

Redelijkheid en materieel strafrecht

Procedurele en materiële vereisten, redelijke toerekening en de boei als metafoor²

DD 2024/13

1. Inleiding

Redelijkheid komt vooral belang toe wanneer een uitkomst moet worden bereikt in een situatie waarin sprake is van een complex aan te beoordelen factoren, terwijl de juistheid van de uitkomst niet objectief valt vast te stellen en er tegengestelde zienswijzen zijn over welke uitkomst aangewezen is. In het strafrecht is dit regelmatig aan de orde. Het gaat daarbij om zeer uiteenlopende situaties en om een oneindige variatie aan naar aard verschillende factoren (zoals feiten en omstandigheden, rechtsregels en -beginselen, natuurkundige wetmatigheden en individuele en publieke belangen bij de uitkomst). Juist daarvoor valt redelijkheid niet scherp en eenduidig te definiëren. Dit blijkt al uit De Dikke Van Dale. Deze omschrijft redelijkheid onder meer als 'het te werk gaan volgens de rede' en 'het in overeenstemming zijn met de rede' en verklaart nader dat het daarbij gaat om zoiets als verstandigheid respectievelijk rechtvaardigheid en billijkheid.³ De 'rede' betreft dan 'denkvermogen, oordeel', 'het begrips- en onderscheidingsvermogen van de mens dat dient voor het verkrijgen van kennis, het combineren van zaken'.⁴

Hoewel deze omschrijvingen richting geven aan de betekenis van redelijkheid, wordt redelijkheid door velen vaag genoemd. Voor zover daarmee wordt bedoeld dat het begrip weinig houvast biedt, miskent dit mijns inziens de conceptuele diepgang ervan. Redelijkheid impliceert duidelijker sturing en stelt meer grenzen dan vaak onder ogen lijkt te worden gezien. Om te bepalen wat in concrete gevallen redelijk is, worden binnen die grenzen voor specifieke beoordelingssituaties en voor de omgang met factoren, bovendien vaak nadere beperkingen en criteria vastgesteld die aansluiten bij redelijkheidsvereisten en -waarden. Navolgende uiteenzettingen strekken ertoe om conceptueel meer grip op de notie redelijkheid te krijgen door te bezien aan welke grenzen en voorwaarden een redelijkheidsoordeel is gebonden en te bespreken wat dit meer concreet voor het materiële strafrecht betekent. Daartoe is het nuttig te onderscheiden tussen procedurele dimensies van redelijkheid (wat moet wel en niet worden gedaan om uitkomsten te bepalen) en materiële dimensies (welke eisen stelt redelijkheid inhoudelijk aan uitkomsten). Dit gebeurt hierna eerst. Daarna volgt een korte schets van de wijze waarop redelijkheid breed in het materiële strafrecht speelt, om vervolgens uitgebreider stil te staan bij redelijkheid bij toerekening van causaal verband

1 Prof. mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Radboud Universiteit (onderzoekscentrum Staat en Recht/SteR).

2 Citeerwijze: P.H.P.H.M.C van Kempen, 'Redelijkheid en materieel strafrecht. Procedurele en materiële vereisten, redelijke toerekening en de boei als metafoor', DD 2024/13.

3 Online editie.

4 Het Woordenboek der Nederlandse Taal (WNT) voegt onder meer nog 'wijsheid' en 'betamelijkheid' toe en verklaart onder het lemma 'rede' dat dit betrekking heeft op I. het 'denkvermogen', II. de 'levenshouding, de gezindheid die zich laat leiden door hetgeen de rede in de bet. I voorschrijft' en III. 'verschillende opvattingen die aansluiten bij de bet. I, waaronder: 'Bewustzijn', 'Oordeel, besef', 'Zin, logica'. Tot slot wordt redelijkheid in het Middelnederlandsch Woordenboek (MNW) nog verbonden met onder meer 'rechtschapenheid', 'het onderscheidingsvermogen tusschen goed en kwaad, het redelijk en zedelijk beginsel in den mensch, zedelijk bewustzijn'. Zie het WNT en het MNW online op: <https://ivdnt.org/woordenboeken/>.

en bij toerekening van daderschap aan de rechtspersoon. Na een korte samenvatting in het verlengde daarvan is er onder meer nog aandacht voor het democratisch vermogen van redelijkheid en de rechtstatelijke borging die redelijkheid meebrengt. Dit leidt tot de conclusie dat redelijkheid voor het strafrecht een belangrijk beoordelingskader oplevert dat veel steviger, afgebakender en sturender is dan vaak wordt verondersteld.

2. Procedurele dimensies van redelijkheid

Volgens onder meer Alexy vloeit uit de idee van redelijkheid ten eerste voort dat alle factoren die relevant kunnen zijn voor het beantwoorden van een praktische vraag in overweging worden genomen.⁵ Dit impliceert dat correct dient te worden geïdentificeerd welke factoren in welk opzicht relevant zijn voor de vraag.⁶ Het gaat daarbij om naar hun aard zeer uiteenlopende factoren zoals de al genoemde: feiten en omstandigheden, rechtsregels en -beginselen, natuurkundige wetmatigheden en individuele en publieke belangen bij de uitkomst. Voor de identificatie daarvan is een zekere tolerantie naar anderen en hun opvattingen nodig.⁷ Daarbij geldt dat iedereen telt. De gevonden relevante factoren zullen – ten tweede – in een juiste relatie tot elkaar moeten worden samengebracht om het op de vraag gegeven antwoord te kunnen rechtvaardigen. Het komt er daarbij op aan dat met betrekking tot die factoren een evenwicht wordt gevonden overeenkomstig het relatieve gewicht dat aan elk ervan toekomt gelet op de context waarin de te beantwoorden vraag rijst. Dit impliceert ook dat al de relevante factoren kritisch dienen te worden beoordeeld.⁸ In navolging van MacCormick ziet Alexy ‘balancing’ aldus als de essentie van redelijkheid.⁹ Het Nederlandse woord ‘afwegen’ lijkt mij nog passender, nu dat sterker als connotatie heeft dat het niet alleen om het vergelijken van de relevante factoren en het zoeken van evenwicht gaat, maar ook om het daarbij bepalen van het gewicht van elk van die relevante factoren.

Met het vereiste om alle relevante factoren – inclusief allerlei belangen – correct te identificeren en kritisch in de afweging te betrekken, impliceert redelijkheid conceptueel een zekere procedurele objectiviteit en is een volledig subjectieve beoordeling in elk geval in strijd daarmee. Deze gerichtheid op objectiviteit vindt ondersteuning in het wederkerigheidsprincipe (‘criterion of reciprocity’) dat Rawls in het kader van de vrije pluralistische democratie onlosmakelijk met redelijkheid verbindt. Om als redelijk te kunnen worden aangemerkt moeten burgers zich volgens Rawls onder meer als vrij en gelijk beschouwen in een systeem van sociale samenwerking, bereid zijn om elkaar eerlijke voorwaarden voor samenwerking aan te bieden en ermee instemmen om op die voorwaarden te handelen, ook voor gevallen waarin dat ten koste van hun eigen belangen gaat, op voorwaarde dat

5 R. Alexy, ‘The Reasonableness of Law’, in: G. Bongiovanni, G. Sartor & C. Valentini (red.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht: Springer 2009, p. 7, 8, 9.

6 Vgl. M. Mangini, ‘Toward a Theory of Reasonableness’, *Ratio Juris* 2018, vol. 31(2), p. 208-230 op 219, 220.

7 Vgl. R. Sala, ‘Toleration and Reasonableness’, in: M. Sarđoć (red.), *The Palgrave Handbook of Toleration*, Palgrave Macmillan 2022, p. 419-437, die steunt op theorieën van John Locke en John Rawls.

8 Vgl. over het belang van het kritisch perspectief, een redelijke opstelling in discussies en procedureregels die dit faciliteren, ook de op argumentatietheorie gebaseerde benadering van F.H. van Eemeren & R. Grootendorst, ‘Rationale for a pragma-dialectical perspective’, *Argumentation* 1988, p. 271-291.

