

## **De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van de strafwaardigheid van gedrag<sup>2</sup>**

DD 2018/13

### **13.1 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU0211**

“... en voorts met dien verstande, dat het hof aan de in het beroepen vonnis opgenomen motivering van de vrijspraak van het aan de verdachte onder 1. en 3. ten laste gelegde nog toevoegt, dat bij het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep niet is komen vast te staan, dat de dood van [slachtoffer] door de onder 1. weergegeven toediening van medicijnen is veroorzaakt. Ten aanzien van die toediening is het hof, de inhoud van de verklaringen dan wel berichten van de deskundigen [deskundige 1], [deskundige 2] en [deskundige 3] in aanmerking genomen, tot de overtuiging gekomen, dat – gezien zowel de aard van de middelen als de dosering ervan – verdachtes bedoeling bestrijding van de bij [slachtoffer] waargenomen symptomen was en niet de beëindiging van diens leven.”

### **13.2 Hoge Raad 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, NJ 2016/257, m.nt. N. Rozemond**

“2.5. Het oordeel van het Hof dat in het onderhavige geval de in de bewezenverklaring omschreven gedragingen van de verdachte kunnen worden gekwalificeerd als – kort gezegd – het vervaardigen en in bezit hebben van kinderporno in de zin van art. 240b Sr, getuigt, ook indien in aanmerking wordt genomen hetgeen hierna in 2.6 wordt overwogen, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het middel faalt derhalve.

2.6.1. De Hoge Raad tekent hierbij aan dat, mede gelet op de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis, moet worden aangenomen dat art. 240b Sr te ruim is geredigeerd, in die zin dat deze bepaling ook gevallen bestrijkt waarin volgens de wetgeschiedenis strafrechtelijke aansprakelijkstelling achterwege kan of dient te blijven. Relevante factoren voor het bepalen van dergelijke gevallen zouden daarbij in het bijzonder zijn de concrete gedraging van de verdachte, de leeftijd van de betrokkenen, de instemming van de betrokkenen en het ontbreken van enige aanwijzing voor een risico van verspreiding van de afbeelding(en) onder anderen dan de betrokkenen. Deze gevallen zouden in de – bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel niet weersproken – visie van de Minister nader moeten worden omschreven in de Aanwijzing kinderpornografie. Geen van de elkaar opvolgende Aanwijzingen kinderpornografie bevat evenwel enige omschrijving in die zin. Een verdachte die wordt vervolgd ter zake van het misdrijf van art. 240b Sr, kan zich derhalve niet met vrucht beroepen op die Aanwijzing. Daardoor laat zich nog sterker het gemis voelen dat de wetgever niet zelf art. 240b Sr zo heeft geformuleerd dat het zich niet uitstrekt over gevallen waarin naar zijn opvatting strafrechtelijke aansprakelijkstelling achterwege behoort te blijven.

---

1 V.E. van de Wetering is onderzoeker in opleiding bij het Erasmus MC; S.A. Eckhardt is student-assistent bij de afdeling Strafrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam; S.R. Bakker is wetenschappelijk docent en onderzoeker bij de afdeling Strafrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Citeerwijze: V.E. van de Wetering, S.A. Eckhardt & S.R. Bakker, 'De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van de strafwaardigheid van gedrag', DD 2018/13.

2.6.2. Bij deze stand van zaken is het aan de strafrechter om – ook al is voldaan aan alle bestanddelen van art. 240b Sr – in het soort gevallen dat is genoemd in de wetsgeschiedenis, aan de hand van factoren als hiervoor genoemd de vraag onder ogen te zien of het gedrag van de verdachte, alle omstandigheden in aanmerking genomen, van dien aard is dat het moet worden gekwalificeerd als het in die bepaling als misdrijf tegen de zeden strafbaar gestelde feit, en ingeval die vraag ontkenkend wordt beantwoord, de verdachte te ontslaan van alle rechtsvervolging op de grond dat het bewezenverklarde niet een strafbaar feit oplevert.”

### 13.3 Hoge Raad 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen

2.4.1. Het tweede middel klaagt in de eerste plaats over het oordeel van het Hof dat ‘uitbuiting’ als een (extra) impliciet bestanddeel van het vierde onderdeel van art. 273f, eerste lid, Sr moet worden aangemerkt.

2.4.2. Mede gelet op de wetsgeschiedenis en in aanmerking genomen dat handelen in strijd met art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4°, Sr wordt gekwalificeerd als ‘mensenhandel’ en wordt bedreigd met een gevangenisstraf van acht jaren, moet worden aangenomen dat de in het vierde onderdeel omschreven gedragingen alleen strafbaar zijn als zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld (vgl. HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309).

