

Artikel

Artikel 157 Sr en de voorzienbaarheid van gevaar

mr. R. (Rob) ter Haar en mr. L. (Linda) Kesteloo*

NTS 2023/72

266

1. Inleiding

Op 15 maart 2021 oordeelde de rechtbank Overijssel over de vraag of er ‘gevaar voor zwaar lichamenlijk letsel voor een ander of anderen te duchten was’ in het geval van een verdachte die illegaal vuurwerk (een Cobra 6) aanstak en door de brievenbus van de voordeur van een bewoonde woning gooide.¹ Dit leidde tot een explosie in de woning. De rechtbank stelde de volgende feiten en omstandigheden vast:

‘Verdachte is op 25 oktober 2020 omstreeks 02.30 uur naar de woning van aangever te Vroomshoop gegaan. Bij de woning heeft verdachte een stuk vuurwerk, te weten een Cobra 6 aangestoken en door de brievenbus van de voordeur gegooid. Als gevolg hiervan is een explosie in de woning ontstaan. Op het moment dat verdachte de Cobra 6 door de brievenbus gooide was aangever achter de woning, achter de schutting (buiten de tuin voor de poortdeur) met zijn brommer bezig. De huisdieren van verdachte waren ten tijde

van de explosie in de woning aanwezig. Na de explosie lag er glas in de gang, waren de beide ruiten van de voordeur volledig vernield, was de wc-pot kapot, de wc-deur beschadigd en zaten er scheuren in het plafond.’

Men zou op basis van deze feiten wellicht geneigd zijn te oordelen dat toch alleszins gevaar voor (in dit geval) zwaar letsel ‘te duchten was’. De rechtbank oordeelde echter anders. Weliswaar gaat het erom – aldus de rechtbank – of dat gevaar ten tijde van het teweegbrengen van de ontploffing naar algemene ervaringsregels voorzienbaar moet zijn geweest, maar omdat op het moment van de explosie het potentiële slachtoffer zich niet in, maar achter de woning bevond, was er niet daadwerkelijk sprake van te duchten gevaar:

‘Nu aangever zich niet in de directe nabijheid van de explosie bevond, was gevaar voor zwaar lichamenlijk letsel voor hem niet daadwerkelijk te duchten. Uit het dossier blijkt niet dat een andere persoon dan aangever zich in de directe omgeving van de ontploffing bevond.’

Dit op het eerste gezicht misschien contra-intuïtieve oordeel is gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad over ‘te duchten gevaar’ begrijpelijk. De Hoge Raad geeft invulling aan het bestanddeel te duchten gevaar aan de hand van een vereiste van voorzienbaarheid. Daarbij gaat de Hoge Raad uit van voorzienbaarheid ten tijde van het handelen van de verdachte, maar heeft daar enigszins verrassend aan toegevoegd dat van een dergelijke voorzienbaarheid in de regel geen sprake zal zijn indien zich ten tijde van de ontploffing geen personen

* Mr. R. (Rob) ter Haar is rechter (i.o.), docent straf(proces)recht, redacteur van dit blad en rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Overijssel. Mr. L. (Linda) Kesteloo is docent/onderzoeker straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Overijssel.

1 Rb. Overijssel 15 maart 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1079.

in de nabijheid bevonden.² Volgens ons hoogste rechtscollege is van die vereiste voorzienbaarheid geen sprake indien de bewoner(s) zich ten tijde van de brandstichting niet in de woning bevond(en).³ De rechtbank Overijssel had in een situatie als deze feitelijk dus geen andere keuze dan (van dit onderdeel) vrij te spreken.

Deze uitleg van te duchten gevaar leidt ertoe dat verdachten zoals in de hierboven genoemde Overijsselse zaak lijken te profiteren van ‘mazzel achteraf’. De vraag is waar deze op het eerste oog met voorzienbaarheid moeilijk te rijmen uitleg vandaan komt, en waarom de Hoge Raad deze nodig denkt te hebben. De vraag is dan legitiem of dat wel is beoogd door de wetgever en of deze uitleg strookt met het vereiste van gevaar dat ‘te duchten moet zijn’.

Wat is nu de precieze uitleg van ‘te duchten gevaar’ en de betekenis die in dat verband moet worden toegekend aan daadwerkelijk gevaar? Die vraag is temeer van belang nu het aantal aanslagen met bommen bij voordeuren van woningen en bedrijfspanden explosief is gestegen in 2023.⁴ Het ligt dus voor de hand dat strafrechters in Nederland veelvuldig de ‘gevaarsvraag’ zullen moeten gaan beantwoorden.⁵ Deze complexe vraag⁶ hangt samen met meer algemene materieelrechtelijke kwesties als het karakter van een gevaarzettingsdelict, de betekenis van voorzienbaarheid en de invulling die wordt gegeven aan een ‘criteriumfiguur’ en het beoordelingsmoment waarop die figuur zijn ‘oordeel’ geeft, en is in de literatuur nog niet op bevredigende wijze beantwoord.⁷

2 Zie bijv. HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG1653, r.o. 2.3. Daarin overweegt de Hoge Raad: ‘Van die vereiste voorzienbaarheid zal in de regel geen sprake zijn indien de bewoner(s) zich ten tijde van de brandstichting niet in de woning bevond(en)’.

3 Zie hierover nader par. 2.1.

4 Zie bijv. de berichtgeving van Rijnmond.nl, 9 augustus 2023, te raadplegen via www.rijnmond.nl/ (titel: ‘2023 telt nu al meer dan 100 aanslagen met explosieven in onze regio, einde lijkt nog niet in zicht’). In dit verband ook noemenswaardig: HR 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2020 (Blokkeerfriezen). Tevens: L. Greco, *Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I)*, München: Beck, p. 438, Rn. 124.

5 Het speelde ook in de recente veroordeling van de Haagse rechtbank van een zevental klimaatactivisten van ‘Extinction Rebellion’. Zij zijn veroordeeld tot taakstraffen voor – onder meer – het oproepen tot demonstraties op de snelweg A12, juridisch te kwalificeren als ‘in het openbaar, bij geschrift tot enig strafbaar feit opruien, meermalen gepleegd’. Het feit waartoe werd opgeruid betrof het ‘opzettelijk een openbare landweg versperren terwijl daarvan gevaar voor de veiligheid van het verkeer is te duchten’; voor de rechtbank stond het gevaarzettende karakter van de actie waartoe werd opgeruid vast. Nu was het echter zo dat de politie vooraf op de hoogte was van de blokkades en de A12 daarom afsloot op het moment van de blokkades. Daadwerkelijk gevaar voor het verkeer bestond op dat moment aldus niet. Volgens Rozemond zijn de zeven klimaatactivisten daarom ten onrechte veroordeeld. Zie o.m. Rb. Den Haag 2 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:11458 en Rozemonds opinie-stuk in *de Volkskrant* van 4 augustus 2023 (‘De klimaatactivisten van Extinction Rebellion zijn ten onrechte veroordeeld’).

6 Overigens is de relevantie van deze vraag niet beperkt tot het opzettelijk teweegbrengen van een ontploffing zoals in de Overijsselse zaak, aangezien het bestanddeel ‘te duchten gevaar’ in maar liefst 21 artikelen in ons Wetboek van Strafrecht voorkomt.

7 In het strafrecht wordt gewerkt met een ‘criteriumfiguur’, wanneer niet het oordeel van de verdachte doorslaggevend kan zijn, en houdt in dat objectivering plaatsvindt door het gedrag van de verdachte te toetsen aan

In deze bijdrage over ‘te duchten gevaar’ zullen wij allereerst in meer algemene zin ingaan op de betekenis en oorsprong van dit bestanddeel en het rechtskarakter van het gevaarzettingsdelict (par. 2). Die analyse zal vervolgens worden aangevuld met een uitstapje naar het door het gevolg gekwalificeerde delict en het pogingsleerstuk, omdat daarbinnen met betrekking tot de voorzienbaarheid respectievelijk het voorwaardelijk opzet vergelijkbare vragen zijn gerezen (par. 3). Daarna reflecteren wij in een tussenconclusie op de invulling van het voorzienbaarheidsvereiste door de Hoge Raad en stellen wij – ter verduidelijking – een tweestappentoets voor (par. 4). Vervolgens werpen wij een blik op de rechtspraak, om inzicht te geven in de eisen die thans worden gesteld in de rechtspraak aan het bestanddeel ‘te duchten gevaar’ (par. 5), waarna wij tot een afronding komen (par. 6).