9 Vgl. N. MacCormick, *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*, Oxford: OUP 2005, p. 173. Vgl. ook het redelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht, dat vereist dat bij het nemen van een beslissing alle belangen redelijk tegen elkaar worden afgewogen; zie nader over dit met het willekeurverbod samenhangende beginsel G.H. Addink, *Algemene beginselen van bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, hfst. 7.

andere burgers die voorwaarden op dezelfde voet accepteren.¹⁰ Hoewel Rawls zich slechts richt op publieke redelijkheid in de context van de democratie, geeft de invalshoek van wederkerigheid ook inzicht in de procedurele betekenis van redelijkheid in het algemeen. Van belang is dan bijvoorbeeld dat wederkerigheid veronderstelt dat een beoordeling steunt op redenen waarvan de beoordelaar oprecht kan geloven dat deze de uitkomst (het oordeel) kunnen dragen en die beoordelaar ook redelijkerwijs kan denken dat andere burgers die redenen redelijkerwijs kunnen accepteren.¹¹

Verder inzicht in de notie van redelijkheid en de procedurele dimensies daarvan kan worden verkregen door stil te staan bij de verhouding tussen redelijkheid en rationaliteit. Rationaliteit kan worden omschreven als – kort gezegd – het welbewuste en weloverwogen gebruik van die middelen (materie, gedragingen, concepten, argumenten, keuzes) waarmee een bepaald doel naar verwachting het meest efficiënt valt te bereiken.¹² Bijvoorbeeld egoïsme en boosaardigheid worden echter niet uitgesloten door rationaliteit. Waar het rekeninghouden met alle relevante belangen dus niet inherent is aan rationaliteit, is dat bij redelijkheid juist wel het geval zoals daarnet al bleek.¹³ Het is in lijn hiermee dat redelijkheid anders dan rationaliteit in procedureel opzicht een gerichtheid op objectiviteit en onpartijdigheid vereist.¹⁴ Het voorgaande impliceert bovendien dat waar rationaliteit vooral een feitelijk instrumenteel (procedureel) begrip is, redelijkheid veel normatiever van aard is, mede sterk op materiële morele waarden is georiënteerd (zie nader de volgende paragraaf) en onder meer daardoor een minder eenduidige betekenis heeft.¹⁵

Dit onderscheid tussen redelijkheid en rationaliteit neemt niet weg dat beide op de rede zijn gebaseerd en dat er doorgaans terecht van wordt uitgegaan dat rationaliteit is vereist om redelijkheid te verwezenlijken.¹⁶ Weliswaar zal ook niet-rationeel handelen (bijvoorbeeld: onbewust, vanuit heftige emotie of sterk impulsief) soms toch nog tot een materieel redelijk oordeel kunnen leiden, maar die uitkomst berust dan niet op een beoordeling die procedureel redelijk kan worden genoemd en deze is dan ook niet op de relevante belangen gefundeerd. Bij gebrek aan een rationele onderbouwing zal de uitkomst bovendien niet gemakkelijk kunnen overtuigen. Procedureel bezien veronderstelt redelijkheid – net

10 Zie J. Rawls, 'The Idea of Public Reason Revisited', *The University of Chicago Law Review* 1997, vol. 64(3), p. 765-807 op 770; zie ook p. 766: "Those who reject constitutional democracy with its criterion of reciprocity will of course reject the very idea of public reason." Vgl. W.M. Sibley, 'The Rational Versus the Reasonable', *The Philosophical Review* 1953, vol. 62(4), p. 554-560 op 557: "To be reasonable here is to see the matter [...] from the other person's point of view, to discover how each will be affected by the possible alternative actions; and, moreover, not merely to "see" this [...] but also to be prepared to be disinterestedly influenced, in reaching a decision, by the estimate of these possible results. I must justify my conduct in terms of some principle capable of being appealed to by all parties concerned, some principle from which we can reason in common."

11 Vgl. Rawls 1997, a.w. voetnoot 10, p. 771; J. Rawls, *Political Liberalism* (Expanded Edition), New York: Columbia UP 2005 [1993], p. xliv, 127-128. Zie over wederkerigheid en redelijkheid bij Rawls o.a. ook J.W. Boettcher, 'What is reasonableness?', *Philosophy & Social Criticism* 2004, vol 30(5-6), p. 597-621.

12 Het gaat hier in feite om doelrationaliteit (Zwekrationalität), die valt terug te voeren op Max Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr (Siebeck) 1922, p. 13): "Zwekrational handelt, wer sein Handeln nach Zweck, Mittel und Nebenfolgen orientiert und dabei sowohl die Mittel gegen die Zwecke, wie die Zwecke gegen die Nebenfolgen, wie endlich auch die verschiedenen möglichen Zwecke gegeneinander rational abwägt: also jedenfalls weder affektuell (und insbesondere nicht emotional) noch traditional handelt."

13 Boettcher, a.w. voetnoot 11, p. 603 en Mangini 2018, a.w. voetnoot 6, p. 216-219, met verwijzingen naar onder meer Rawls.

14 Vgl. Sibley, a.w. voetnoot 10, p. 557-558.

15 Zie ook Mangini 2018, a.w. voetnoot 6, p. 217, 219.

16 Zie enigszins afwijkend S. Zorzetto, 'Reasonableness', *Italian Law Journal* 2015, vol. 1(1), p. 107-140 op 111, maar zij erkent wel: "In practical spheres, such as law, politics and morals, the reasonable is linked to the rational since it involves practical reasons for action." Zie voor verdere benaderingen van het onderscheid tussen redelijkheid en rationaliteit, mede op basis van theorieën van Rawls en Von Wright, ook Alexy, a.w. voetnoot 5, p. 5-7.

als rationaliteit – aldus onder meer dat de wijze waarop de uitkomst tot stand is gekomen, voldoet aan onder meer de volgende vereisten daar waar die van betekenis kunnen zijn: logisch correcte en zinvolle argumentatie, het in de afweging tussen mogelijke uitkomsten toekennen van meer gewicht aan meer waarschijnlijke gevolgen van elk van die uitkomsten, doelmatige en effectieve realisering van het nagestreefde doel, kennis en inachtneming van kenbare relevante feiten en omstandigheden en van empirische gegevens, epistemologische adequaatheid, de bereidheid om naar anderen te luisteren en oordeelkundigheid.¹⁷

De procedurele vereisten van redelijkheid – kort gezegd: correcte identificatie en kritische afweging van alle relevante factoren, objectiviteitsgerichtheid, wederkerigheid en rationaliteit – impliceren dat te enge materieelrechtelijke vereisten en criteria aan redelijkheid in de weg kunnen staan, namelijk wanneer deze belemmeren dat bepaalde relevante factoren in de beoordeling worden betrokken. Het voordeel van open maatstaven zoals de ‘uiterlijke verschijningsvorm’ bij poging, de ‘bewuste en nauwe samenwerking’ bij medeplegen en ‘overmacht’ als strafuitsluitingsgrond is dan ook dat deze er ruimte voor laten om casuïstisch te bepalen wat redelijk is. Evenzeer moet echter onder ogen worden gezien dat open normen ook ruimte aan onredelijke oordelen kunnen verschaffen, in het bijzonder wanneer het realiseren van redelijkheid onvoldoende is gewaarborgd. Het is juist daarom van belang dat voornoemde procedurele vereisten – die immers bevorderen dat materieel redelijke uitkomsten worden bereikt – in het recht zijn verankerd. Deze vereisten komen tot uitdrukking in eerlijk-procesrechten, procedurele beginselen en beoordelingsstandaarden voor onder meer de rechter. In feite is de strafprocedure – waarin de verdediging, het openbaar ministerie en slachtoffers belangen, feiten en argumenten onder de aandacht kunnen brengen en waarin de rechter in beginsel de taak heeft die kritisch te wegen – erop gericht tot een materieel redelijke uitkomst te komen. De specifieke manier waarop procedurele dimensies van het redelijkheidsconcept in het recht zijn verankerd, verschaft bovendien ook nadere verheldering over de betekenis van deze redelijkheidsvereisten in juridische contexten. Reeds in die zin geeft de notie van redelijkheid meer richting dan bij oppervlakkige beschouwing wellicht lijkt.

3. Materiële dimensies van redelijkheid

Het is nuttig om te onderscheiden tussen meer procedurele en meer materiële dimensies van redelijkheid omdat inzicht in de wijze waarop deze met elkaar samenhangen en op elkaar inwerken de betekenis van redelijkheid verduidelijkt.¹⁸ Vooral het procedurele vereiste dat redelijkheid correcte identificatie en kritische afweging van alle relevante factoren vereist, impliceert een flink voorschot op de materiële betekenis van redelijkheid. Het betekent ten eerste immers dat alle materiële waarden die relevant kunnen zijn voor de inhoud van het oordeel de betekenis van redelijkheid kunnen bepalen. Daarnaast is de veronderstelling van dat procedurele vereiste dat het contextafhankelijk is welke waarden het relevantst zijn voor materiële redelijkheid bij een concrete kwestie. Dit betekent dat niet op voorhand valt te zeggen welke waarden steeds het meest bepalend zijn. Zo zou kroning van het subsidiariteitsvereiste tot de meest karakteristieke materiële waarde van redelijkheid miskennen dat deze in veel gevallen niet goed of slechts beperkt bruikbaar is om te bepalen

17 Onder meer genoemd in Sibley, *a.w.* voetnoot 10, p. 555-556, Boettcher, *a.w.* voetnoot 11, p. 601 en Mangini 2018, *a.w.* voetnoot 6, p. 218.