2.4.3. Dit brengt mee dat die gedragingen eerst dan als ‘mensenhandel’ kunnen worden bestraft indien uit de bewijsvoering volgt dat voldaan is aan voormelde voorwaarde dat zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. Het oordeel van het Hof dat ‘uitbuiting’ moet worden aangemerkt als een impliciet bestanddeel van art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4°, Sr, is derhalve juist.

2.4.4. Gelet op het vorenoverwogene heeft het Hof met juistheid geoordeeld dat voor bewezenverklaring van een op art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4°, Sr toegesneden tenlastelegging is vereist dat op grond van de omstandigheden van het geval uitbuiting komt vast te staan. Daarbij komt, gelet op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen en beslist in zijn arrest van 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099, NJ 2010/598, onder meer betekenis toe aan de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die zij voor de betrokkene meebrengt en het economisch voordeel dat daarmee door de tewerksteller wordt behaald terwijl bij de weging van deze en andere relevante factoren de in de Nederlandse samenleving geldende maatstaven als referentiekader dienen te worden gehanteerd. Hierbij geldt in geval van minderjarige slachtoffers dat de beoordeling van dergelijke factoren tot een andere uitkomst kan leiden dan in het geval het slachtoffer meerderjarig is (vgl. HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309).

2.5.1. Voorts klaagt het middel over het oordeel van het Hof dat met betrekking tot geen van de in de tenlastelegging omschreven gevallen sprake is van uitbuiting.

2.5.2. Het Hof heeft geoordeeld dat een gedraging als het ‘afsluiten van een telefoonabonnement’ niet zonder meer is aan te merken als arbeid of dienst tot het verrichten waarvan iemand wordt gedwongen of bewogen zich beschikbaar te stellen als bedoeld in art. 273f, eerste lid aanhef en onder 4°, Sr. Uitgaande van het in 2.4.4 vermelde toetsingskader heeft het Hof geoordeeld dat, in het bijzonder gelet op de aard en de korte duur (één of enkele dagen) van de diensten, de niet-noemenswaardige beperkingen die zij voor de betrokkenen meebrachten en het economische

voordeel dat daarmee door de verdachte werd behaald, alsmede gelet op de overige (persoonlijke) omstandigheden van de betrokkenen, in geen van deze gevallen sprake was van uitbuiting.

2.5.3. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, terwijl het ook in het licht van hetgeen door de Advocaat-Generaal bij het Hof in hoger beroep is aangevoerd omtrent de kwetsbaarheid van de betrokkenen, geen nadere motivering behoefde.

2.5.4. Het middel faalt.

2.6.1. Het eerste middel klaagt dat het Hof heeft miskend dat voor een bewezenverklaring van het eerste onderdeel van art. 273f, eerste lid, Sr niet is vereist dat uitbuiting daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, doch slechts dat de verdachte heeft gehandeld met het oogmerk van uitbuiting. Het Hof heeft zich, aldus het middel, daarom ten onrechte louter geconcentreerd op de tenlastellegging ter zake van het vierde onderdeel van art. 273f, eerste lid, Sr.

2.6.2. In het licht van 's Hofs oordeel dat en waarom in de onderhavige gevallen (telkens) geen sprake was van uitbuiting, geeft ook het kennelijke oordeel van het Hof dat van het oogmerk van uitbuiting in de zin van art. 273f, eerste lid onder 1°, Sr evenmin sprake was, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het niet onbegrijpelijk.

2.6.3. Ook het eerste middel is tevergeefs voorgesteld.”

#### 13.4 Hoge Raad 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:167, NJ 2017/258, m.nt. N. Rozemond

“2.1. Het middel klaagt over de door het Hof gegeven vrijspraak van het onder 2 tenlastegelegde.

2.2.1. Aan de verdachte is onder 2 tenlastegelegd dat:

“hij, in of omstreeks de periode van 01 januari 2011 tot en met 02 juni 2011 te Spijkenisse, in elk geval in Nederland, één of meermalen (telkens) 147, althans een aantal, afbeelding(en), te weten 137 foto's en/of 10 films en/of (een) gegevensdrager(s) bevattende (een) afbeelding(en), heeft verspreid en/of aangeboden en/of openlijk tentoongesteld en/of vervaardigd en/of ingevoerd en/of doorgevoerd en/of uitgevoerd en/of verworven en/of in bezit gehad en/of zich daartoe door middel van een geautomatiseerd werk en/of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang heeft verschaft, terwijl op die afbeelding(en) (een) seksuele gedraging(en) zichtbaar is/zijn, waarbij (telkens) een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet had bereikt, was betrokken of schijnbaar was betrokken, welke voornoemde seksuele gedragingen bestonden uit:

(...)

van welk(e) misdrijf/misdrijven hij, verdachte, een gewoonte heeft gemaakt.”