Onze vraagstelling kan aan de hand van twee hypothetische casus worden geconcretiseerd, waarin artikel 157 Sr ten laste is gelegd. Daarin is onder andere het opzettelijk brandstichten ten laste gelegd, waarbij het strafmaximum afhangt van de ernst van het gevaar dat daarvan te duchten is. Zo wordt de handeling bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaar of een geldboete van de vijfde categorie, indien daarvan gemeen gevaar voor goederen te duchten is (sub 1), en met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien daarvan levensgevaar of gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander te duchten is (sub 2). Een ‘makkelijk’ geval waarop de strafbaarstelling van artikel 157 Sr kan worden toegepast, is wanneer een verdachte opzettelijk brand sticht bij een woning, waarna de mensen die zich daarin bevinden, gealarmeerd door het brandalarm, zichzelf ternauwernood in veiligheid weten te brengen. Er is dan sprake van gevaar dat kon worden verwacht en dat ook daadwerkelijk is ontstaan. Moeilijker te beoordelen gevallen doen zich voor als de *voorzienbaarheid* van het gevaar op het pleegmoment en de latere, *daadwerkelijke verwezenlijking* daarvan uiteenlopen. Om het concreet te maken: valt de verdachte het strafrechtelijke verwijt ook te maken indien het (op het moment van plegen) voorzienbare gevaar zich niet had kunnen verwezenlijken (situatie 1)? Die situatie doet zich bijvoorbeeld voor indien de verdachte brand sticht bij een woning, terwijl achteraf blijkt dat het daarin wonende gezin op vakantie was. En wat nu als – daaraan tegengesteld – een niet voorzienbaar gevaar zich juist wél heeft verwezenlijkt (situatie 2)? Daarbij kan worden gedacht aan een geval waarin de verdachte brand sticht aan de voorzijde van een bedrijfspand, waarin – aan de achterzijde, niet zichtbaar voor de brandstichter – mensen blijken te wonen, die op het moment van de brandstichting thuis zijn, en – gealarmeerd door het brandalarm – ternauwernood aan de brand weten te ontsnappen. Wij zullen in deze bijdrage steeds teruggrijpen op deze twee casus,

dat van de gemiddelde, verstandige en rechtstrouwe burger die zich in een soortgelijke situatie bevindt.

om te verduidelijken of en waarom verschillende perspectieven tot andere uitkomsten (lijken te) leiden, om zo uiteindelijk tot de beantwoording te komen van vernoemde vraagstelling.

2. Betekenis en oorsprong ‘te duchten gevaar’

2.1 Taalkundige betekenis en het ‘Woning boven bedrijfspand’-arrest

Volgens de Van Dale betekent *duchten* ‘bang zijn voor’ of ‘vrezen’. In ieder geval taalkundig is het dus zo dat niet wordt vereist dat mensen daadwerkelijk in gevaar zijn geweest, maar slechts dat daarvoor moest worden gevreesd. Dat zou betekenen dat situatie 1 taalkundig gezien wel onder het bereik van de strafbaarstelling zou vallen. Vrezen is toekomstgericht en staat los van het resultaat (in casu de vakantieplannen van de bewoners van de woning).

Toch is dat uiteindelijk niet de uitkomst volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad. In de eerder genoemde zaak uit 2009 ging het om de vraag of in geval van een brandstichting voldaan was aan het in artikel 157 Sr opgenomen bestanddeel ‘te duchten gevaar’.⁸ Verdachte had brand gesticht in een bedrijfspand, vermoedelijk ter vergelding voor een eerdere weigering van het bedrijf om een partij aluminium van verdachte te kopen. Boven het bedrijfspand was een woning gelegen. In cassatie werd geklaagd over de veroordeling van verdachte, nu niet gebleken was dat de bovengelegen bedrijfswoning bewoonbaar was ten tijde van de verweten gedraging, waardoor onvoldoende is komen vast te staan dat het te duchten levensgevaar ook in concreto aanwezig was. Volgens de A-G blijkt evenwel uit de bewijsmiddelen dat de woning bewoond werd; punt is volgens hem wel dat de bewoners op het bewuste tijdstip afwezig waren:

‘De gebezigde bewijsmiddelen houden (...) niets in waaruit valt af te leiden dat door de brandstichting het leven van personen die zich in het gebouw bevonden of in de onmiddellijke omgeving daarvan, gevaar heeft gelopen, zodat in zoverre de bewezenverklaring ontoereikend met redenen is omkleed.’⁹

De Hoge Raad is het daarmee eens en formuleert een overweging over gemeen gevaar, die sindsdien vaker¹⁰ in rechtspraak terug te vinden is:

8 Zie HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG1653 (Woning boven bedrijfspand).

9 Concl. A-G 17 september 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BG1653, punt 4.6. Het hof noemde dat een ‘gelukkige omstandigheid’.

10 Zie ook par. 5. Ook: HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1700: ‘Van die vereiste voorzienbaarheid zal in de regel geen sprake zijn indien zich ten tijde van de ontploffing geen personen in de nabijheid bevonden.’ Met betrekking tot de strafbaarstelling van art. 161bis Sr, zegt de Hoge Raad in dit verband bijvoorbeeld het volgende: ‘Van die vereiste voorzienbaarheid zal in de regel geen sprake zijn indien zich doorgaans geen personen

‘Van zulk [te duchten, auteurs] levensgevaar is niet reeds sprake indien de brand is gesticht in een woning (of een andere behuizing die tot menselijke bewoning dient). Vgl. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, deel II, 1881, blz. 115-132, alsmede Notulen der Staatscommissie voor de zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht, 1870-1876, deel I blz. 244-248, deel III blz. 224-225, en deel III blz. 230-231. Om in een dergelijk geval in rechte het levensgevaar voor in het bijzonder de bewoner(s) als vaststaand te kunnen aannemen is vereist dat uit de inhoud van wettige bewijsmiddelen volgt dat dat levensgevaar inderdaad te duchten was. Dit betekent dat het levensgevaar ten tijde van de brandstichting naar algemene ervaringsregels voorzienbaar moet zijn geweest. Dat de dader zelf dat gevaar wellicht niet heeft voorzien, is in dat verband dus niet van belang.

Van die vereiste voorzienbaarheid zal in de regel geen sprake zijn indien de bewoner(s) zich ten tijde van de brandstichting niet in de woning bevond(en).¹¹

De Hoge Raad casseert. De bewezenverklaring, inhoudende dat van de brandstichting levensgevaar te duchten was voor ‘de in de [a-straat 2] woonachtige personen’, volgt niet uit de bewijsmiddelen. Die houden immers niet in dat die personen toen daar aanwezig waren.

Gevaar moet dus voorzienbaar zijn. Maakt het daarvoor uit of er ook daadwerkelijk gevaar was? Deze laatste, toegevoegde zin van de Hoge Raad suggereert dat dit inderdaad verschil maakt en de voorzienbaarheid mede afhangt van omstandigheden die ten tijde van de potentieel gevaarlijke gedraging niet bekend waren. Dat lijkt te duiden op een ex post-beoordeling. Het enerzijds *op het moment* van handelen vereisen van objectieve voorzienbaarheid en anderzijds daar afbreuk aan doen als *achteraf* blijkt dat er toch geen daadwerkelijk gevaar was, lijkt taalkundig gezien in ieder geval moeilijk met elkaar te rijmen. Dat doet de vraag rijzen waar die toevoeging vandaan komt, en wat de betekenis daarvan is voor de strafrechtspraak.

2.2 De wetsgeschiedenis van artikel 157 Sr

In het ‘Woning boven bedrijfspand’-arrest uit 2009 verwijst de Hoge Raad naar de Commissie-De Wal en Smidt.¹² In de wetshistorie is inderdaad veel aandacht uitgegaan naar de betekenis van gevaar in de zin van artikel 157 Sr. Op basis van de notulen van de Commissie-De Wal concludeert Fokkens dat de ‘gevaarsvraag’ ex ante dient te worden beoordeeld en dat daarbij moet worden uitgegaan van een ‘voorzichtig mens’. De redelijke, gemiddelde en voorzichtige mens moet op het mo-

in de nabijheid van het betreffende elektriciteitswerk bevinden.’ (HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:19).

11 HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG1653, r.o. 2.3.

12 Staatscommissie voor de zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht, 1870-1876. De taak van deze commissie bestond uit het samenstellen van een Wetboek van Strafrecht en het doen van voorstellen. De laatste vergadering werd gehouden op 30 juni 1875. Zie voor meer informatie het Nationaal Archief.

ment van handelen hebben geoordeeld dat er gevaar voor goederen, letsel of mensenlevens te voorzien/vrezen is.¹⁵ Dat het er daarbij niet toe doet of het betreffende gevaar ook daadwerkelijk is ontstaan, kan tevens worden afgeleid uit de wetsgeschiedenis. Het is verhelderend het commentaar uit NLR op dit punt hier integraal weer te geven, omdat dan direct duidelijk wordt hoe de wetgever op het ‘ex ante voorzienbaarheidspad’ is beland en waarom minder nadruk is komen te liggen op het daadwerkelijk ontstaan van gevaar. Wij hebben de Commissie-De Wal en Smidt op deze onderdelen ook zelf bestudeerd. Het bewuste commentaar luidt als volgt:

‘Ons artikel behelst “indien gemeen gevaar voor goederen enz. te duchten is.” Het volgende artikel, de culpose variant van het hier behandelde misdrijf omschrijvend, spreekt van “indien daardoor gemeen gevaar voor goederen enz. ontstaat.”

Is er nu tussen beide uitdrukkingen verschil? Zo ja, welk? Zo nee, is dan volgens beide het gevaar te beoordelen ex ante of ex post?