18 Vgl., onder verwijzing naar Alexy, bij Mangini 2018, *a.w.* voetnoot 6, p. 219 het onderscheid tussen ‘ethical’ en ‘epistemological reasonableness’, maar – zoals het voorgaande al illustreert – valt onder dat laatste niet alles te vatten wat procedureel relevant is.

wat redelijk is. Bijvoorbeeld de in de volgende paragrafen besproken redelijkheid van toerekening van causaal verband en van daderschap van de rechtspersoon, wordt niet door vooral deze waarde bepaald.

Redelijkheid is bovendien mede afhankelijk van factoren waarvan de betekenis en het gewicht door de tijd kunnen veranderen. Dat geldt misschien minder voor natuurkundige wetten maar wel duidelijk voor bijvoorbeeld belangen en het gewicht van rechten. Wat door mensen als van betekenis wordt ervaren en in welke mate, staat immers niet geheel vast maar kan zich meebewegen met maatschappelijke ontwikkelingen. Op die wijze kan de inhoud en het gewicht van het vrijheidsidee fluctueren, bijvoorbeeld doordat het accent in bepaalde periodes maatschappelijk meer ligt bij bescherming tegen criminaliteit (instrumentaliteit) en in andere meer bij bescherming tegen overheidsmacht (rechtsbescherming). Of bijvoorbeeld doordat zedelijke normen in het ene tijdgewricht meer gewicht hebben dan in een ander.

Of een oordeel als redelijk kan worden aangemerkt, is daarmee ook afhankelijk van sociale acceptatie. Dit betekent dat een redelijke uitkomst veronderstelt dat de argumentatie waarop die berust, aansluiting vindt bij de waarden van de maatschappij waarbinnen die uitkomst tot stand wordt gebracht.¹⁹ Daarmee is niet gezegd dat alle op zeker moment in een maatschappij (vermeend) breed geaccepteerde oordelen (common sense, gezond Volksempfinden) zonder meer als redelijk kunnen gelden, aangezien redelijkheid onder andere ook correcte identificatie en kritische afweging van alle relevante factoren vereist (inclusief belangen, en iedereen telt), alsmede gerichtheid op objectiviteit, wederkerigheid en rationaliteit. Kortom: hooguit binnen die grenzen kan de betekenis en toepassing van de materiële waarden die voor redelijkheid van belang zijn variëren en fluctueren.

Erop gelet dat de materiële betekenis van redelijkheid contextafhankelijk is, rijst de vraag welke waarden in potentie inhoud aan het concept kunnen geven. Von Wright geeft een invulling aan redelijkheid die in elk geval alles kan omvatten wat ethisch relevant is. Volgens Von Wright zijn redelijkheidsoordelen waardengericht ('value-oriented'). 'They are concerned with the right way of living, with what is thought good or bad for man.'²⁰ Hiermee wordt weliswaar enige richting gegeven aan het redelijkheidsconcept, maar om bruikbaar te kunnen zijn is nadere duiding met specifiekere materiële vereisten nodig. Het is echter ondoenlijk om alle waarden te benoemen die medebepalend kunnen zijn voor wat redelijk is, nu er onnoemelijk grote variatie bestaat aan situaties die om redelijkheidsoordelen vragen. Ik volsta daarom met een korte bespreking van verschillende belangrijke waardenkenmerken van redelijkheid. Daarbij onderscheid ik tussen waarden die redelijkheid materieel sterk constitueren, waarden die een zwak materieel fundament aan redelijkheid verlenen en al het andere dat materieel van betekenis is om een redelijk oordeel te realiseren maar dat als zodanig geen conceptuele invulling geeft aan redelijkheid.

Waarden die in de literatuur veelvuldig als bepalend voor redelijkheid naar voren komen zijn onder meer subsidiariteit, proportionaliteit, gelijkheid, fairness, goede trouw, waarachtigheid en realiseerbaarheid.²¹ Deze waarden kunnen mijns inziens als sterke fundamenten van redelijkheid worden aangemerkt omdat verwezenlijking ervan in een oordeel

19 Zie M. Mangini, 'In search of reasonableness: between legal and political philosophy', *Philosophy and Social Criticism* 2022, vol. 48(7), p. 937-955 op 939-941, met bespreking van theorieën van onder meer Chaim Perelman en Aulis Aarnio.

20 G.H. von Wright, 'Images of Science and Forms of Rationality', in: *The Tree of Knowledge and Other Essays*, Leiden: Brill 1993, p. 172-173. Zie daarover ook R. Alexy, *a.w.* voetnoot 5, p. 5-7, en Mangini 2018, *a.w.* voetnoot 6, p. 217-219.

21 Zie o.a. Rawls 1997, *a.w.* voetnoot 10, p. 801, Rawls 2005 [1993], *a.w.* voetnoot 11, p. 54-62 en 483, Zorsetto, *a.w.* voetnoot 6, p. 109, 114, 130-137, en Mangini 2018, *a.w.* voetnoot 6, p. 212-216.

in beginsel altijd redelijk is en veronachtzaming ervan in beginsel altijd onredelijk. Wanneer bijvoorbeeld evident een zwaarder middel wordt ingezet dan nuttig en nodig is om het nagestreefde doel te bereiken, is dat onredelijk omdat daarmee meer schade of ander nadeel wordt veroorzaakt dan valt te verantwoorden vanuit het doel. Ook duidelijke disproportionaliteit is niet met redelijkheid verenigbaar omdat dit de belangen van de disproporcionaal behandelde veronachtzaamt zonder dat de daaraan ten grondslag gelegde doelredenen daarvoor voldoende dragend zijn. Ongelijke behandeling van gelijke gevallen, oneerlijkheid/onbehoorlijkheid en kwade trouw zijn onredelijk omdat daarvoor bijvoorbeeld in beginsel geen gronden kunnen worden aangevoerd die wederkerig acceptabel zijn. Hetzelfde geldt in relatie tot waarachtigheid omdat een oordeel moeilijk als redelijk valt aan te merken wanneer dat ten koste van wezenlijke belangen op onwaarheden berust of onvoldoende aansluit bij de werkelijkheid doordat essentiële feiten en omstandigheden zijn genegeerd of juist doorslaggevende betekenis is gegeven aan irrelevante of sterk ondergeschikte feiten en omstandigheden. Evenzeer van veel belang voor het strafrecht – zoals in de volgende paragraaf nader blijkt – is ten slotte het vereiste van realiseerbaarheid, dat bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in het adagium *ad impossibile nemo tenetur*: niemand is tot het onmogelijke gehouden. Het is altijd onredelijk om van iemand iets te vereisen wat voor diegene niet realiseerbaar is.

Zwakke fundamenten van redelijkheid zijn mijns inziens bijvoorbeeld rechtvaardigheid, gematigdheid en tolerantie. Weliswaar zal verwezenlijking van deze waarden in een oordeel in beginsel steeds het redelijkheidsgehalte daarvan versterken, maar veronachtzaming ervan hoeft daarmee nog niet altijd een onredelijke uitkomst op te leveren. In tal van situaties is het bijvoorbeeld legitiem om rechtvaardigheid te laten wijken voor rechtszekerheid (denk aan handhaving van rechtstermijnen en soms ook naleving van het analogieverbod bij uitleg van strafbepalingen). En hoewel een redelijk oordeel zich vaak kenmerkt door gematigdheid of tolerantie voor anderen of andere standpunten, wordt effectivering van deze waarden als zodanig niet steeds door redelijkheid vereist, aangezien ook uitermate ferme en onbuigzame oordelen soms toch subsidiair, evenredig en aanvaardbaar kunnen zijn (zoals mogelijk is bij oplegging van levenslange gevangenisstraf).