2.2.2. Het Hof heeft de verdachte vrijgesproken van het onder 2 tenlastegelegde en daartoe overwogen:

“Onder 2 wordt de verdachte – kort gezegd – verweten dat hij in de periode van 1 januari 2011 tot en met 2 juni 2011 afbeeldingen en films en (een) gegevensdrager(s) in bezit heeft gehad met afbeeldingen waarop seksuele gedragingen te zien zijn van personen die de leeftijd van

achtien jaar nog niet hadden bereikt, dat hij zich daar door middel van een geautomatiseerd werk dan wel met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang toe heeft verschaft en daarvan een gewoonte heeft gemaakt.

De verdediging heeft vrijspraak bepleit.

Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Uit het politieonderzoek van de bij verdachte in beslag genomen computer volgt dat van de 147 afbeeldingen die kinderpornografisch van aard waren 32 foto's en 2 films toegankelijk en benaderbaar waren voor de verdachte zonder dat de computer daarvoor in verbinding met het internet hoefde te staan (zie bijlage III en IIIa-bij het proces-verbaalnummer 258/2011). Voornoemde bestanden zijn aangetroffen in het zogenaamde cachegeheugen van verdachtes computer.

De verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep verklaard dat hij die bestanden nimmer bewust heeft opgeslagen op zijn computer.

Hoewel het hof vraagtekens zet bij de uitleg die de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep heeft gegeven aan zijn computergedrag, is het hof van oordeel dat niet wettig en overtuigend kan worden bewezen dat de verdachte de kinderpornografische afbeeldingen, die op de computer van de verdachte zijn aangetroffen en blijkens politieonderzoek waren opgeslagen in het zogenaamde cachegeheugen, opzettelijk in zijn bezit heeft gehad, nu het hof van oordeel is dat de niet-geëigende plek waar de bestanden zijn aangetroffen en de relatief geringe hoeveelheid van het aangetroffen materiaal niet wijzen op het opzettelijk bezit van kinderporno.

Gelet op het vorenstaande kan niet bewezen worden verklaard dat verdachte het opzet heeft gehad op het bezit van dat materiaal.

Het enkel bekijken van kinderpornografische afbeeldingen is door de wetgever niet strafbaar gesteld en anders dan de advocaat-generaal kennelijk meent is in deze niet aan de orde dat de verdachte zich met gebruikmaking van technologische middelen als versleuteling of een besloten computernetwerk toegang heeft verschaft tot een verzameling kinderpornografie die niet op zijn eigen computer is opgeslagen.

Naar het oordeel van het hof kan dan ook evenmin bewezen worden verklaard dat de verdachte door middel van een geautomatiseerd werk en/of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang heeft verschaft tot kinderpornografisch materiaal.

Naar 's hofs oordeel dient de verdachte derhalve van het hem onder 2 tenlastegelegde te worden vrijgesproken."

(...)

2.4. Met ingang van 1 januari 2010 is art. 240b Sr verruimd en is in dit artikel – naast onder meer het bezit van, kort gezegd, kinderporno – het zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang verschaffen tot kinderporno strafbaar gesteld. Blijkens de hiervoor weergegeven totstandkomingsgeschiedenis is met die wijziging van art. 240b Sr beoogd strafbaarstelling mede toe te snijden op gevallen waarin sprake is van het door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst kunnen beschikken over en kunnen bekijken van kinderporno, zonder dat tevens sprake is van "bezit" als bedoeld in art. 240b Sr omdat het kinderpornografische materiaal niet door de betrokkene wordt opgeslagen. Het enkele bekijken van kinderporno is door de wetgever evenwel niet strafbaar gesteld.

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat sprake is van "zich toegang verschaffen" als de verdachte een gedraging verricht die is gericht op het verkrijgen van toegang tot kinderporno, bijvoorbeeld door het bezoeken van kinderpornografische websites. Het opzet van de verdachte dient, al dan niet in voorwaardelijke vorm, te zijn gericht op het verkrijgen van die toegang.

2.5. In de onder 2.2.2 weergeven overweging ligt als oordeel van het Hof besloten dat voor bewezenverklaring van het bestanddeel “zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft” uit de bewijsmiddelen moet blijken dat gebruik is gemaakt van technologische middelen zoals “versleuteling of een besloten computernetwerk”. Dat oordeel getuigt – gelet op de onder 2.3 weergeven totstandkomingsgeschiedenis – van een te beperkte en dus onjuiste uitleg van art. 240b, eerste lid, Sr.

2.6. Het middel slaagt.”

### 13.5 Hoge Raad 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:220, NJ 2017/259, m.nt. E.J. Dommering

“3.1. Het middel komt op tegen het door het Hof gegeven ontslag van alle rechtsvervolging en klaagt in het bijzonder over de juistheid en de begrijpelijkheid van het oordeel van het Hof dat niet sprake is van een zodanig dringende maatschappelijke noodzaak als bedoeld in art. 10, tweede lid, EVRM dat de verdachte veroordeeld dient te worden voor handelen in strijd met art. 137e, eerste lid, Sr wegens het ter verspreiding in voorraad hebben van het boek *Mein Kampf*.