De memorie van toelichting geeft op het eerste gezicht een duidelijk antwoord. In beginsel, zo zegt zij, komt het er op aan, of er gevaar bestaat en dit is objectief te beoordelen. Alleen daarom, zo zet zij verder uiteen, is bij de doleuse delicten de term “te duchten zijn” gebruikt, omdat indien ook daar van “ontstaan” gesproken was, poging niet strafbaar zijn zou. Of nu deze laatste conclusie juist is, kan in het midden blijven, in ieder geval doet de sterke nadruk die de toelichting legde op de objectieve beoordeling van het gevaar denken aan een beoordeling ex post. Zo begreep het ook de CvR en zij had daartegen bezwaar. Wijzende op gevallen als die waarin iemand zijn eigen hooiberg in brand zou steken, waarin zich zonder dat hij het weten kon een bedelaar te slapen mocht hebben gelegd, verdedigde zij een amendement waardoor de redactie zou zijn geworden: “indien hij had moeten voorzien dat daarvan gemeen gevaar van goederen enz. te duchten was.” De Minister bestreed dit amendement met twee argumenten. Vooreerst zou het voet geven aan allerlei gezochte verweren en ten tweede zou het de moeilijke vraag doen ontstaan, of bij medeplichtigheid het kunnen voorzien van de dader of van de medeplichtige in aanmerking moest worden genomen. In het debat nu constateerde de Minister, dat partijen elkaar waren genaderd – de commissie door “kunnen voorzien” in “moeten voorzien” te veranderen, hij zelf door onder ten derde het te duchten zijn van levensgevaar in te voegen – ja zelfs dat ze het eigenlijk eens waren. Immers, zo betoogde hij, wat “men” kan voorzien zal ook de dader kunnen voorzien. Wat nu het geval van de bedelaar in de hooiberg betrof, aldus de Minister, diens aanwe-

zigheid kan “men” niet voorzien en dus was er, ex ante geoordeeld – en zo zou gevaar beoordeeld moeten worden – geen gevaar. Namens de CvR werd hierop opgemerkt, dat nu dit de opvatting van de Minister was, het amendement van de CvR als de minder dubbelzinnige formulering de voorkeur verdiende. Blijkbaar echter waren het de reeds genoemde bezwaren van de Minister, die tot verwerping van het amendement met een stem meerderheid leidden.

In het licht van deze geschiedenis staat dus vast, dat de wetgevende organen het zijn eens geworden over een opvatting van “gevaar” waarbij dit ex ante beoordeeld moet worden en daarom moet deze, die ook door de gerechtigheid geëist wordt, aanvaard worden. In dit verband wijs ik op de notulen van de Commissie de Wal (III, p. 244/5), waarin te lezen is, dat men de term “gevaar te voorzien” niet wilde, daar deze (aldus Loke) aanleiding zou geven tot de opvatting alsof de dader zelf het gevaar moest hebben voorzien. M.i. zal men, zoals ook in de Inleiding bij de Causaliteit is betoogd, moeten uitgaan van een voorzichtig mens ex ante.

Nu ook de Minister bij de uiteenzetting van zijn uiteindelijke standpunt geen beroep meer deed op de tegenstelling van “te duchten zijn” en “ontstaan”, maar enkel op zijn uitleg van het begrip gevaar, dient deze opvatting gelijkelijk aanvaard te worden voor de doleuse en de culpose misdrijven van deze titel. Geen reden is er om met Noyon in aant. 1 op art. 158 van de vierde druk te zeggen, dat bij culpose delicten, waar het alleen om het niet bedoelde gevolg gaat, niet ter sprake kan komen, of iets te duchten is. Integendeel schuld-aan-brand en schuld-aan-brand-waarvan-gemeen-gevaar-voor-goederen-te-duchten-is zijn verschillende schuld en alleen de laatste kan naar de strekking van de gehele titel hier strafbaar worden gesteld. De tegenstelling “ontstaan” en “te duchten zijn” heeft dus alleen de dan nog problematieke betekenis, die de MvT voor het geval van poging er aan hechtte.

Wanneer dus de Hoge Raad beslist dat door de tenlastelegging dat een bepaald gevaar is ontstaan ook voldoende is te laste gelegd dat dit gevaar te duchten was, dan kan men deze gelijkstelling slechts opvatten in de zin van gelijke beoordeling ex ante.

Eén betekenis – die zuiver taalkundig enigszins voor de hand zou liggen – moet men aan het verschil tussen beide termen zeker niet hechten, n.l. deze als zou “te duchten zijn” zien op een meer verwijderd gevaar, als het ware “gevaar voor gevaar”. (vgl. de in aant. 2 van de inleiding tot deze titel genoemde tweede gevaarsnorm van art. 5 WvW 1994). In deze richting ontbreekt in de wetsgeschiedenis elke aanwijzing en bovendien: bij beoordeling ex ante, waarbij dus het aannemen van gevaar niet in de eerste plaats afhankelijk is van wat is, maar van wat men weet, is gevaar

13 NLR, aant. 1 op art. 157 Sr. Het commentaar is bijgewerkt tot 1 maart 2006, hetgeen betekent dat de toegevoegde zin van de Hoge Raad hem nog niet bekend was.

veeleer iets dat “is te duchten” dan dat het “bestaat” of “ontstaat”.¹⁴

Indien ‘te duchten gevaar’ dus zo moet worden uitgelegd dat het gaat om een door een criteriumfiguur te verrichten ex ante-toets,¹⁵ waarbij niet relevant is welk gevaar is ontstaan,¹⁶ betekent dit dat de Hoge Raad in ieder geval een grotendeels¹⁷ juiste uitleg zou geven van het bestanddeel ‘te duchten gevaar’, door te overwegen dat is vereist dat dit gevaar ‘ten tijde van de brandstichting naar algemene ervaringsregels voorzienbaar moet zijn geweest’.¹⁸ Dan klopt ook de zienswijze van de Hoge Raad dat opvattingen van eventuele deskundigen niet doorslaggevend zijn voor de vraag of gevaar naar algemene ervaringsregels voorzienbaar is.¹⁹ Een rechter mag dus gemeen gevaar voor (in dit geval) goederen aannemen, zo legt A-G Hartevelde uit, indien een deskundige het overslaan van een brand ‘eigenlijk uitsluit’.²⁰

De vraag rijst dan waar de toevoeging van de Hoge Raad, dat van die vereiste voorzienbaarheid in de regel geen sprake zal zijn indien de bewoner(s) zich ten tijde van de brandstichting niet in de woning bevond(en), vandaan komt. Die toevoeging komt op het eerste gezicht enigszins uit de lucht vallen, nu de wetsgeschiedenis niet tot een dergelijke toevoeging lijkt te nopen en zij ook niet echt aansluit bij het woord ‘voorzienbaarheid’. Een prognose (in het kader van de voorzienbaarheid) kan namelijk moeilijk worden ingekleurd met mogelijk pas achteraf gebleken gegevens.

2.3 Aard van gevaarzettingsdelicten

Voor een goed begrip van het bestanddeel gevaar als bedoeld in artikel 157 Sr is het zinvol om een blik te werpen op de aard en het karakter van het delict. De artikelen met het bestanddeel ‘te duchten gevaar’ zijn te typeren als ‘concrete gevaarzettingsdelicten’. Anders dan bij krenkingsdelicten wordt bij gevaarzettingsdelicten niet de schending of krenking van een rechtsgoed strafbaar gesteld, maar het *gevaar* voor krenking. Betreft het delict een gedraging die in algemene, niet nader in de delictomschrijving gespecificeerde zin gevaar kan opleve-

ren, dan is er sprake van een abstract gevaarzettingsdelict. Wordt in de delictomschrijving het gevaar nader omschreven dan spreekt men van een concreet gevaarzettingsdelict.²¹ Een bekend voorbeeld van een abstract gevaarzettingsdelict is het rijden onder invloed van verdovende middelen (art. 8 WVV). Een dergelijk delict is gebaseerd op de notie dat onder invloed rijden voor het lijf en leven van andere weggebruikers algemeen gevaarlijk is. Of er in de concrete situatie gevaar is ontstaan, is dan niet relevant.²² Dat ligt dus anders bij een concreet gevaarzettingsdelict, waarbij de handeling eerst strafbaar is wanneer er in het concrete geval gevaar is ontstaan voor het in dat artikel beschermde rechtsgoed.²³

Een treffende beschrijving van een concreet gevaarzettingsdelict stamt uit de Duitse literatuur. Daarin is het uitgangspunt geformuleerd dat het beschermde rechtsgoed in het specifieke geval daadwerkelijk in gevaar moet zijn geweest; dat het gevolg niet is ingetreden is slechts toeval.²⁴ Zoals bij doodslag het steken (de handeling) tot de dood heeft geleid (gevolg), leidt bij brandstichting het aansteken van hout (de handeling) tot levensgevaar (het gevolg). Concrete gevaarzettingsdelicten verschillen in die zin dus niet van krenkingsdelicten.²⁵

Hoe moet de strafbaarstelling van brandstichting uit artikel 157 Sr in dit verband worden gezien? In de literatuur wordt dit artikel steeds genoemd als het bekendste voorbeeld van een concreet gevaarzettingsdelict.²⁶ Dat zou (moeten) betekenen dat een gestichte brand alleen onder de strafbaarstelling valt indien achteraf blijkt dat daadwerkelijk mensen of goederen in gevaar zijn geweest. In die lezing leidt situatie 1 niet tot een veroordeling. De wetsgeschiedenis dwingt zoals gezegd niet tot die conclusie, nu daarin de nadruk is komen te liggen op de voorzienbaarheid tijdens het stichten van de brand.²⁷