Ook morele waarden als vrijheid en de fundamentele vrijheden van bijvoorbeeld meningsuiting en religie worden wel in verband gebracht met redelijkheid. Het hiervoor over sterke en zwakke fundamenten gestelde gaat echter niet op voor vrijheid en vrijheidsrechten. Deze geven mijns inziens conceptueel dan ook niet materieel invulling aan redelijkheid. Voor vrijheid geldt dat inbreuken daarop niet per se als onredelijk gelden, bijvoorbeeld wanneer er goede gronden zijn voor detentie of voor beperkingen van vrijheden zoals meningsuiting en religie. Maar belangrijker nog is dat het eerbiedigen van vrijheid en de genoemde vrijheidsrechten bij het van toepassing zijn van zulke gronden zelfs onredelijk kan zijn en dat de redelijkheid dan juist kan vereisen dat deze worden beperkt. Dit is bijvoorbeeld denkbaar als iemand zeer gewelddadig is of in geval van opruiing of haatzaaien. Dat vrijheid als zodanig dus niet mee definieert wat redelijkheid materieel is, laat onverlet dat redelijkheid wel van belang is om vrijheid te beschermen. Vrijheid en vrijheidsrechten – net als bijvoorbeeld feiten en omstandigheden, natuurkundige gegevenheden, het toepasselijke recht en individuele en publieke belangen bij de uitkomst – kunnen immers als relevante factoren van betekenis zijn voor wat in een concrete situatie redelijk is. Dat beschermende vermogen van redelijkheid geldt uiteindelijk overigens ten aanzien van alle materiële en immateriële belangen.

Dit laatste is een belangrijk punt. In een oordeel dat in het concrete geval als redelijk kan gelden gaat het materieel immers inderdaad om meer dan alleen bepaalde morele waarden die betekenis aan het redelijkheidsconcept verlenen. Het procedurele redelijkheidsvereiste

dat alle relevante factoren en dus ook relevante individuele en publieke belangen in de afweging dienen te worden betrokken, impliceert zoals opgemerkt dat dergelijke belangen materieel van betekenis kunnen zijn voor de redelijkheid van een oordeel. Aldus lijken mij publieke belangen bij het goed functioneren van het rechtssysteem, de praktische bruikbaarheid van strafrechtelijk leerstukken, de al genoemde rechtszekerheid en het bestrijden van criminaliteit ook factoren die gewicht in de schaal kunnen leggen bij bepaalde redelijkheidsafwegingen. Von Wrights daarnet genoemde benadering biedt daarvoor mijns inziens ook een fundament. Die benadering richt zich immers niet slechts op morele waarden in strikte zin, maar kan alles omvatten dat binnen ethische grenzen (“the right way of living”) voor de mens als van waarde kan worden aangemerkt. Naast individuele belangen kunnen aldus ook collectieve en publieke belangen relevant zijn voor een redelijkheidsoordeel. De procedurele vereisten zijn voor het materiële strafrecht niet minder belangrijk dan de materiële. Waar de procedurele redelijkheidsvereisten echter bij elk vraagstuk altijd op in essentie dezelfde wijze allemaal van toepassing zijn, geldt voor de materiële vereisten dat voor elk vraagstuk afzonderlijk moet worden bezien welke daarvan relevantie hebben. Nu het hierna steeds om specifieke strafrechtelijke thema’s gaat, ligt de nadruk in de volgende paragrafen daarom bij de materiële vereisten. Verder verdient op voorhand nog benadrukking dat redelijkheid zowel van belang is bij het in algemene zin invullen van onder meer leerstukken en het bepalen van de criteria daarbinnen als bij de toepassing daarvan op concrete feiten en omstandigheden.

4. Redelijkheid in het materiële strafrecht

Redelijkheid en daarop gebaseerde criteria hebben wezenlijke invloed binnen het materiële strafrecht. Zo is van een zich breed uitstrekkende betekenis dat – soms expliciet, doorgaans impliciet – de zogenoemde ‘redelijke wetstoepassing’ wordt gehanteerd.²² Dit geldt immers niet alleen bij de interpretatie van bestanddelen van strafbare feiten, maar bijvoorbeeld ook bij de toepassing van strafuitsluitingsgronden en andere leerstukken.

Het begrip redelijkheid speelt verder een rol als bestanddeel in strafbepalingen. Denk aan het ‘zonder redelijke grond’ belemmeren van gelijkheidserkenning van mensen met een handicap (art. 429quater lid 2 Sr) of het niet verlenen van hulp aan iemand in onmiddellijk levensgevaar zonder ‘redelijkerwijs’ gevaar voor zichzelf of anderen te kunnen duchten (art. 450 Sr). Deze redelijkheidsbestanddelen berusten blijkbaar op de erkenning dat er wezenlijke belangen kunnen zijn die tegenover het belang bij de verplichting in de strafbepaling staan, dat strafrechtelijke aansprakelijkheid niet disproportioneel ten koste mag gaan van andere legitieme belangen. Een andere redelijkheidsgrondslag toont zich in het ‘redelijkerwijs moet vermoeden’ bij culpoze bepalingen als schuldheiling (art. 417bis Sr)²³ en het ‘binnen redelijke termijn’ leesbaar maken van een administratie bij faillissement (art. 344a Sr). Hierbij lijkt het te gaan om de waarde dat strafrechtelijke aansprakelijkheid materieel niet redelijk is als die berust op vereisten die feitelijk niet reëel realiseerbaar zijn: het moeten vermoeden van iets terwijl men dat moeilijk of niet kon vermoeden, het leesbaar maken van een administratie binnen een tijdsbestek waarin dit lastig of onmogelijk is. Ook verschillende leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn mede op de redelijkheidswaarde van realiseerbaarheid gebaseerd. Realiseerbaarheid van hetgeen de wet vereist, ontbreekt voor iemand wanneer hij of zij geen controle heeft over het al dan niet

²² Zie nader o.a. M.J. Borgers, ‘Redelijke wetsuitleg en strafrechtelijke aansprakelijkheid’, AA 2008, p. 229-236 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. II.3.4.3 (p. 102-103).

²³ Zie voor andere bepalingen waarin op dergelijke wijze culpa tot uitdrukking wordt gebracht art. 98 e.v., 137e, 139e e.v., 225 e.v., 240a en 248c e.v., 272 e.v., 273f, 296, 328ter, 363 e.v., 437bis, 441 en 447c Sr.

plaatsvinden van het strafbaar feit. Dat is bijvoorbeeld het geval als die persoon de delicts-gedraging niet heeft begaan, niet heeft laten gebeuren en evenmin daaraan heeft bijgedragen (vgl. daderschap en deelneming) of wanneer de mogelijkheid van een andere gedraging fysiek ontbreekt (vgl. daderschap en de strafuitsluitingsgrond fysieke overmacht). Of iets realiseerbaar is heeft niet alleen met fysieke (on)mogelijkheden te maken, maar is tot op zekere hoogte – net als onder meer proportionaliteit, subsidiariteit en fairness – ook een normatief begrip. Realiseerbaarheid kan daardoor ook ontbreken wanneer het weliswaar strikt genomen mogelijk was om een bepaalde gedraging achterwegen te laten maar het niet reëel is om dit achteraf tegen te werpen. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn wanneer de gedraging destijds niet verboden was (vgl. het legaliteitsbeginsel) of in geval van verontschuldgbare dwaling omtrent de feiten (vgl. het schuldbeginnel en strafuitsluitingsgronden als het onbevoegd gegeven bevel en afwezigheid van alle schuld). In die gevallen berust het controlegebrek op een kennishiaat, maar controle kan ook ontbreken vanwege psychische barrières om de gedragsnorm na te leven (vgl. het schuldbeginnel en schuldsluitingsgronden als ontoerekenbaarheid en noodweerexces).

Uiteraard zijn er ook andere redelijkheidswaarden die leerstukken mee funderen. De al genoemde gedachte dat strafrechtelijke aansprakelijkheid niet disproportioneel ten koste mag gaan van andere legitieme belangen, kan eveneens als een grondslag van diverse leerstukken worden gezien (vgl. onder meer het wederrechtelijkheidsbeginnel, strafuitsluitingsgronden als noodtoestand en noodweer, en het ne bis in idem-beginsel en de samenloopregeling). Doorgaans is bovendien waarachtigheid essentieel, aangezien voor elk leerstuk geldt dat alleen aan de ratio ervan kan worden beantwoord, wanneer alle relevante concrete feiten en omstandigheden correct worden geïdentificeerd en in de afweging worden betrokken. Voor veel van de leerstukken zijn meerdere redelijkheidswaarden van belang. Welke dit zijn en hoe deze invulling aan redelijkheid geven, zal uiteindelijk voor elk leerstuk specifiek moeten worden gezien. Ik beperk mij nu tot die twee ervan waarin redelijkheid het meest nadrukkelijk als criterium fungeert: het causaal verband en het daderschap van de rechtspersoon.