(...)

3.4. Het Hof heeft in de onderhavige zaak bewezenverklaard dat de verdachte heeft gehandeld in strijd met art. 137e Sr. Bewezenverklaard is dat de verdachte exemplaren van ‘*Mein Kampf*’ ter verspreiding in voorraad had waarin naar hij wist uitlatingen staan die voor Joden beledigend zijn en die aanzetten tot haat en discriminatie van Joden. Die bewezenverklaring staat in cassatie niet ter discussie.

3.5. Het gaat in cassatie alleen om de uit art. 10, tweede lid, EVRM voortvloeiende vervolgvraag of in het onderhavige geval een in de wet voorziene beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting door de verdachte ter zake van deze bewezenverklaring te veroordelen “in een democratische samenleving noodzakelijk” is. Bij de beoordeling van deze noodzaak om in te grijpen in de vrijheid van meningsuiting zijn de bijzondere omstandigheden van het geval van belang. Bij die beoordeling kan gewicht worden toegekend aan de wisselwerking tussen de aard van de uitlating of informatie en het mogelijke effect dat die uitlating of informatie sorteert alsmede aan de context waarbinnen zo een uitlating is gedaan of informatie is verstrekt (vgl. EHRM 15 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1015JUD002751008, *Perincek v. Switzerland* [GC], para 220).

Uitlatingen of andere informatieverstrekingen gericht tegen de aan het EVRM ten grondslag liggende waarden kunnen overigens, bij wijze van uitzondering en in extreme gevallen, de bescherming van art. 10 EVRM ontberen op grond van art. 17 EVRM.

3.6. Het Hof heeft geoordeeld dat een veroordeling van de verdachte voor het ter verspreiding in voorraad hebben van enkele antiquarische exemplaren niet noodzakelijk is in de in art. 10, tweede lid, EVRM bedoelde zin, omdat zo een veroordeling onevenredig zou zijn in verband met het te beschermen doel van de beperking van het grondrecht van vrije meningsuiting.

Daarbij heeft het Hof vooropgesteld dat het boek *Mein Kampf* in het kader van het maatschappelijk debat over antisemitisme en de bestrijding daarvan, gezien de inhoud en symboolwerking van het boek, van belang is als een van de historische bronnen van het antisemitische gedachtegoed. Voorts heeft het Hof – kort gezegd – in aanmerking genomen dat het ging om enkele, louter originele exemplaren uit de jaren dertig van de vorige eeuw, dat de verdachte heeft verklaard dat hij deze exemplaren slechts met het oog op de historische betekenis ter verspreiding in voorraad had en deze verkoopt aan belangstellenden voor historische exemplaren. Het Hof heeft in dit verband

ook vastgesteld dat niet is gebleken dat de verdachte het nazistische gedachtegoed aanhangt of propageert. Daarnaast heeft het Hof geconstateerd dat de tekst van het boek *Mein Kampf* in bibliotheken en op internet reeds vrijelijk beschikbaar is en dat al geruime tijd in binnen- en buitenland, met het oog op het belang van de vrije meningsuiting, het debat wordt gevoerd over de (wijze van) (vrije) verkoop en verspreiding van het boek.

3.7. Op basis van deze – met de waardering van de concrete feitelijke omstandigheden samenhangende – weging van de omstandigheden van het geval heeft het Hof tegen de achtergrond van hetgeen in 3.5 is vooropgesteld zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting kunnen oordelen dat “geen sprake [is] van een zodanig dwingende behoefte als bedoeld in artikel 10, tweede lid, van het EVRM, dat de verdachte voor het in voorraad hebben van het boek *Mein Kampf* in de bewezenverklaarde periode veroordeeld dient te worden”. Dat oordeel is, ondanks het antisemitische karakter van het boek, op grond van de door het Hof in aanmerking genomen overige feiten en omstandigheden en mede gelet op de context waarbinnen de gedraging van de verdachte plaatsvond, niet onbegrijpelijk.

3.8. Het middel is tevergeefs voorgesteld.”

### 13.6 Hoge Raad 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:579, NJ 2017/290, m.nt. P.A.M. Mevis

“2.3.1. De tenlastelegging is toegesneden op art. 248a Sr. Dit artikel luidt:

“Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.”

2.3.2. De in deze bepaling genoemde leeftijd betreft de daadwerkelijke leeftijd van de persoon die wordt bewogen ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen te dulden.