Wellicht heeft de Hoge Raad met de bewuste toevoeging dus aansluiting willen houden bij het karakter van het concrete gevaarzettingsdelict, namelijk dat strafbaarheid afhangt van de vraag of ook daadwerkelijk gevaar is ontstaan.²⁸ Onlogisch zou dat overigens niet zijn. Dat de

14 NLR, aant. 1 op art. 157 Sr.

15 Hetgeen de Hoge Raad dus grotendeels als uitgangspunt neemt door het vooropstellen van de ‘voorzienbaarheid’.

16 Zie in dat verband ook A-G Hartevelde in een conclusie voor HR 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2752 (ECLI:NL:PHR:2015:1943), waarin hij uitlegt (ditmaal in het kader van ‘te duchten gevaar’ in art. 385b, lid 1 sub 1° Sr) waar het bij de ‘ex ante’-beoordeling om draait, namelijk dat het feit dat gevaar te duchten is en niet dat dit gevaar zich ook daadwerkelijk verwezenlijkt: ‘Duidelijk wordt door het hanteren van “te duchten” dat het gaat om een beoordeling “ex ante”, dus ten tijde van de in het gronddelict gedefinieerde handeling – in art. 385b Sr dus ten tijde van het plegen van geweld tegen iemand die zich aan boord van het vliegtuig bevindt. Dat, door tijdig en deskundig ingrijpen of door toeval het gevaar zich (achteraf bezien) niet heeft gerealiseerd neemt de strafbaarheid dus niet weg.’

17 De laatste, toegevoegde zin wordt hierna nog nader geanalyseerd.

18 O.m. HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8840.

19 A-G Hartevelde in zijn conclusie voor HR 21 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:230 (ECLI:NL:PHR:2022:981, punt 3.14), onder verwijzing naar HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8840.

20 Hetgeen hem tot de logische gevolgtrekking brengt dat de vraag of sprake is van voorzienbaar gevaar dus een door de rechter autonoom in te vullen criterium lijkt te behelzen (ECLI:NL:PHR:2022:981, punt 3.14).

21 ECLI:NL:PHR:2015:1943.

22 Satzger zegt hierover treffend: ‘Die Gefährlichkeit der Tathandlung ist hier nicht Tatbestandmerkmal, sondern nur das gesetzgeberische Motiv für die Existenz der Vorschrift, sodass der Richter im Regelfall nicht zu prüfen hat, ob eine Gefährdung im Einzelfall wirklich eingetreten ist oder nicht’.

23 Zie De Hullu 2021, ‘Materieel strafrecht’, par. II.2.5.

24 L. Greco, *Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil (Band I)*, München: Beck 2020, p. 438, Rn. 124: ‘Bei den konkreten Gefährdungsdelikten setzt die Erfüllung des Tatbestandes voraus, dass das Rechtsgut sich im individuellen Fall wirklich in Gefahr befunden hat, ein Ausbleiben des Erfolges also nur zufällig ist.’

25 Idem.

26 De Hullu (hiervoor genoemd); R. ter Haar, *Algemeen Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. I.2.6.

27 Zie par. 2.2.

28 Al doet r.o. 2.6 van HR 21 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8840 in dit verband de vraag rijzen welke betekenis nu aan ex post gebleken feiten kan worden toegekend.

Hoge Raad in dat verband de vraag of gevaar is ontstaan (ex post) koppelt aan de voorzienbaarheid (ex ante), is echter minder gelukkig. Daardoor ontstaat namelijk onduidelijkheid, ook voor de wetgever zelf. Dat bleek onlangs nog toen de minister in het kader van de introductie van het nieuwe artikel 5a WVV moest uitleggen wat de betekenis is van de lijn van de Hoge Raad.²⁹ Hij was in dat verband door enkele Kamerfracties gevraagd om een verduidelijking van de reikwijdte van het delictsbestanddeel 'indien daarvan levensgevaar of gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander is te duchten' en met name over de vraag of de vervulling van dit bestanddeel afhankelijk is van de vraag of daadwerkelijk personen in de omgeving aanwezig zijn of niet.³⁰ De minister worstelde duidelijk met de ambiguïteit van de volledige passage van de Hoge Raad. Niet duidelijk is namelijk hoe situaties moeten worden geduid waarin een bestuurder van een vrachtwagen op zichzelf genomen zeer gevaarlijk rijdt, maar op zijn pad geen andere weggebruikers treft.³¹ Achteraf is dan niemand in gevaar geweest (de art. 5a WVV-variant van situatie 1). De minister zegt hierover het volgende:

'Bij de uitleg van dit bestanddeel in de zin van artikel 157 Sr (brandstichting) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat van die vereiste voorzienbaarheid in de regel geen sprake zal zijn indien zich doorgaans geen personen in de nabijheid van de plaats van dat handelen bevinden. Ik wijs in dit verband op het gebruik van de woorden «in de regel» en «doorgaans»; hieruit komt de casuïstische beoordeling naar voren die deze gevallen vergen. Of het gevaar naar algemene ervaringsregels in het concrete geval voorzienbaar is geweest, vergt een beoordeling van feiten en omstandigheden die is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Als in de regel een bepaalde omstandigheid niet voldoende is om strafbaarheid aan te nemen, kunnen bijzondere omstandigheden van het geval dit anders maken. Het gaat erom dat de rechter dergelijke omstandigheden in ogenschouw neemt, benoemt, afweegt en motiveert waarom hij in het desbetreffende geval tot zijn oordeel komt. Met betrekking tot het voorbeeld van een dronken vrachtwagenchauffeur die op enig moment veel te hard rijdt, terwijl hij tijdens de rit niemand tegenkomt, zal het oordeel of sprake was van te duchten gevaar on-

der meer afhangen van de vraag waar en op welk tijdstip hij dit deed. Rijdt de dronken chauffeur overdag veel te hard door een woonwijk, langs een winkelcentrum of een school waar ook nog waarschuwingssborden zijn geplaatst voor overstekende kinderen, dan is voorstelbaar dat de rechter eerder tot het oordeel komt dat sprake was van te duchten gevaar in de zin van artikel 5a dan wanneer dit gedrag 's nachts ver buiten de bebouwde kom plaatsvindt. Vastgesteld behoeft niet zozeer te worden of zich daadwerkelijk personen in de nabijheid van het handelen hebben bevonden, maar of de chauffeur volgens algemene ervaringsregels kon voorzien dat zijn zeer gevaarlijke rijgedrag een reëel risico op de dood of zwaar lichamelijk letsel voor anderen inhield. Het aannemen van gevaar is niet in de eerste plaats afhankelijk van wat is gebleken of gevolgd, maar van wat men kon en moest voorzien op het moment van handelen, namelijk dat er een sterke mogelijkheid was op de verwezenlijking van datgene waarvoor het gevaar ontstaat (dood of letsel).'³²

Conclusie is dus dat de op grond van de wetshistorie vereiste uitleg van 'te duchten gevaar' als enkel voorzienbaarheid ex ante wringt en (wellicht) onnodig voor onduidelijkheid zorgt. Het kan zeer wel zijn dat de Hoge Raad – om niet te veel verwijderd te geraken van een uitleg waarin het gaat om concreet daadwerkelijk gevaar – in aanvulling op de wetshistorie een component heeft willen toevoegen die verzekert dat wanneer er (kort gezegd) geen mensen in de buurt waren, simpelweg geen bewezenverklaring van artikel 157 Sr (voor zover ziende op zwaar letsel of levensgevaar) kan volgen.

3. Parallel met de 'door het gevolg gekwalificeerde delicten' en het pogingsleerstuk

Kijkt men naar de structuur en inhoud van artikel 157 Sr, dan dringt zich direct de vergelijking op met de zoge-

29 Art. 5a WVV: 'Het is een ieder verboden opzettelijk zich zodanig in het verkeer te gedragen dat de verkeersregels in ernstige mate worden geschonden, indien daarvan levensgevaar of gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander te duchten is.'

30 Kamerstukken I 2019/20, 35086, C, p. 3.

31 In Duitsland bestaat hier geen misverstand over (m.b.t. § 315c StGB). Dit artikel spreekt van 'und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet', waardoor het gevaar slechts op één manier kan worden uitgelegd: er moet daadwerkelijk concreet gevaar zijn ontstaan. Een buitengevaarlijke inhaalactie met een aanzienlijk risico op een botsing, terwijl die botsing uitblijft, omdat er toevalligerwijs geen tegenligger was, leidt vanwege het ontbrekende, concrete gevaar tot vrijspraak. Zie Greco 2020, p. 529, Rn. 148. Zie ook BGH 4 StR 469/17 – Beschluss van 15 maart 2018 (LG Bremen), (vereist wordt 'dass sich in der eingetretenen Gefahrenlage gerade das spezifische Risiko der Tathandlung verwirklicht hat').