5. Redelijkheid bij toerekening van causaal verband

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dient de vraag of causaal verband bestaat tussen de door de verdachte verrichte gedragingen en het strafrechtelijk relevante gevolg te worden beantwoord aan de hand van de leer van de redelijke toerekening, dat wil zeggen: de maatstaf of ‘het ingetreden gevolg redelijkerwijs aan (de gedraging van) de verdachte kan worden toegerekend’.²⁴ Op welke materiële grondslagen berust redelijkheid hier? Naar mijn idee gaat het in elk geval om realiseerbaarheid, proportionaliteit, waarachtigheid en fairness, terwijl valt te betwijfelen dat ook voorzienbaarheid (hiervoor niet genoemd) een vereiste is waaraan bij toerekening van causaal verband steeds zal moeten worden voldaan om redelijk te kunnen zijn.

Realiseerbaarheid

Allereerst van belang is dat bij redelijke toerekening het vereiste van een condicio sine qua non-verband tussen de gedraging en het gevolg ‘in beginsel als ondergrens van het causaal verband fungeert’.²⁵ Dit uitgangspunt geeft mede uitdrukking aan de redelijkheidswaarden

²⁴ HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6362, NJ 2012/301, m.nt. Keijzer (Groninger Hiv). Zie recent HR 4 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:493, NJ 2023/142 (vlucht in ijskoud water).

²⁵ HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6362, NJ 2012/301, m.nt. Keijzer (Groninger Hiv).

van realiseerbaarheid. Het vereiste verband belemmert immers aansprakelijkheid voor gevolgen waarover men feitelijk geen controle had. Ingeval de gedraging een handeling betreft is dit doorgaans tamelijk onproblematisch. Wanneer geen sprake is van een natuurkundig oorzakelijk verband tussen bepaalde handelingen en een ingetreden gevolg, heeft dat gevolg – in beginsel²⁶ – niet binnen het controlebereik van de handeling plaatsgevonden. Het op de handeling baseren van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het gevolg is dan onredelijk en het c.s.q.n.-vereiste voorkomt dat die toch zou kunnen worden vastgesteld. Bijvoorbeeld: brandstichting in iemands huis veroorzaakt niet dat die huiseigenaar de volgende dag aan een terminale ziekte overlijdt.

Het vermogen om in beginsel alleen onredelijke aansprakelijkheid uit te sluiten heeft het c.s.q.n.-vereiste echter niet voor zover het om nalaten gaat. Het ontbreken van een natuurkundig oorzakelijk verband tussen een niet-handelen en een gevolg betekent immers nog niet zonder meer dat degene die in dit opzicht passief blijft niet de mogelijkheid had om het gevolg te voorkomen. Bij nalaten kan toerekening ondanks het ontbreken van een c.s.q.n.-verband redelijk zijn, mits betrokkene binnen zijn reële controlemogelijkheden het gevolg (mogelijk) had kunnen beletten (en deze daartoe ook was gehouden). Dat zal bijvoorbeeld niet het geval zijn bij een mishandeling die ergens anders plaatsvindt tussen onbekenden. Ook bij nalaten zal het aannemen van causaliteit dus mede een grondslag in realiseerbaarheid moeten vinden om redelijk te kunnen zijn.

Proportionaliteit

Redelijke toerekening bij causaliteit heeft mijns inziens verder met proportionaliteit te maken. Bij deze wellicht wat onverwachte benadering is de gedachte dat strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een gedraging alleen aanvaardbaar kan zijn wanneer het vaststellen van zodanige aansprakelijkheid niet disproportioneel ten opzichte van de concreet vertoonde gedraging is. Dat kan het geval zijn wanneer die gedraging – die overigens op zichzelf ernstig kan zijn – naar haar wezen van weinig betekenis is voor het zich voorgedane gevolg. Hiervoor is aansluiting in de rechtspraak te vinden. Zo valt daaruit af te leiden dat toerekening van een gevolg aan een gedraging onredelijk kan zijn doordat het gevolg niet binnen de reikwijdte van de gedraging ligt.²⁷ Het gevolg moet dus inhoudelijk passen bij de gedraging, moet daaraan eigen zijn, tussen gedraging en gevolg moet een betekenisvol inhoudelijk verband bestaan. Wanneer zodanige aansluiting ontbreekt en de gedraging dus van onbeduidende betekenis is voor het gevolg, valt vol te houden dat sprake is van een disproportionele reactie op de gedraging, wanneer daaraan toch strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het gevolg wordt verbonden.

Fairness en waarachtigheid

Het toekennen van een dergelijke cruciale positie aan een gedraging die voor het gevolg inhoudelijk tamelijk betekenisloos is, wringt bovendien met de redelijkheidswaarden van

26 Een hier verder buiten beschouwing blijvende uitzondering betreft het geval van cumulatieve/alternatieve causaliteit (Doppelkausalität), waarbij voor een gevolg meerdere simultane handelingen zijn aan te wijzen die elk op zichzelf het gevolg konden veroorzaken, waardoor voor elk van de handelingen geldt dat die kan worden weggedacht zonder dat het gevolg wegvalt; zie daarover De Hullu, *a.w.* voetnoot 22, par. II.3.4.3 (p. 102-103).

27 Vgl. HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5772, NJ 2006, 548, waarin geen causaal verband werd aangenomen tussen een vrijheidsberoving en de dood van het slachtoffer. In zijn conclusie voor het arrest merkt A-G Machielse op: 'De wederrechtelijke vrijheidsberoving verhoogt immers niet uit zichzelf het gevaar voor zo een afloop.' Voor de vraag of het gevolg binnen de reikwijdte van de gedraging ligt, kan ook de specifieke delictomschrijving relevant zijn: betreft het een gevolg waarop de wetgever met het strafbaar stellen van de gedraging het oog had? Vgl. de relevantietheorie en zie daarover K. Lindenberg & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, par. 5.3.4 en De Hullu, *a.w.* voetnoot 22, par. III.2.2 (p. 174).

fairness en waarachtigheid. Deze waarden zijn – mijns inziens meer dan proportionaliteit – ook van belang voor gevallen waarin een gevolg in abstracto wel binnen de reikwijdte van de gedraging ligt, maar die gedraging uiteindelijk in concreto toch van onvoldoende betekenis is voor het specifieke gevolg. Dat doet zich voor wanneer tussen de gedraging en het gevolg tijd verstrijkt waarin schakels ontstaan die het gevolg veroorzaken en die niet binnen de reikwijdte van de strafbare gedraging liggen.²⁸ Daarvan zou mijns inziens bijvoorbeeld sprake zijn wanneer een slachtoffer van levensgevaarlijke messteken succesvol wordt geopereerd maar vervolgens door een brand in het ziekenhuis om het leven komt. Weliswaar ligt de dood in abstracto binnen de reikwijdte van de messteken, maar dat geldt niet voor de voor het overlijden inhoudelijk cruciale fatale brand. Die brand staat als zodanig immers niet in verband met de messteken maar betreft daarvoor een toevalligheid, zodat het oneigenlijk (unfair en onwaarachtig) aandoet om het dodelijk gevolg daarvan toch aan de messteken te verbinden.²⁹

Voorzienbaarheid

Afzonderlijke aandacht vraagt ook het vereiste van voorzienbaarheid, dat conceptueel kan worden onderscheiden van realiseerbaarheid. Goed mogelijk is immers dat het voor iemand op zichzelf realiseerbaar was om zich zo te gedragen dat het gevolg zou zijn uitgebleven, in welk geval er voor die persoon in dit opzicht dus geen onoverkomelijke controlebeletsel waren, maar dat de daarvoor geëigende gedragingen achterwege zijn gebleven omdat de kennis ontbrak om het gedrag op de mogelijkheid van het gevolg af te stemmen. Zodanig kennishiaat zal er in elk geval zijn indien het gevolg van de concrete gedraging niet reëel voorzienbaar was. Het lijkt mij moeilijk verdedigbaar dat het redelijk is om iemand strafrechtelijk aansprakelijk te houden voor een voor die persoon niet reëel voorzienbaar gevolg.³⁰

De vraag is echter of uitsluiting van aansprakelijkheid daarvoor binnen het leerstuk van de causaliteit dient te worden gerealiseerd of veeleer binnen opzet (bewustheid), culpa (verwijtbare onvoorzichtigheid) en schulduitsluitingsgronden (zoals avas). Mij lijkt dat voorzienbaarheid van het gevolg op zichzelf niet relevant hoeft te worden geacht voor een redelijke vaststelling van causaal verband. Of het gevolg voorzienbaar is raakt immers als zodanig niet de aard van de gedraging, het gevolg en het verband daartussen. Die voorzienbaarheid betreft de subjectieve gesteldheid waarmee de gedraging plaatsvindt, in het bijzonder het cognitieve deel daarvan: algemene bekendheid, persoonlijke kennis, bewustheid van het gevolg.