2.4.1. Het Hof heeft een poging tot het plegen van het misdrijf van art. 248a Sr bewezenverklaard. Blijkens de bewijsvoering heeft het Hof onder meer vastgesteld dat

- de verdachte op 10 juni 2011 via een bericht op de webpagina Hyves in de contactgroep Ponypark Citysite, die was bedoeld voor kinderen tot twaalf jaren, aan de tienjarige [betrokkene 1] heeft gevraagd of zij wel eens een piemel had gezien en of zij daar wel eens aan zou willen zitten;
- de verdachte later op diezelfde dag in een chatgesprek via het MSN-account van [betrokkene 1] heeft gevraagd om wat foto's van zichzelf te maken waarbij zij een beetje met haar beentjes wijd moest gaan zitten en een strak hemdje aan moest doen zodat de verdachte haar tietjes een beetje zou zien en hem vervolgens die foto's toe te sturen, waarvoor de verdachte een geldbedrag van € 100,- in het vooruitzicht heeft gesteld;
- op het moment dat de verdachte laatstgenoemde vragen stelde, de vader van [betrokkene 1] achter de computer zat en zich uitgaf voor [betrokkene 1].

2.4.2. Gelet op deze vaststellingen geeft het kennelijke oordeel van het Hof dat de bewezenverklaarde gedragingen van de verdachte een strafbare poging opleveren omdat zij naar de uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op de voltooiing van het delict dat bestaat in het opzettelijk bewegen van een persoon waarvan de verdachte redelijkerwijs moest vermoeden dat deze de

leeftijd van achttien jaren nog niet had bereikt, tot het plegen van ontuchtige handelingen en dat die gedragingen dus moeten worden aangemerkt als een begin van uitvoering van het voorgenomen misdrijf van art. 248a Sr, niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting en is dat oordeel ook toereikend gemotiveerd. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen het korte tijdsverloop en het nauwe verband tussen het bericht van de verdachte op de webpagina Hyves aan de tienjarige [betrokkene 1] en het vervolgens door hem gevoerde chatgesprek via het MSN-account van [betrokkene 1] met haar vader onder haar naam.”

### 13.7 Hoge Raad 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:644, NJ 2017/277, m.nt. T. Kooijmans

“2. Aan de beoordeling van de middelen voorafgaande beschouwing.

2.1. Bij een vermogensdelict als diefstal kan de rechter door de in de tenlastelegging aangebrachte keuzes voor de vraag worden gesteld of de verdachte zelf dat vermogensdelict heeft gepleegd dan wel of hij nadien daarbij (ook) op een strafbare wijze betrokken is geweest. Die vraag rijst in het bijzonder in die gevallen waarin de bewijsmiddelen vooral duiden op het voorhanden hebben van een voorwerp (kort) nadat met betrekking tot dit voorwerp een vermogensdelict is gepleegd.

2.2. Bij de beantwoording van de vraag of iemand zich heeft schuldig gemaakt aan het plegen van diefstal kan aan het enkele voorhanden hebben van een gestolen voorwerp niet zonder meer de conclusie worden verbonden dat de betrokkene dat voorwerp ook heeft gestolen. Voor de beoordeling van de betekenis die aan dat voorhanden hebben moet worden gehecht, zijn de feiten en omstandigheden van het geval van belang (vgl. HR 19 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2880, NJ 2010/475). Bij die beoordeling kan een rol spelen of de betrokkene een aannemelijke verklaring heeft gegeven voor dat voorhanden hebben. De omstandigheid dat hij weigert een verklaring af te leggen of een bepaalde vraag te beantwoorden ter zake van het voorhanden hebben van het voorwerp, kan op zichzelf – mede gelet op het bepaalde in art. 29, eerste lid, Sv – niet tot het bewijs bijdragen. Dat brengt echter niet mee dat de rechter in zijn overwegingen omtrent het gebezigde bewijsmateriaal niet zou mogen betrekken dat de verdachte voor zo'n omstandigheid als het voorhanden hebben van het voorwerp – welke omstandigheid op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend kan zijn voor het bewijs van het aan hem tenlastegelegde feit – geen aannemelijke, die redengevendheid ontzenuwende, verklaring heeft gegeven (vgl. HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733, NJ 1997/584).

2.3.1. In geval van betrokkenheid van de verdachte na het vermogensdelict kan heling in beeld komen. Daarbij geldt wel dat krachtens het begrip van heling – een begunstigingsmisdrijf – moet worden aangenomen dat de omstandigheid dat iemand een helingshandeling als genoemd in art. 416 of art. 417bis Sr verricht ten aanzien van een voorwerp dat hij zelf als pleger of als medepleger door enig misdrijf heeft verkregen, aan de kwalificatie heling in de weg staat. Indien dit laatste met voldoende concretisering ten verweren is aangevoerd en uit het onderzoek ter terechtzitting aannemelijk wordt, is kwalificatie als heling uitgesloten.