32 Kamerstukken I 2019/20, 35086, C, p. 3. Deze uitleg van het voorzienbaarheidsvereiste komt echter niet helemaal overeen met die van de Hoge Raad, nu 'in de regel' een harde regel lijkt te zijn. Dit kan bijvoorbeeld volgen uit HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG1653, waarin het feit dat in het ten tijde van de brandstichting de wel degelijk bewoonde pand geen bewoners aanwezig waren, reden was de bewezenverklaring door het hof te casseren. Zie in dat verband ook par. 5 en A-G Machielse in zijn conclusie: 'In de klacht wordt er aan voorbij gegaan dat uit bewijsmiddel 49 volgt dat de woning is gelegen boven het kantoor van [A] en dat het perceel bewoond werd ten tijde van de verweten gedraging, doch dat de bewoners op het bewuste tijdstip afwezig waren. De gebezigde bewijsmiddelen houden echter niets in waaruit valt af te leiden dat door de brandstichting het leven van personen die zich in het gebouw bevonden of in de onmiddellijke omgeving daarvan, gevaar heeft gelopen, zodat in zoverre de bewezenverklaring ontoereikend met redenen is omkleed.'

noemde ‘door het gevolg gekwalificeerde delicten’.³³ Bij deze delicten wordt in een strafverzwaring voorzien wanneer door een bepaald gronddelict (basisdelict), zoals mishandeling of diefstal, een gevolg wordt veroorzaakt dat typisch is voor dat gronddelict in die zin dat dit een daaraan verbonden typisch risico is. Van belang hierbij is dat zo’n gevolg ‘geobjectiveerd’ is, dat wil zeggen aan het opzet onttrokken.³⁴ Een bekend voorbeeld is ‘mishandeling, de dood ten gevolge hebbende’ uit artikel 300 lid 3 Sr. Bij een door het gevolg gekwalificeerd delict kan worden volstaan met het beantwoorden van de vraag of sprake is van een relevante veroorzakende factor. De voorzienbaarheid treedt hier weliswaar enigszins naar de achtergrond, omdat opzet noch schuld is vereist met betrekking tot het geobjectiveerde gevolg. Het gaat hier in feite om ‘pechstrafrecht’.³⁵ Wordt bij een mishandeling iemand tegen het hoofd geslagen, waardoor hij ongelukkig valt en met zijn hoofd op de stoeprand klappt, en vervolgens overlijdt, dan kan dat dodelijk gevolg in redelijkheid aan de klap worden toegerekend. Het geobjectiveerde gevolg is een ‘typisch’ gevolg van een dergelijke handeling.³⁶ Het is, anders gezegd, in beginsel voorzienbaar dat een eenvoudige mishandeling ernstiger gevolgen kan hebben dan ‘enkel’ pijn of letsel.

Hoewel ook bij artikel 157 Sr het (te duchten) gevaar aan opzet en schuld is onttrokken, ligt het wat de voorzienbaarheid betreft net even iets anders. Waar bij de door het gevolg gekwalificeerde delicten dus in feite door de wetgever is bepaald wat voorzienbaar is, moet dat bij artikel 157 Sr telkens afzonderlijk worden getoetst en vastgesteld. Dan gaat het dus niet zozeer om ‘pechstrafrecht’, maar om een soort van ‘culpa light’-toets: de dader had gelet op de situatie ter plaatse moeten voorzien dat het door zijn optreden wellicht mogelijk is dat er gevaar voor levens of goederen zal ontstaan.³⁷ Evenals bij de poging betreft dit een objectieve ex ante-toets: het gaat om de inschatting van de gemiddelde voorzichtige mens,³⁸ die het daadplan van de verdachte kent en dus over dezelfde kennis van concrete feiten en omstandigheden beschikt als die dader.³⁹ A-G Van Peursemeer verwoordt het in zijn conclusie (in een civiele zaak) als volgt:

‘Objectivering betekent dat de kennis van de laedens wordt getoetst aan de kennis van een maatman: een gemiddeld en vergelijkbaar persoon. Op grond van deze toetsing aan een objectieve standaard wordt beoordeeld of de laedens had behoren te weten dat aan zijn handelen een zeker risico was verbonden. Dit geeft de rechter de mogelijkheid om niet alleen de risico’s die de laedens kende (subjectieve kennis), maar ook de risico’s die hij behoorde te kennen (objectieve kennis) aan zijn onrechtmatigheidsoordeel ten grondslag te leggen.’⁴⁰

Ten aanzien van de concretisering van het gevaar (dus de vraag of er ook daadwerkelijk gevaar moet zijn ontstaan voor personen of goederen), ligt de vergelijking met het pogingsleerstuk voor de hand, nu daar regelmatig de vraag aan de orde wordt gesteld of de situatie zoals deze achteraf kan worden vastgesteld aan het aannemen van een strafbare poging in de weg staat.⁴¹ In 2016 heeft de Hoge Raad in zijn bekende arrest ‘Steekwerend vest’ duidelijkheid geschapen door te wijzen op het ‘toekomstgerichte karakter’ van een poging, welk karakter maakt dat beslissend is of de betreffende gedraging normaalgesproken geschikt is om een bepaald gevolg te veroorzaken.⁴² Bijzondere omstandigheden die dan achteraf maken dat er geen aanmerkelijke kans op het gevolg was, doen aan het aannemen van een poging niet af. Hier kan dus niet anders dan het moment van handelen beslissend zijn, waardoor een dader zagezegd niet ‘profiteert’ van ‘mazzel achteraf’. Wanneer – met andere woorden – ook de criteriumfiguur de door de dader te verrichten gedraging als gevaarlijk zou inschatten,⁴³ kan worden geabstraheerd van achteraf blijken bijzonderheden. Dit is niet direct van overeenkomstige toepassing te verklaren op een concreet gevaarzettingsdelict als artikel 157 Sr, nu dit een voltooid delict betreft en aldus daadwerkelijk ontstaan gevaar vereist is.⁴⁴ Anders gezegd: artikel 157 Sr heeft – ondanks het vereiste van voorzienbaarheid, maar anders dan de reguliere poging – niet een ‘toekomstgericht karakter’.⁴⁵

4. Tussenconclusie: naar een tweestappentoets?

Artikel 157 Sr kan worden getypeerd als een concreet gevaarzettingsdelict. In het algemeen is kenmerkend voor zo’n delict dat daadwerkelijk gevaar is ontstaan. Aanvankelijk leek de wetgever het artikel ook op die wij-

33 Zie ook H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, deel II, 1891, p. 127, over mishandeling.

34 Voor een goed voorbeeld zie Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4479.

35 Ter Haar 2023, par. II.4.

36 Ter Haar 2023, par. II.4, onder verwijzing naar Hof Arnhem 21 oktober 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO1425.

37 E.e.a. uiteraard getoetst aan het oordeel van de criteriumfiguur in diezelfde situatie.

38 Iemand dus die op een reële en verstandige manier naar de algemene ervaringsregels kan kijken.

39 Zie hierover nader R. ter Haar & M. Hornman, ‘Het opzettelijk in ernstige mate schenden van de verkeersregels’, *NTS* 2021/1, p. 26-27. Zie voorts A-G Hartevelt in ECLI:NL:PHR:2022:981: ‘Uit het criterium dat het gevaar “naar algemene ervaringsregels voorzienbaar moet zijn geweest”, volgt dat het gaat om een objectief gevaar (de gevaarsinschatting van de verdachte is volgens de Hoge Raad “niet van belang”).’

40 ECLI:NL:PHR:2021:517, punt 2.6.

41 Zie bijv. het eerdergenoemde artikel van Ter Haar & Hornman en de conclusie van A-G Vegter voor HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6765 (vanaf punt 10).

42 HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2763, NJ 2017/198 m.nt. Rozemond.

43 Op basis uiteraard van dezelfde feitenkennis als de dader.

44 Zie in dit verband de aanvankelijke redenen voor de wetgever om te opteren voor ‘te duchten’ i.p.v. ‘is ontstaan’.

45 Zie in dit verband ook par. 2.3, waarin wij een concreet gevaarzettingsdelict vergelijken met een gevolgsdelict.

ze te zien door te spreken over gevaar dat *ontstaat*. Met de wijziging naar ‘te duchten gevaar’, aanvankelijk als gevolg van een discussie over de vraag of ‘poging tot’ dan wel strafbaar zou zijn, is de blik verschoven naar een ex ante-toets middels het vereiste van ‘voorzienbaarheid’. Hierdoor ging het niet meer zozeer om gevaar dat is ontstaan, maar om gevaar dat met de brandstichting moet worden gevreesd. In dat opzicht leidt de Hoge Raad uit de wetsgeschiedenis op zich terecht af dat dit betekent dat het levensgevaar ten tijde van de brandstichting naar algemene ervaringsregels voorzienbaar moet zijn geweest. Het feit dat de dader zelf dat gevaar wellicht niet heeft voorzien, is in dat verband niet van belang. Het is – gelet op het karakter van een concreet gevaarzettingsdelict – voorts begrijpelijk dat de Hoge Raad het hier niet bij laat, maar met een toevoeging komt die kan worden getypeerd als een correctie op de visie van de wetgever. Hierdoor wordt het mogelijk gemaakt artikel 157 Sr te blijven zien als een concreet gevaarzettingsdelict. Het punt is echter – en daar wringt zogezegd de schoen – dat de Hoge Raad dit enigszins presenteert alsof dit logischerwijs voortvloeit uit diezelfde wetshistorie. Zo zou de passage in ieder geval kunnen worden begrepen. De toegevoegde zin wordt in eerste instantie weliswaar niet direct aangesloten op de passage over Smidt en de notulen van de Staatscommissie, en dus nog enigszins als losstaand gepresenteerd, maar in de latere rechtspraak wordt het als één algemene overweging weergegeven.⁴⁶ Wat in feite een toevoeging van een ex post-element is,⁴⁷ wordt verpakt als een door de wetgever beoogde uitleg of interpretatie van voorzienbaarheid.