Onduidelijk is of het ontbreken van reële voorzienbaarheid voor de verdachte volgens de huidige rechtspraak betekent dat toerekening van causaal verband niet redelijk meer kan zijn. Weliswaar wordt voorzienbaarheid in de praktijk regelmatig gebruikt als argument voor de redelijkheid van de toerekening, maar dit impliceert nog niet per se dat

28 Vgl. de noot van A.C. 't Hart bij HR 25 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0496, NJ 1997, 563 (Niet behandelde longinfectie).

29 Vgl. J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, par. 2.3.5.5. (p. 177).

30 Vgl. A.J. Machielse, *Causaliteit in het Nederlandse strafrecht*, Den Haag 2014, p. 189-191, met verwijzing naar Van Hamel, Vos en Simons, die allen van opvatting zijn dat voor strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een gevolg vereist is dat het gevolg voorzienbaar was. Vgl. voorts (niet over causaal verband) HR 21 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:230 (levensgevaar uit art. 157 Sr en 170 Sr door sloop gasleidingen moet 'naar algemene ervaringsregels voorzienbaar' zijn geweest), HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5630, NJ 2010, 674, m.nt. Mevis (Kampvuur Castricum) (geen culpa nu over verdachte 'niet gezegd kan worden dat hij de gevolgen van zijn handelen had kunnen en moeten voorzien', mijn curs.) en HR 25 oktober 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4684, NJ 1967, 268, m.nt. Van Eck (Curaçaose snelheidswedstrijd).

causaliteitstoerekening bij onvoorzienbare gevolgen als onredelijk wordt beschouwd.³¹ Dit is op zichzelf vanuit het redelijkheidsconcept of vanuit de strafrechtsdogmatiek ook niet bezwaarlijk. Ter verwezenlijking van redelijkheid is het immers niet noodzakelijk dat bij voor de verdachte onvoorzienbare gevolgen geen causaliteit wordt aangenomen, zo lang dan maar op andere wijze wordt bereikt dat voor dat gevolg geen strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt vastgesteld. Te denken valt dan aan opzet, culpa en bepaalde schuld-uitsluitingsgronden. Bij deze leerstukken past de subjectieve voorzienbaarheid beter dan in het leerstuk van het causaal verband dat de objectieve zijde van het strafbaar feit mee bepaalt.

Wanneer men voorzienbaarheid als redelijkheidswaarde echter wel volwaardig binnen het causaliteitsvraagstuk wil vormgeven, zal bij gevolgen die zelfs in abstracto niet reëel voorzienbaar waren voor de verdachte geen redelijke toerekening van causaal verband kunnen plaatsvinden. De redenering daarvoor zou kunnen zijn dat zulke onvoorzienbare gevolgen niet strafrechtelijk relevant zijn ten aanzien van de verdachte. Dat zou dan vooral van belang zijn bij door het gevolg gekwalificeerde delicten waarbij het gevolg aan het schuldverband is onttrokken. Erop gelet dat de wetgever bewust voor zodanige onttrekking heeft gekozen, zal onvoorzienbaarheid die tot aansprakelijkheidsuitsluiting dwingt niet te licht kunnen worden aangenomen, maar voor de door redelijkheid gevorderde minimale correctie lijkt wel plaats.³²

6. Redelijkheid bij toerekening van daderschap aan de rechtspersoon

Voor de vraag wanneer een 'gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend' is volgens het Drijfmest-arrest een belangrijk oriëntatiepunt 'of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon'. 'Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon', aldus de Hoge Raad.³³ Spiegelbeeldig lijkt men dan eveneens uit het oriëntatiepunt te kunnen afleiden – zoals Hornman doet – dat toerekening van gedragingen aan de rechtspersoon die buiten zijn sfeer hebben plaatsgevonden al vrij snel onredelijk is.³⁴ Het oriëntatiepunt is dus niet per se beslissend en met sfeer als centraal begrip bovendien weinig omlijnd. Toch lijkt het mij ook wel richtinggevend, in die zin dat het aanwijst waarover de discussie moet gaan. Ook nu is de vraag op welke materiële grondslagen redelijkheid dan steunt. En zoals hierna volgt meen ik ook bij daderschap dat in elk geval realiseerbaarheid, proportionaliteit, waarachtigheid en fairness van belang zijn, maar daarentegen vereist redelijkheid bij toerekening van daderschap volgens mij geen voorzienbaarheid.

Ook bij daderschap gaat het om een verband

Uiteindelijk gaat het erom of er tussen het strafbaar feit en de rechtspersoon een dusdanig verband bestaat dat het redelijk is de strafbare gedraging te zien als een gedraging van de rechtspersoon. Dat verband kan langs nogal van elkaar verschillende lijnen lopen, waarbij het naast het terugvoeren van concrete fysieke gedragingen van natuurlijke personen op de

31 Vgl. Lindenberg & Wolswijk, *a.w.* voetnoot 27, par. 5.3.3 (p. 87) en par. 5.3.5, C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 5.5 en De Hullu, *a.w.* voetnoot 22, par. III.2.2 (p. 174).

32 Vgl. R Emmelink, *a.w.* voetnoot 29, par. 2.3.5.8. (p. 183): 'Doch ook in meer algemene zin moet de wetgever bij de door het gevolg gekwalificeerde delicten toch wel gespeculeerd hebben op beperking tot in het perspectief van het delict liggende gevolgen omdat het nooit de bedoeling geweest kan zijn om de dader verantwoordelijk te stellen voor alles – ook het meest onwaarschijnlijke – wat met het delict in verband staat.'

33 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006, 328, m.nt. Mevis (Drijfmest).

34 M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevendenden van ondernemingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 46.

rechtspersoon, kan gaan om eigen daderschap van de rechtspersoon op grond van bijvoorbeeld de normale bedrijfsvoering of instructies vanuit de directie of de raad van bestuur. Deze variatie aan mogelijke verbanden kan verklaren waarom volgens de rechtspraak bij nogal uiteenlopende omstandigheden sprake zal kunnen zijn van een verboden gedraging in de sfeer van de rechtspersoon.

De door de Hoge Raad genoemde omstandigheden zijn kort gezegd: 1. de gedraging is van iemand die werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon, 2. de gedraging past in de normale bedrijfsvoering of taakuitoefening, 3. de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest en 4. het door de rechtspersoon beschikken over en aanvaarden van de gedraging (Ijzerdraadcriteria).³⁵ Deze opsomming is niet limitatief, zodat ook vanwege andere omstandigheden toerekening redelijk kan zijn. Schaap noemt als zulke andere omstandigheden dat het gaat om een gedraging binnen de reikwijdte van datgene waartoe iemand door de rechtspersoon was gerechtigd en dat de rechtspersoon voor wat betreft het strafbare gedrag kan worden gelijkgesteld met de natuurlijke persoon die het gedrag heeft verricht (vereenzelviging).³⁶ Toepasselijkheid van een of meer van de genoemde omstandigheden betekent bovendien niet per definitie dat de verboden gedraging in de sfeer van de rechtspersoon is gepleegd en/of dat toerekening van daderschap redelijk is. Zo is denkbaar dat een gedraging binnen de eerste en derde omstandigheid valt, maar geheel eigenmachtig tegenin uitdrukkelijke instructies van leidinggevenden en bedrijfsbeleid is gepleegd, zodat toerekening dan al gauw als onredelijk kwalificeert. Hoewel redelijke toerekening niet snel mogelijk lijkt indien geen van de omstandigheden van toepassing is, vertegenwoordigen de genoemde omstandigheden dus geen redelijkheidswaarden waaraan steeds moet worden voldaan.