Kwalificatie als heling is tevens uitgesloten indien de in de bestreden uitspraak gebezigde bewijsvoering dwingt tot de gevolgtrekking dat het de verdachte zelf is geweest die als pleger of als medepleger het desbetreffende voorwerp door misdrijf heeft verkregen. Indien zij niet dwingt tot die gevolgtrekking – ook al laat zij die mogelijkheid wel open –, heeft de rechter de mogelijkheid dat het de verdachte zelf is geweest die als pleger of als medepleger het desbetreffende voorwerp door misdrijf heeft verkregen, kennelijk niet aannemelijk geoordeeld. Dat is een feitelijk oordeel dat in cassatie niet snel onbegrijpelijk zal worden geoordeeld. In dat verband kan van belang zijn of door of namens de verdachte in feitelijke aanleg op die – aan een veroordeling ter zake van heling in de

weg staande – omstandigheid een voldoende geconcretiseerd beroep is gedaan. (Vgl. bijvoorbeeld HR 1 november 2005, ECLI:NL:HR: 2005:AT8800, NJ 2006/424.)

Van belang is ook dat voor een bewezenverklaring van opzet- of schuldheiling dient te worden vastgesteld dat de verdachte “ten tijde van” bijvoorbeeld het voorhanden “krijgen” wist dan wel redelijkerwijs had moeten vermoeden dat het een “door misdrijf verkregen goed” betrof. Daarbij kan onder omstandigheden een rol spelen of de verdachte een aannemelijke verklaring heeft gegeven met betrekking tot het voorhanden hebben van het voorwerp.

2.3.2. In geval van betrokkenheid na het vermogensdelict kan ook witwassen in beeld komen. Daar geldt de voor heiling bestaande kwalificatie-uitsluitingsgrond ten aanzien van een eigen misdrijf niet (vgl. HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7923, NJ 2008/16), terwijl opzet en schuld niet zijn gekoppeld aan het moment van het voorhanden krijgen van het voorwerp. Wel is van belang dat niet elke gedraging die in de art. 420bis, eerste lid, en 420quater, eerste lid, Sr is omschreven, ongeacht de omstandigheden, de kwalificatie (schuld)witwassen rechtvaardigt. In het bijzonder indien een verdachte een “onmiddellijk” uit eigen misdrijf afkomstig voorwerp heeft “verworven” of “voorhanden heeft gehad”, worden bepaaldelijk eisen gesteld aan de motivering van het oordeel dat sprake is van (schuld)witwassen. Uit die motivering moet dan kunnen worden afgeleid dat de verdachte het voorwerp niet slechts heeft verworven of voorhanden heeft gehad, maar dat zijn gedragingen ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp.

Bij de beoordeling van de begrijpelijkheid van de beslissing omtrent de kwalificeerbaarheid als (schuld)witwassen in verband met in het bijzonder de “onmiddellijke” afkomst uit eigen misdrijf, kan onder meer van belang zijn hetgeen door of namens de verdachte met voldoende concretisering is aangevoerd met betrekking tot dit verwerven of voorhanden hebben door eigen misdrijf. (Vgl. met verdere verwijzingen HR 7 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:888, rov. 3.3.1 en 3.3.2 en HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3028, NJ 2016/82).

Deze kwalificatie-uitsluitingsgrond geldt niet voor het “eenvoudig (schuld)witwassen” als bedoeld in de – op 1 januari 2017 in werking getreden – art. 420bis.1 en 420quater.1 Sr (vgl. HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016: 2842).”

### 13.8 Hoge Raad 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:888, NJ 2017/367, m.nt. F. Vellinga-Schoonstra

“2.2.2. Het bestreden arrest houdt, voor zover hier van belang, het volgende in:

**“Strafbaarheid van het bewezen verklaarde**

De raadvrouw heeft ten aanzien van de feiten 1 en 2 een beroep gedaan op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid en ontslag van alle rechtsvervolging bepleit. Zij heeft hiertoe aangevoerd dat – kort gezegd – de verdachte (het hof begrijpt: enkel) heeft gehandeld uit humanitaire motieven. Het hof overweegt in dit verband dat zo al enkel sprake zou zijn van handelen uit humanitaire overwegingen, dit op zichzelf nog niet tot gevolg heeft dat in de onderhavige situatie de materiële wederrechtelijkheid van het thans bewezen geachte ontbreekt. Daarbij wordt nog opgemerkt dat de verdachte ook op legale wijze had kunnen trachten [betrokkene 1] en [betrokkene 3] naar Nederland te laten komen en dat niet op voorhand elke mogelijkheid daartoe ontbrak. Het verweer wordt verworpen.

(...)