Door de *koppeling* te maken met het voorzienbaarheidsvereiste zorgt de Hoge Raad onnodig voor verwarring. Strikt genomen kan gewoon sprake zijn van een voorzienbaar gevaar ex ante wanneer achteraf blijkt dat er zich geen personen in de woning of nabijheid bevonden. Waar het oordeel van het hof in het ‘Woning boven bedrijfspand’-arrest dus zeer wel past in de (uiteindelijke) uitleg van de wetgever van het in artikel 157 Sr bedoelde gevaar,⁴⁸ maakt het oordeel van de Hoge Raad duidelijk dat wel vereist is dat mensen daadwerkelijk in gevaar zijn geweest. De verdachte dient dan dus te profiteren van ‘de gelukkige omstandigheid dat zowel in het bedrijfspand als in de bovenwoning op het moment dat de brand woedde, geen personen aanwezig waren’. Dat brandstichting in een woning an sich in de samenleving als zeer bedreigend wordt ervaren en gevoelens van onrust en onveiligheid met zich brengt, is dus voor de Hoge

Raad niet doorslaggevend voor zijn kennelijke visie op gevaar in artikel 157 Sr. Kortom: het zou wat ons betreft beter zijn geweest als het aspect van de aanwezigheid van mensen of goederen niet in de sleutel van voorzienbaarheid was gesteld.

Vanuit die verdedigbare visie op gevaar is het belangrijk om te expliciteren dat – anders dan bij het pogingsleerstuk – het gevaar daadwerkelijk ‘bestaat’ of ‘ontstaat’. Daarvoor behoeft niet de koppeling met de voorzienbaarheid te worden gelegd. Die voorzienbaarheid ziet namelijk op de subjectieve betrokkenheid van verdachte op het gevaar. Hoewel opzet of schuld op het gevaar dus niet is vereist, moet de dader dat gevaar wel hebben kunnen voorzien.⁴⁹

Het voorgaande leidt ons tot een expliciete tweestap-pentoets. Hierbij moeten de volgende twee zaken goed worden onderscheiden:

1. Er moet daadwerkelijk gevaar zijn ontstaan voor goederen of personen, omdat bij het ontbreken van concreet gevaar niet wordt voldaan aan de kern van artikel 157 Sr als zijnde een concreet gevaarzettingsdelict (objectieve ex post-toets).
2. De voorzienbaarheid van het gevaar moet worden gereserveerd voor het bij de verdachte aanwezige subjectieve element op moment van handelen (opzet op of schuld ten aanzien van gevaar is niet vereist, maar dit gevaar dient dus wel nog ‘voorzienbaar’ te zijn geweest. Dat betekent niet dat wordt vereist dat de verdachte het voorzag, maar dat dit voor de criteriumfiguur voorzienbaar was) (objectieve ex ante-toets).

Teruggrijpend op de schets uit de inleiding van de twee situaties, betekent dit het volgende. Situatie 1 – het gezin op vakantie – levert een vrijspraak op, vanwege het eerste punt: het gevaar heeft niet bestaan. Situatie 2 – de niet-zichtbare woning aan de achterzijde van het bedrijfspand, of de bedelaar in hooiberg – leidt tot een vrijspraak vanwege het tweede punt: het gevaar is niet voorzienbaar, ook niet voor de criteriumfiguur. Daarmee is echter nog niet gezegd wanneer precies sprake is van die vereiste voorzienbaarheid (ex ante) en wanneer er concreet gevaar was (ex post). Daarom wordt in het vervolg van deze bijdrage nog beknopt op die twee aspecten ingegaan.

5. De waardering van ex ante-gegevens en ex post-gegevens

Hoe kan nu worden bepaald of het te duchten gevaar naar algemene ervaringsregels voorzienbaar was? Terecht stelt Fokkens dat dit soms moeilijk te beoordelen

46 Zie HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG1653 (Woning boven bedrijfspand), later bijv. HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:16, r.o. 2.5.1.

47 Waarvan het belang reeds is beschreven in de wetsgeschiedenis. Smidt (deel II) 1891, p. 127: ‘Men straft een dader niet alleen voor het feit op zich zelf, maar ook voor de gevolgen van het feit, omdat hij die heeft voorzien.’

48 ‘Verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan het stichten van brand in een bedrijfspand met daarboven gelegen een woning. Door deze uitslaande brand ontstond een zeer gevaarlijke situatie.’ en ‘Het is een gelukkige omstandigheid geweest dat zowel in het bedrijfspand als in de bovenwoning op het moment dat de brand woedde, geen personen aanwezig waren.’

49 En hij heeft dat gevaar dus kunnen voorzien wanneer ook de criteriumfiguur dat kon voorzien.

is, omdat het voor de beoordelaar niet eenvoudig is om zich te verplaatsen in de situatie van voor de gebeurtenis, 'vooral omdat men zo licht geneigd is naar de uitslag te oordelen indien over het bestaan van een zo vluchtig begrip als gevaar beslist moet worden'. Hij vervolgt:

'Wanneer bij een ramp niemand is omgekomen zou men naar strikt causaliteitsbegrip kunnen volhouden dat er dus ook geen gevaar is geweest: de omstandigheden blijken toch van dien aard en zo samengesteld geweest te zijn, dat inderdaad het leven niet kon verloren gaan; het samenstel was dan zodanig dat het gevaar dat door een omstandigheid op zich zelf teweeggebracht had kunnen worden door het ingrijpen van de andere werd voorkomen.'⁵⁰

Zó moet de zaak echter niet worden beschouwd volgens Fokkens. Het gevaar bestaat wanneer 'naar de gewone loop der dingen zonder buitengewone omstandigheden de ernstige mogelijkheid van noodlottige afloop aanwezig is':

'Er is dus nogmaals gevaar te duchten wanneer een sterke mogelijkheid bestaat en ingezien kan worden van de verwezenlijking van datgene waarvoor gevaar ontstaat; gevaar voor goederen derhalve wanneer het licht mogelijk is dat goederen vernield of beschadigd zullen worden, gevaar voor het leven wanneer het licht mogelijk is dat iemand het leven er bij zal inschieten.'⁵¹

Men zou de 'licht mogelijk' van Fokkens ook kunnen uitleggen als 'zeer wel mogelijk', of kunnen aansluiten bij (de uitleg van) de 'aanmerkelijke kans' uit het voorwaardelijk opzet.⁵² Bij dit laatste gaat het namelijk ook om algemene ervaringsregels in combinatie met risico's die dusdanig zijn dat ze de mens aanleiding zouden moeten geven van de betreffende handeling af te zien.⁵³

50 NLR, aant. 2 op art. 157 Sr. Het commentaar is (zoals gezegd) bijgewerkt tot 1 maart 2006, hetgeen betekent dat de toegevoegde zin van de Hoge Raad hem nog niet bekend was.

51 NLR, aant. 2 op art. 157 Sr. Zie in dit verband ook HR 8 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1368. Dit was een economische zaak over gemeen gevaar in een asbestzaak, toen een gecertificeerd asbestverwijderingsbedrijf op ondeskundige wijze een stortlichaam ontgroef in Nuenen. Vraag was (onder andere) of in deze situatie, waarin door deze werkwijze onnodig asbestvezels in de lucht zijn gebracht, sprake was van 'te duchten gevaar voor de openbare gezondheid' als bedoeld in art. 173b sub 1 Sr. Het gevaar hoeft zich dus niet te hebben verwezenlijkt, maar er moet minimaal een reële kans hebben bestaan op die verwezenlijking.

52 In de zin van 'de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans' of 'de reële niet onwaarschijnlijke mogelijkheid' (HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718).

53 Zie ook Stamhuis zoals aangehaald door A-G Hartevelde in ECLI:NL:PHR:2015:1943: 'Stamhuis definieert gevaar als een toestand waarin de kans op het zich voordoen van een concrete onwenselijke gebeurtenis onaanvaardbaar groot is. Hij beschrijft het prototype gevaarzettingsdelict als gedrag waardoor het risico op een gevreesde gebeurtenis onaanvaardbaar vergroot wordt en waarmee de dader blijk geeft van een laakbare onverschilligheid ten opzichte van de beschermde rechtsgoederen.' Zie ook E.F. Stamhuis, Gemeen gevaar (oratie Heerlen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Dat het inderdaad lastig kan zijn om een ex ante-beoordeling uit te voeren zonder de uiteindelijke uitkomst daarin mee te nemen, blijkt ook uit rechtspsychologisch onderzoek. Zo zorgt de zogenoemde *hindsight bias* ervoor dat de inschatting van mensen van een kans dat zich een bepaalde gebeurtenis voordoet achteraf wordt gekleurd door de kennis die zij hebben over de daadwerkelijke afloop.⁵⁴ Anders gezegd: de waarschijnlijkheid van een gebeurtenis wordt retrospectief anders ingeschat dan wanneer *vooraf* een oordeel moet worden geveld, ook wel bekend als het 'Ik heb het altijd al geweten'-effect.⁵⁵ Een juridisch criterium zal deze menselijke neiging niet geheel kunnen onderdrukken; de expliciete koppeling tussen de voorzienbaarheid (ex ante) en ex post-informatie over het ontstane gevaar is in die zin ook niet zo gelukkig.