Zulke waarden kunnen echter wel worden gevonden vanuit de benadering dat toerekening van daderschap aan de rechtspersoon alleen redelijk kan zijn als er tussen het strafbaar feit en de rechtspersoon inhoudelijk voldoende verband bestaat. In feite gaat het daarbij om het verband tussen de verboden gedraging (het strafbaar feit) en gedragingen van de rechtspersoon (zoals het geven van een opdracht, het achterwegen laten van toezicht of de bedrijfsvoering). Door dit verbandperspectief wordt duidelijk dat veel van hetgeen hiervoor in relatie tot causaal verband is opgemerkt ook voor toerekening van daderschap bruikbaar is.

Realiseerbaarheid

Vanuit de redelijkheidswaarde van realiseerbaarheid is dan van belang dat gedragingen van natuurlijke personen waarover de rechtspersoon reëel geen controle had of kon hebben, niet in redelijkheid aan de rechtspersoon toerekenbaar zijn. Dat is het geval indien de natuurlijk persoon geheel eigenmachtig handelt terwijl de rechtspersoon al datgene heeft gedaan wat reëel mogelijk is om gedragingen als het gepleegde strafbaar feit tegen te gaan (maar zo streng zal de beoordeling meestal niet zijn aangezien een rechtspersoon vaak niet al het feitelijk reëel mogelijke hoeft te hebben gedaan maar slechts de gelet op de context van de organisatie geldende zorgplichten hoeft te hebben nageleefd). Dat zal doorgaans bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een medewerker in een normaal bedrijf ineens een collega aanvalt. Ook toerekening van daderschap zal dus mede op reële realiseerbaarheid moeten zijn gegrond om redelijk te kunnen zijn. Hierbij past om beschikkingsmacht als vaste voorwaarde voor daderschap van de rechtspersoon te positioneren.

35 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006, 328, m.nt. Mevis (Drijfmet) en HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016, 375, m.nt. Wolswijk. Zie nader over de omstandigheden o.a. A.L.M. Schaap, *Het daderschap van de rechtspersoon* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 63-77.

36 Schaap, *a.w.* voetnoot 35, p. 603 en voorts 588-590 resp. 333-350 en 599.

Proportionaliteit, fairness en waarachtigheid

In samenhang met het voorgaande kan ook nu betekenis toekomen aan de proportionaliteitsgedachte dat strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een gedraging alleen aanvaardbaar kan zijn wanneer het vaststellen van zodanige aansprakelijkheid niet disproportioneel is ten opzichte van de concreet vertoonde gedraging. Bijvoorbeeld het aan een rechtspersoon toerekenen van een door een natuurlijk persoon (eigenmachtig) begaan strafbaar feit zou disproportioneel kunnen zijn als de toerekening slechts is gebaseerd op een net niet optimaal handelen door de rechtspersoon (bijvoorbeeld ondergeschikte onvolkomenheden bij de uitoefening van controle of het geven van instructies). Als uitgangspunt kan dus dienen dat het strafbaar feit moet liggen binnen de reikwijdte van de gedraging (handelen en/of nalaten) van de rechtspersoon – in het voorbeeld: het onvolkomen handelen – om dat feit aan de rechtspersoon te kunnen verbinden. Ter gedachtenvorming kan het nuttig zijn om niet alleen te overwegen of het strafbaar feit binnen de reikwijdte van de gedraging van de rechtspersoon tot stand kwam, maar ook of de activiteiten van de rechtspersoon binnen de reikwijdte van het strafbaar feit liggen. Opmerking verdient verder nog dat toekenning van een cruciale betekenis aan een gedraging van de rechtspersoon die voor het in de organisatie gepleegde strafbare feit inhoudelijk tamelijk betekenisloos is, bovendien wringt met de redelijkheidswaarden van *fairness* en *waarachtigheid*.

Voorzienbaarheid

Strafrechtelijke aansprakelijkheid voor strafbare feiten die niet voorzienbaar zijn, zal moeilijk als redelijk kunnen worden aangemerkt. De vraag is echter of voorzienbaarheid van belang moet worden geacht voor daderschap en de redelijke toerekening daarvan. Wanneer het strafbaar feit voorzienbaar was voor de rechtspersoon, zal toerekening eerder redelijk zijn, zoals ook blijkt uit de tweede en vierde omstandigheid die immers voorzienbaarheid impliceren. Wanneer het voorzienbaar is dat in de rechtspersoon strafbare feiten worden gepleegd, kan dit bovendien verantwoordelijkheden c.q. zorgplichten om deze te voorkomen oproepen of verzwaren. Het gaat er echter om of bij een onvoorzien strafbaar feit toch redelijk te noemen toerekening van daderschap aan de rechtspersoon kan plaatsvinden. Ik meen dat dit vanwege het navolgende het geval is, hetgeen impliceert dat voorzienbaarheid mijns inziens niet noodzakelijk is voor een redelijke toerekening.³⁷

De voorzienbaarheid waar het hier om gaat betreft de subjectieve (cognitieve) gesteldheid waarmee de rechtspersoon handelt of nalaat (dat handelen of nalaten betreft dus niet het in de sfeer van de rechtspersoon gepleegde strafbaar feit zelf maar de gedraging van de rechtspersoon die dat feit instigeert, fiatteert, toelaat of niet voorkomt). Daarentegen is het daderschap in beginsel juist objectief – zij het ook normatief – van aard. Daderschap betreft in essentie de feitelijke (fysieke of functionele) vervulling van de delictsgedraging. Daarbij sluit onvoorzienbaarheid niet algemeen het vaststellen van daderschap uit, zoals voor de toerekening daarvan ook aanvaarding van het concrete gedrag geen voorwaarde is (vgl. de vierde omstandigheid, de IJzerdraadcriteria). Dogmatisch leidt hantering van een voorzienbaarheidseis bij daderschap dus tot vertroebeling, terwijl het daarbij stellen van die eis mijns inziens niet nodig is.

Voor dat laatste telt dat een gebrek aan voorzienbaarheid ook voor de rechtspersoon kan worden verwerkt via opzet, culpa en schulduitsluitingsgronden (en eventueel ook causaal verband). Daarbij komt dat binnen daderschap hooguit abstracte voorzienbaarheid zal kunnen worden vereist, althans wanneer men gewrongen constructies wil voorkomen

37 Anders Schaap, a.w. voetnoot 35, p. 574-578, 602-603, die als een ondergrens van daderschap bepleit dat moet blijken dat het verboden gedrag voor de rechtspersoon voorzienbaar was.

om daderschap vast te stellen voor feiten die als zodanig duidelijk binnen de sfeer van de rechtspersoon liggen maar die deze subjectief niet had voorzien. Ik zie bijvoorbeeld niet waarom het per definitie onredelijk zou zijn om daderschap aan te nemen ingeval sprake is van subjectieve onvoorzienbaarheid bij de rechtspersoon van een duidelijk binnen de sfeer van de organisatie gepleegd strafbaar feit dat zich kon voordoen door schending van zorgstandaarden. Ook wanneer daarbij sprake is van eigenmachtig optreden, komt het mijns inziens aan op de vraag of sprake is van een voldoende sterk materieel verband tussen het plaatsvinden van het strafbaar feit en eventuele nalatigheid door de rechtspersoon.

7. **Grenzen en invulling van redelijke toerekening: rechtsstatelijk en democratisch**

Het voorgaande betekent dat toerekening van causaal verband en toerekening van daderschap aan de rechtspersoon in beginsel niet redelijk kunnen zijn wanneer daarbij een of meer van in elk geval de hiervoor besproken materiële eisen van realiseerbaarheid, proportionaliteit, waarachtigheid en fairness worden veronachtzaamd. In essentie gaat het steeds om de toepassing van deze redelijkheidsvereisten op een relatie: bij het causaal verband die tussen een gevolg en een handelen of nalaten, bij het daderschap van de rechtspersoon die tussen een strafbaar feit en een handelen of nalaten van de rechtspersoon. Bezien vanuit die waarden komt het samengevat op het volgende neer.