Strafbaarheid van de verdachte

Ter terechtzitting in hoger beroep heeft de raadvrouw van de verdachte ten aanzien van de feiten 1 en 2 betoogd – kort gezegd – dat de verdachte handelde uit psychische overmacht, als

gevolg waarvan verdachte dient te worden ontslagen van alle rechtsvervolging. Daartoe heeft de raadvrouw aangevoerd dat de hulp van verdachte aan familie louter uit medemenselijkheid is gebeurd en er door de vriendin van de zoon van verdachte een zeer dringend en dwingend beroep op haar hulp werd gedaan dat maakte dat niet van haar verlangd kon worden dat ze daartegen weerstand zou bieden.

Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Het hof stelt voorop dat voor een beroep op psychische overmacht sprake moet zijn van een van buiten komende drang waaraan de verdachte redelijkerwijs geen weerstand kon en ook niet behoefde te bieden.

Er zijn geen omstandigheden aannemelijk geworden die inhouden dat er voor de verdachte geen geschikte alternatieven voorhanden waren om de vriendin van haar zoon en haar neef te helpen. Bovendien bevonden zij zich niet in een acute levensbedreigende situatie waarin van verdachte niet anders gevergd kon worden dan zij heeft gedaan. Het hof stelt vast dat daartoe niets concreets is aangevoerd. Verder zijn er geen feiten of omstandigheden door de raadvrouw aangevoerd of anderszins aannemelijk geworden die het door verdachte nagestreefde doel rechtvaardigen. Het verweer wordt verworpen.”

2.3. Deze oordelen van het Hof geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zij zijn niet onbegrijpelijk en, mede gelet op hetgeen door de verdediging is aangevoerd, toereikend gemotiveerd. De omstandigheid dat in de geschiedenis van de totstandkoming van art. 197a Sr aan de orde is gesteld dat humanitaire overwegingen de aanleiding kunnen vormen voor straffeloosheid, noopte het Hof – anders dan waarvan het middel uitgaat – niet tot nadere motivering van zijn oordelen.

Het middel faalt.

2.4.1. De Hoge Raad ziet aanleiding om nog enkele algemene opmerkingen te maken over een beroep op de niet-strafbaarheid van (de verdachte van) mensensmokkel vanwege handelen op ideële en humanitaire gronden.

(...)

2.4.5. Handelen op humanitaire gronden kan, indien het Openbaar Ministerie heeft geoordeeld dat het opportuun is te vervolgen, derhalve onder omstandigheden op grond van een algemene strafuitsluitingsgrond in de weg staan aan de strafbaarheid van de in art. 197a Sr omschreven mensensmokkel of van de dader daarvan. Daarbij kan vooral worden gedacht aan noodtoestand, waarbij – in het algemeen gesproken – de pleger van het feit, staande voor de noodzaak te kiezen uit onderling strijdige plichten en belangen, de zwaarstwegende heeft laten prevaleren. In bijzondere gevallen zou ook denkbaar kunnen zijn een beroep op psychische overmacht waarvoor sprake moet zijn van een van buiten komende drang waaraan de verdachte redelijkerwijze geen weerstand kon en ook niet behoefde te bieden.

Of een beroep op een dergelijke strafuitsluitingsgrond kan worden aanvaard hangt af van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Mede gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling kan in het bijzonder worden gedacht aan gevallen van humanitaire bijstand zonder enig oogmerk van eigen bevoordeling aan een vreemdeling van wie aannemelijk is dat hij in een zijn leven of veiligheid bedreigende noodsituatie verkeert en aan wie bij zijn vlucht redelijkerwijze niet op andere wijze hulp kan worden geboden dan door hem wederrechtelijk over de grens met Nederland te brengen of in Nederland verder te brengen.”

### 13.9 Hoge Raad 13 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1074, NJ 2017/339, m.nt. P.A.M. Mevis

“2.4. Het Hof heeft het in het middel bedoelde verweer als volgt samengevat en verworpen:

“Ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid

Standpunt van de verdediging

Namens verdachte is aangevoerd dat verdachte dient te worden ontslagen van alle rechtsvervolging vanwege het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.

Verdachte heeft de tenlastegelegde gedragingen verricht in het kader van een behoorlijke bedrijfsvoering van de hennepkwekerij, die uitsluitend voorzag in de bevoorrading van een tweetal gedoogde coffeeshops.

In de samenleving wordt het handhaven van het volledige verbod op de teelt van hennep naast het bestaande gedoogbeleid ten aanzien van de verkoop van hennepproducten als hypocriet ervaren. Doordat verdachte onder strikte voorwaarden en in alle openheid hennep heeft geteeld dient zij dezelfde doelen zoals die worden nagestreefd met het gedoogbeleid ten aanzien van de verkoop in coffeeshops.

(...)

