertiende druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 107-108. Zie ook P.H.M. Brouns, Opzet in het Wetboek van Strafrecht, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 216-219.
-