- *Realiseerbaarheid*: toerekening van het gevolg (bij causaal verband) of het strafbaar feit (bij daderschap) op grond van een gedraging (handelen of nalaten) is onredelijk wanneer de verdachte persoon respectievelijk rechtspersoon over het gevolg of het strafbaar feit reëel geen controle had of kon hebben (bij handelen doordat er daarmee geen oorzakelijk verband is en bij nalaten doordat het gevolg of het strafbaar feit niet reëel kon worden voorkomen).
- *Proportionaliteit, fairness en waarachtigheid*: toerekening van het gevolg (bij causaal verband) of het strafbaar feit (bij daderschap) op grond van een gedraging (handelen of nalaten) is onredelijk wanneer die gedraging in concreto voor het ontstaan van gevolg of het strafbaar feit materieel van onbeduidende betekenis is, bijvoorbeeld omdat het gevolg of het strafbaar feit niet binnen de reikwijdte van de gedraging ligt of omdat er anderszins geen betekenisvol inhoudelijk verband daarmee bestaat.
- *Niet per se ook voorzienbaarheid*: voorzienbaarheid van het gevolg (bij causaal verband) of het strafbaar feit (bij daderschap) is geen noodzakelijke voorwaarde voor een als redelijk te kwalificeren toerekening van causaal verband en daderschap van de rechtspersoon, maar overigens wel voor redelijke vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Omdat de begrippen realiseerbaarheid, proportionaliteit, waarachtigheid en fairness niet aan stoffelijke objecten refereren maar veeleer beoordelingen van feitelijke toestanden vertegenwoordigen en dus deels ook normatief van aard zijn, zal er – zoals dat met veel in het recht het geval is – discussie over kunnen bestaan wanneer toerekening in strijd daarmee is. De ruimte daarvoor is echter niet oeverloos. Deze begrippen hebben immers onder meer een zeker betekenisbereik (Wortlautgrenze) en de uitleg en toepassing ervan zal rationele overtuigingskracht moeten hebben en ook overigens aan de procedurele vereisten van redelijkheid moeten voldoen (in het bijzonder: kritische complete afweging, objectiviteitsgerichtheid, wederkerigheid). De besproken vereisten vinden een zekere aansluiting bij maatstaven die thans al binnen deze leerstukken gelden, maar het andere perspectief dat zij opleveren biedt de mogelijkheid de grenzen van redelijke toerekening scherper en vaster

te bepalen. Zij vormen mijns inziens dan ook een zinvol materieel fundament voor het redelijkheidsoordeel bij causaal verband en bij daderschap van de rechtspersoon. Louter een minimale inachtneming van de vereisten van realiseerbaarheid, proportionaliteit, waarachtigheid en fairness levert echter nog niet zonder meer een redelijk oordeel op. Redelijkheid vraagt doorgaans om meer. Vooral bij een verdere invulling van redelijkheid manifesteert de elasticiteit van dit begrip zich. Het gaat er dan bijvoorbeeld om welke kwalitatieve eisen men stelt aan de inhoudelijke relatie tussen gedraging en gevolg (causaal verband) of tussen het handelen of nalaten van de rechtspersoon en het gepleegde strafbare feit (daderschap). Vooral bij die nadere invulling is ook van belang dat een kenmerk van redelijkheid is dat de inhoud en werking ervan tot op zekere hoogte mede afhankelijk zijn van sociale acceptatie.³⁸ Wat als redelijk geldt kan afhangen van tijd en plaats, van maatschappelijke ontwikkelingen. In potentie speelt dit ook bij toerekening van causaal verband en van daderschap.

Zo zou het voor toerekening van causaal verband of van daderschap van de rechtspersoon verschil kunnen maken of de beoordeling daarvan plaatsvindt in een tijd waarin de gedragsvrijheid van de burger centraal staat of in een tijd waarin de nadruk maatschappelijk sterk ligt op de verantwoordelijkheid om risico's voor anderen te voorkomen. In het laatste geval zal een oordeel dat te veel risico's op het gevolg zijn genomen of dat de rechtspersoon onvoldoende zorg heeft betracht om het strafbaar feit tegen te gaan eerder als redelijk kunnen worden ervaren. Een ander voorbeeld biedt 't Hart in zijn annotatie bij het arrest Niet-behandelde longinfectie, over een in de nek geschoten slachtoffer dat op zeker moment afzag van medische behandeling: 'Naar mate een samenleving breder accepteert dat het vooruitzicht van een ondragelijk lijden en een niet-menswaardig leven het slachtoffer het recht geeft om de medische behandeling die het lijden continueert achterwege te doen laten of te doen stoppen, komt een dergelijke gang van zaken meer binnen de reikwijdte van de handeling van de verdachte te liggen en wordt het ook redelijker om de uiteindelijke dood hem toe te rekenen als gevolg van zijn handelen.'³⁹

Een en ander illustreert dat het redelijkheidsconcept effect kan geven aan democratische tendensen. Dat geldt uiteindelijk ten aanzien van alle factoren die een rol bij het redelijkheidsoordeel kunnen spelen en waarover duidelijke morele opvattingen in de maatschappij leven. Aldus kan ook het gewicht dat aan bepaalde belangen wordt toegekend verschuiven. Maar daaraan kan alleen gevolg worden gegeven nadat eerst de procedurele redelijkheidsvereisten (paragraaf 2) en sterke materiële redelijkheidsfundamenten (paragraaf 3) in acht zijn genomen. Bij het simpelweg negeren van gerechtvaardigde belangen komt de redelijkheid van het oordeel ter discussie te staan, in elk geval omdat dit dan niet steunt op de door de procedurele dimensies van redelijkheid vereiste identificatie en kritische afweging van alle relevante factoren, objectiviteitsgerichtheid, wederkerigheid en mogelijk ook rationele beoordeling. Redelijkheid is daardoor uiteindelijk ook een waarborg voor de rechtsstaat, aangezien de procedurele redelijkheidsvereisten en de sterke materiële redelijkheidsfundamenten ook daarvoor essentieel zijn.

Dat door maatschappelijke ontwikkelingen sprake is van een verschuiving van het veld waarbinnen een redelijkheidsoordeel mogelijk is, betekent op zichzelf nog niet dat bijvoorbeeld de rechter diens oordelen daarop moet bijsturen. In veel gevallen zal de al langer door de rechter gehanteerde benadering immers nog altijd als redelijk kunnen gelden. Daarbij komt dat in de redelijkheidsafweging ook gewicht kan toekomen aan belangen bij stabiliteit, duidelijkheid en consistentie van het recht. Het is uiteindelijk vooral in het kader

³⁸ Zie hiervoor paragraaf 3.

³⁹ A.C. 't Hart, noot bij HR 25 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0496, NJ 1997, 563.

van het materieelrechtelijk systeem dat mijns inziens onder meer causaal verband en het daderschap van de rechtspersoon moeten worden beoordeeld.

8. Een boei aan een elastiek

Redelijkheid is in zekere zin als een met een elastiek verankerde boei op het water: deze kan meedeinen op de golven, het horizontale bereik ervan varieert naar gelang de stand van het water en bij zware trekkracht op het elastiek kan dat bereik nog wat toenemen, maar steeds is er uiteindelijk ook een grens tot waar de boei kan gaan, zoals ook redelijkheid met de tijd kan meebewegen, soms meer dan anders, maar ook grenzen kent.

Redelijkheid kan soelaas bieden in situaties waarin sprake is van een complex aan factoren die moeten worden beoordeeld, terwijl de juistheid van de uitkomst niet met zekerheid valt vast te stellen. Het door regels strak inkaderen van de beoordeling of zelfs vooraf bepalen van uitkomsten, kan dan al gauw tot rigiditeit en mogelijk zelfs zekerheid van onrecht leiden, terwijl het centraal stellen van redelijkheid niet tot rechtsonzekerheid hoeft te leiden. Juist redelijkheid kan in dergelijke situaties immers houvast bieden om tot een oordeel te komen. Het dient daarbij dus ook niet als een sluitstuk te worden gepositioneerd, maar van meet af aan als kader waarbinnen de beoordeling dient plaats te vinden.

Cruciaal in dat kader zijn steeds zowel de procedurele als materiële redelijkheidsvoorwaarden. Op zichzelf en in relatie tot elkaar geven deze begrenzing en richting. Dat geldt bij de algemene invulling van onder meer leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid en het bepalen van de criteria daarbinnen, en dat gaat evenzeer op bij de toepassing daarvan op concrete feiten en omstandigheden. In die zin is redelijkheid niet alleen van belang met het oog op het bereiken van rechtvaardige oplossingen, maar kan het concept juist ook aan rechtszekerheid bijdragen daar waar die anders moeilijk realiseerbaar is. Voor een specifiek vraagstuk kan ter invulling van redelijkheid bovendien nadere inkadering worden geboden, en dat gebeurt in de praktijk ook, zoals bij de hiervoor behandelde redelijke toerekening van causaal verband en van daderschap van de rechtspersoon. Redelijkheid dus ook nog als markerings- en navigatieboei.