Hoe legt de Hoge Raad het bestanddeel 'te duchten gevaar' uit? Een korte analyse van zijn rechtspraak verduidelijkt in welke gevallen 'gevaar' naar algemene ervaringsregels als voorzienbaar wordt aangemerkt en welke concrete, achteraf blijkende omstandigheden daarvoor voldoende worden geacht.⁵⁶

Ten aanzien van 'gemeen gevaar voor goederen' eist de Hoge Raad dat zich ten tijde van de brandstichting goederen in de nabijheid bevonden. Dat was het geval in een brandstichtingszaak in de gemeente Eibergen uit 2002, waarin de woning waar de brand heeft gewoed binnen de bebouwde kom ligt, op betrekkelijk korte afstand van andere woningen en op korte afstand van de straat.⁵⁷ In de tuin van het aan de linkerkant van de woning gelegen woonhuis bevonden zich bomen en struiken en een houten schutting. Ook langs de straat stonden bomen, ook ter hoogte van de woning van verdachte. Op grond van deze afstand van de woning tot nabijgelegen woningen en goederen liet de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand dat gemeen gevaar voor goederen te duchten was.

In het kader van te duchten gevaar voor zwaar lichamenteel letsel als gevolg van het opzettelijk teweegbrengen van een ontploffing, eist de Hoge Raad dat zich ten tijde van de ontploffing personen in de nabijheid bevonden. Dit te duchten gevaar voor zwaar lichamenteel letsel voor bewoners, bezoekers en voorbijgangers was niet te duchten in een zaak die in 2005 in Venlo speelde.⁵⁸ De

54 Zie bijv. D.L. Schacter, *The Seven Sins of Memory. How the Minds Forgets and Remembers*, Boston: Houghton Mifflin Company 2001, p. 145-149.

55 T.A. Louie, M.T. Curren & K.R. Harich, 'I Knew We Would Win': Hindsight Bias for Favorable and Unfavorable Team Decision Outcomes', *Journal of Applied Psychology* 2000, p. 264. Modderman legde 'te duchten gevaar' in 1888 zo uit dat het 'te duchten was op het ogenblik waarop de daad gepleegd werd'. Hij vervolgt: 'Het is niet voldoende dat men *ex post facto*, als men alle omstandigheden kent, kunne zeggen: daar was van den aanvang af gevaar. Neen, er wordt geeischt dat er op het oogenblik van de daad, met de kennis welke men *toen* had, reeds gevaar te duchten was.' (Smidt (deel II), 1891, p. 128).

56 Wij hebben hiervoor op rechtspraak.nl gezocht en zaken geselecteerd die gewezen zijn na HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG1653 (Woning boven bedrijfspand).

57 HR 21 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8840.

58 HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1700.

verdachte in deze zaak bracht na de kerstdagen in een algemene toegangshal van een appartementencomplex een vuurwerkbom tot ontploffing. Het hof verwierp het verweer van de raadsman dat niet genoegzaam was gebleken dat het appartementencomplex bewoond werd, onder meer om de reden dat de woningen niet dichtgetimmerd waren, en ook anderszins geen aanwijzingen zichtbaar waren dat die woningen onbewoond zouden zijn. Bovendien zou een eventuele leegstand, zo stelde het hof, niet problematisch hoeven te zijn, omdat reeds voldoende is dat gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor passanten te duchten was. De Hoge Raad casseerde om de reden dat de bewijsmiddelen niet inhielden dat zich ten tijde van de ontploffing in de (directe) omgeving van het appartementencomplex personen bevonden.

Als het gaat om levensgevaar voor een ander bij brandstichting is voor de Hoge Raad dus van belang dat er mensen in de buurt waren. Gaat het om een woning, dan dienen de bewoners zich ten tijde van de brandstichting in de woning te hebben bevonden. In een zaak in Eindhoven uit 2005 was volgens de Hoge Raad geen sprake van te duchten gevaar omdat – ondanks het feit dat de verdachte brand had gesticht in een bedrijfspand (sportcentrum) met een daarboven gelegen woning en alle ramen van die woning reeds waren gesprongen – uit de bewijsmiddelen niet kon worden afgeleid dat die bewoners toen daar aanwezig waren.⁵⁹ Interessant is dat het hof in zijn strafmotivering sprak van een zeer gevaarlijke situatie die was ontstaan en dat het toeval⁶⁰ was dat er op dat moment geen personen aanwezig waren. Met betrekking tot de voorzienbaarheid (ex ante) overwoog het hof nog dat het er wel van uitgaat dat verdachte zich niet heeft gerealiseerd dat boven het bedrijf een woning was gelegen, maar dat dit niet wegneemt dat hij zich wel rekenschap had behoren te geven van de mogelijkheid dat het bedrijfspand tevens ruimte bood aan een bedrijfspand. Door hieraan voorbij te gaan heeft verdachte het risico genomen dat er slachtoffers zouden vallen, aldus het hof. Met andere woorden: het hof achtte het hier objectief voorzienbaar dat er mensen aanwezig hadden kunnen zijn. Voor de Hoge Raad maakte dit dus geen verschil; voor hem was de daadwerkelijke situatie doorslaggevend. Het oordeel van het hof omtrent het te duchten levensgevaar werd daarentegen wel in stand gelaten in een brandstichtingszaak in Apeldoorn.⁶¹ Het draaide hier om een brandstichting in een flatwoning op de tweede woonlaag van een flat met vier woonlagen, 's morgens rond 06.00 uur. In het perceel woedde brand op het moment dat de brandweer aankwam. Ondanks het feit dat de bewoners van twee ondergelegen woningen inderdaad thuis waren, en de verdachte, alvorens de brandbare stoffen tot ontsteking te brengen,

door het openen van kranen van een gasfornuis had werkstelligd dat in de woning gas uitstroomde, stond voor A-G Machielse onvoldoende vast dat het levensgevaar naar algemene ervaringsregels voorzienbaar is geweest. Met name was niet duidelijk welke gevaarstelling voor andere bewoners van het gebouw verbonden is geweest aan het openstaan van de gaskranen, noch welk risico bestond voor de brandweerman die de woning heeft betreden. Zo streng was de Hoge Raad niet. Nu uit de gebezigde bewijsmiddelen kon worden afgeleid dat de brand is gesticht in een woning die deel uitmaakt van een complex van naast en boven elkaar gelegen woningen, de brand is gesticht op een tijdstip waarop, naar van algemene bekendheid is, de kans zeer groot is dat minstens een deel van de bewoners van de omliggende woningen thuis is, de bewoners van twee ondergelegen woningen inderdaad thuis waren, en de verdachte, alvorens de brandbare stoffen tot ontsteking te brengen, de gaskraan had opengedraaid, konden de bewijsmiddelen het oordeel van het hof dragen dat naar algemene ervaringsregels levensgevaar voor andere personen voorzienbaar was.⁶² Voldoende is dat (een deel van de) bewoners van het wooncomplex thuis waren, maar er lijkt dus niet te worden vereist dat nog nader wordt gespecificeerd waarom dit dus gevaarlijk was. Ter vergelijking: het Duitse Bundesgerichtshof is op dit punt tamelijk streng door meer te eisen dan de enkele omstandigheid dat zich mensen in de nabije omgeving van de bron van het gevaar bevinden. Waar het om moet gaan is dat het feit dat het goed is afgelopen enkel van toeval heeft afgehangen.⁶³

In ECLI:NL:HR:2023:230 ging het (ditmaal in het kader van art. 170 lid 2 Sr⁶⁴ en poging tot art. 157 lid 2 Sr) ook om explosiegevaar vanwege vrijkomend gas en ook hier liet de Hoge Raad het oordeel van het hof inzake te duchten levensgevaar in stand.⁶⁵ De verdachte had uit een leegstaande woning gasleidingen verwijderd, waarna hij de woning heeft verlaten. Als gevolg daarvan is gas uitgestroomd en blijven uitstromen, waarbij direct sprake moet zijn geweest van een luid sissend geluid en een sterke gaslucht. Door dit uitstromende gas is in de woning en de belendende woning groot explosiegevaar

59 HR 17 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH0594. Dat niet gerept werd over (bijv.) burens of omwonenden hield verband met het feit dat de bewezenverklaring zag op levensgevaar te duchten voor 'de in de [a-straat 2] woonachtige personen'.

60 'Een gelukkige omstandigheid'.

61 HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7170.

62 HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7170, r.o. 3.4.

63 Zie bijv. BGH 23 oktober 2013, Beschluss – 4 StR 401/13, NStZ 2014, 85, 86 ('Die Tathandlung muss aber jedenfalls über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus im Hinblick auf einen bestimmten Vorgang in eine kritische Situation für das geschützte Rechtsgut geführt haben; in dieser Situation muss – was nach der allgemeinen Lebenserfahrung aufgrund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person so stark beeinträchtigt worden sein, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht'. En: 'Allein der Umstand, dass sich Menschen in enger räumlicher Nähe zur Gefahrenquelle befinden, genügt noch nicht zur Annahme einer konkreten Gefahr. Erforderlich ist ein Geschehen, bei dem ein unbeteiligter Beobachter zu der Einschätzung gelangt, dass 'das noch einmal gut gegangen sei'.)

64 'Hij die enig gebouw, getimmerte, installatie ter zee of voor het publiek toegankelijke plaats opzettelijk vernielt of beschadigt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is.'

65 HR 21 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:230.

ontstaan. Het levensgevaar was er volgens het hof voor de aanwezige medewerkers van de hulpdiensten, de verschillende omwonenden en hen die in de directe omgeving van de woning zijn geweest. Het punt was hier dat noch de woning zelf, noch de aanpalende woning werd bewoond. Dan moet er dus gevaar zijn ontstaan voor mensen die poolshoogte komen nemen⁶⁶ of voor omwonenden van huizen die niet direct aangrenzend zijn, maar toch gevaar lopen door de potentiële kracht van de explosie.⁶⁷ Dat kon het hof aannemen volgens de Hoge Raad, omdat na de bewezenverklarde gedragingen personen in de woning en in de directe omgeving daarvan aanwezig zijn geweest en de bewoners van een andere, naastgelegen woning hun woning moesten verlaten vanwege dit explosiegevaar. Dat de Hoge Raad hierbij vooropstelt dat het gevaar ook voorzienbaar kan zijn als het ten tijde van de bewezenverklarde gedragingen weliswaar nog niet, maar als gevolg van die gedragingen wel op een *later* moment te duchten is, houdt verband met het feit dat er geen mensen in de (zeer) directe omgeving⁶⁸ aanwezig waren maar wel mensen konden langlopen of poolshoogte konden komen nemen. Dat moet dan wel ook gebeurd zijn, omdat de Hoge Raad ‘te duchten’ dus uitlegt als daadwerkelijk gevaar. In casu was dat ook het geval, omdat na het verwijderen van de gasleiding door de verdachte personen in de directe omgeving van de woning aanwezig zijn geweest.⁶⁹

Gaat het om levensgevaar in combinatie met een pand niet zijnde een woning, dan geldt – evenals bij het hiervoor besproken teweegbrengen van een ontploffing – dat zich personen in de directe omgeving van het betreffende pand moeten hebben bevonden. Dit vereiste maakte volgens de Hoge Raad in ECLI:NL:HR:2009: BH0594 dat het hof niet heeft kunnen oordelen dat door de nachtelijke brandstichting in een sportschool op de tweede verdieping van een meer omvattend sportcentrum, levensgevaar voor personen was te duchten. Nog los van het feit dat de brand bewust was gesticht op een moment dat het sportcentrum dicht zou zijn,⁷⁰ bleek uit de bewijsmiddelen niet dat zich ten tijde van de brandstichting in de (directe) omgeving van het sportcentrum personen bevonden.⁷¹

Gaat het om het vernielen, beschadigen of onbruikbaar maken van een elektriciteitswerk, een stoornis in de gang of in de werking van zodanig werk veroorzaken, of

66 Niet zijnde de brandweer/hulpdiensten (zie punt 3.16 uit de conclusie van A-G Harteveld).

67 Die hier zeer groot was, aldus het hof: ‘Door het wegstromen van gas is fors explosiegevaar ontstaan in de woning en in de belendende woning. Vanwege dit explosiegevaar moest de weg tot 50 meter van de woning worden afgezet. De naastgelegen woning moest worden ontruimd en van tegenover gelegen woningen moesten de ramen en deuren gesloten blijven.’

68 In de woning zelf, naastgelegen woning, tuin, etc.

69 Zo was er een persoon die eerst met zijn vrouw langs de woning is gelopen en daarna nogmaals met zijn zwager is gaan kijken.

70 En zich dus de vraag naar de ex ante voorzienbaarheid opdringt.

71 Het hof verstond onder die ‘directe omgeving’ tevens ruimten gelegen boven, onder en/of naast de sportschool die geen deel uitmaakten van dat sportcentrum, maar wel deel uitmaakten van het totale complex.

een ten opzichte van zodanig werk genomen veiligheidsmaatregel verijdelen als bedoeld in artikel 161bis Sr (iets wat logischerwijs regelmatig aan de orde is in hennepzaken), dan zal volgens de Hoge Raad van de ‘vereiste voorzienbaarheid in de regel geen sprake zijn indien zich doorgaans geen personen in de nabijheid van het betreffende elektriciteitswerk bevinden’.⁷² Dat zal zich als het gaat om hennepkwekerijen in rijtjeshuizen of flatgebouwen evenwel niet vaak voordoen. De toevoeging door de Hoge Raad van het woord ‘doorgaans’ zou dan ook van doen kunnen hebben met het feit dat het rommelen met de meterkast een meer voortdurend (concreet) gevaar in het leven roept dan bijvoorbeeld het stichten van brand.⁷³ Brand zonder bewoners in het pand of in de directe nabijheid daarvan betekent niet alleen *geen ontstaan gevaar* maar ook een *niet meer te ontstaan gevaar* (althans niet door deze specifieke brand uiteraard). In het geval van artikel 161bis Sr kan er constant direct gevaar zijn voor bijvoorbeeld thuiskomende bewoners. Er kon dan ook door het hof worden geoordeeld dat levensgevaar voor anderen voorzienbaar is in zowel ECLI:NL:HR:2018:16 als in ECLI:NL:HR:2018:19.⁷⁴ In de eerstgenoemde zaak was dat het geval omdat uit de gebezigde bewijsmiddelen kon worden afgeleid dat een en ander geschiedde in een appartementencomplex waarin personen huizen en ook aanwezig waren, en daadwerkelijk brand is ontstaan op de zolderruimte van het perceel. In de tweede zaak werden de bewuste gedragingen verricht in twee slaapkamers in een hoekpand met houten vloeren op de derde etage van een portiekflat, terwijl de aangrenzende woningen bewoond waren, onder meer door een gepensioneerde buurman die veel thuis was.

6. Afronding

Voor een bewezenverklaring van ‘te duchten gevaar’ is niet alleen vereist dat sprake is van ontstaan gevaar, maar ook dat dit gevaar (objectief gezien) voorzienbaar was. De voorzienbaarheidseis voorkomt dat situatie 2-gevallen – de niet-zichtbare woning aan de achterzijde van het bedrijfspand – leiden tot strafbaarheid. De formulering van die eis heeft evenwel ook geleid tot onduidelijkheid over de weging van informatie die pas later bleek (situatie 1-gevallen). Wij hebben geschetst hoe deze onduidelijkheid is ontstaan, en ter verduidelijking twee stappen onderscheiden (in par. 4).

Op basis van de ex ante-beoordeling moet de rechter een oordeel vellen over de vraag of het gevaar redelijkerwijs te verwachten is door die betreffende gedraging,

72 HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:16; HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:19.

73 Volgens Wolswijk geldt hier dus een ruimere invulling van het bestanddeel ‘te duchten gevaar’ dan bij art. 157 Sr: ‘een minder grote kans op realisatie van het gevaar volstaat’. Zie punt 4 van zijn annotatie bij HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:16 (NJ 2018/334).

74 HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:16; HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:19.

onder die aan de verdachte bekende omstandigheden. Bezien zou dan kunnen worden of door het (bijvoorbeeld) brandstichten in die concrete situatie geenszins als een verrassing komt dat er gevaar ontstaat. Dat is het geval wanneer men op grond wat de ervaring ons leert toch kan bedenken dat de kans alleszins reëel is dat het ‘gevolgsgevaar’ zal ontstaan.⁷⁵

Met betrekking tot de dan nog resterende vraag of er ook daadwerkelijk gevaar is geweest, dringt zich logischerwijs de vraag op waarom het gevaar zich niet heeft gerealiseerd. Anders gezegd: waarom zijn er geen goederen verloren gegaan, is er geen zwaar letsel ontstaan of hebben geen mensen het leven gelaten? In de eerder besproken Duitse benadering lijken de eisen om tot een bewezenverklaring te kunnen komen hoger, in die zin dat het ‘net goed moet zijn gegaan’, dus: er was een groter gevaar voor het gevolg. Dit lijkt – als men kijkt naar de Nederlandse rechtspraak en de gevallen waarin gevaar wordt aangenomen – een te strenge uitleg van het gevaarsbegrip. Fokkens geeft hier een duidelijke aanwijzing, waar hij stelt dat gevaar bestaat wanneer ‘naar de gewone loop der dingen zonder buitengewone omstandigheden de ernstige mogelijkheid van noodlottige afloop aanwezig’ is.⁷⁶ En als achteraf blijkt dat het gevaar niet *had* kunnen ontstaan, dan levert dat dus een vrijpraak op, zoals in het ‘Woning boven bedrijfspand’-arrest het geval was.⁷⁷ Dan kan een gewone loop der dingen immers ook niet leiden tot een realisatie van het desbetreffende gevaar.

75 Vgl. NLR, aant. 2 op art. 100 Sr.

76 Daarbij speelt ook aard van het delict een rol, en dus ook de vraag of het gevaar voortduurt (als het ware ‘smeult’), zoals zich bijvoorbeeld in HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:16 en HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:19 voordeed.

77 HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG1653.