Standpunt van het hof

Het hof stelt voorop dat het aan de wetgever is om te bepalen welke gedragingen (nog) wel en welke niet (meer) strafbaar gesteld moeten worden. Ook is het primair aan de wetgever om te bepalen in welke gevallen, ondanks dat naar de letter een strafbepaling is overtreden, toch geen sprake van strafbaarheid zal zijn. Daartoe zijn in het wetboek van strafrecht de strafuitsluitingsgronden opgenomen.

Niettemin hebben zich buiten dit wettelijke systeem om, in de rechtspraak een aantal strafuitsluitingsgronden ontwikkeld en één daarvan is het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid waarop in de onderhavige zaak een beroep wordt gedaan.

Van het ontbreken van de materiële wederrechtelijk zou kunnen worden gesproken – kort gezegd – als er zich een situatie voordoet, waarvan kan worden gezegd dat de maatschappelijke ontwikkelingen over de strafwaardigheid van een strafbaar gesteld feit zodanig zijn veranderd dat het niet meer als een strafbaar feit wordt beleefd en dien ten gevolge strafoplegging door de samenleving in brede zin als onrechtvaardig wordt ervaren.

Toegespitst op deze zaak, kan worden vastgesteld dat in de Opiumwet het verkopen en telen van hennep strafbaar is gesteld en dat daar in de Opiumwet geen uitzonderingen op zijn gemaakt behoudens de hier niet aan de orde zijnde uitzonderingen in de artikelen 4 en 6 van de Opiumwet.

Wel heeft zich in de handhaving van dat absolute verbod een verschil in beleid ontwikkeld tussen enerzijds de verkoop van hennepproducten en anderzijds het telen van hennep.

In de kern zit dat verschil in het feit dat de wetgever de verkoop van hennepproducten onder strikte voorwaarden gedoogt in die verkoopgelegenheden die daartoe een zogenoemde gedoogvergunning hebben verkregen terwijl het de teelt van hennepproducten onverkort onder het absolute verbod laat vallen.

Dit verschil in benadering van de verkoop enerzijds en het telen van hennep anderzijds staat tot op zekere hoogte op gespannen voet met elkaar en is daarom dan ook al gedurende vele jaren een bron van discussie. Het hof acht die discussie bekend, (zodat het ervan afziet die discussie hier weer te geven).

De vraag die thans naar voren wordt gebracht is dat de verdachte zich op het standpunt stelt dat deze brede maatschappelijke discussie thans zo ver is gevorderd dat het telen van hennep niet langer strafbaar geacht moet worden.

Het is hier van belang vast te stellen dat verdachte zich niet op het standpunt heeft gesteld dat elke vorm van hennepcultuur toegestaan zou moeten worden, doch slechts als aan een aantal voorwaarden is voldaan, waarbij derhalve wordt aangesloten bij een gedoogregeling gelijkend op die geldt voor de verkoop van hennepproducten.

Zoals eerder aangegeven heeft verdachte zich bij haar teelt gehouden aan een aantal voorwaarden, en tevens kan hier worden vastgesteld dat zij zich daarmee in belangrijke mate onderscheidt van de hennepcultuur zoals die gewoonlijk aan het oordeel van de rechter wordt voorgelegd.

De vraag is echter of dat voldoende is om het beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid te kunnen doen.

Het hof is van oordeel dat zulks niet het geval is.

Zoals eerder aangegeven gaat het bij het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid om een strafuitsluitingsgrond die buiten de reikwijdte van de wet om is ontwikkeld. Dat brengt grote terughoudendheid met zich mee bij de toepassing van deze strafuitsluitingsgrond. Met andere woorden, slechts in zeer bijzondere gevallen heeft een zodanig beroep kans van slagen. Toegespitst op deze zaak zou, wil een zodanig beroep enige kans van slagen hebben, in de eerste plaats onomstotelijk vast moeten komen te staan dat de voorwaarden, waaronder de hennepcultuur gedoogd zou kunnen worden, het resultaat zijn van een breed gevoerd en uitgekristalliseerd maatschappelijk debat, anders gezegd, er moet vast staan dat er een hoge mate van maatschappelijke consensus is over de voorwaarden waaronder de hennepcultuur gedoogd zou kunnen worden.

Verdachte is er niet in geslaagd het hof er van te overtuigen dat de voorwaarden waar zij zich aan heeft gehouden het resultaat zijn geweest van een zodanig debat en ook overigens is het hof daarvan niet gebleken, zodat het verweer van verdachte hierom wordt verworpen.”

2.5. Het middel berust op de opvatting dat aan de bewezenverklaarde gedragingen – kort gezegd: het bedrijfsmatig telen van hennep, meermalen gepleegd – de wederrechtelijkheid ontvalt doordat die hennepcultuur uitsluitend plaatsvindt volgens een verantwoord, niet op winstbejag gericht productieproces ten behoeve van de levering aan gedoogde coffeeshops, waarbij onder meer verschuldigde belasting wordt betaald, goede kwaliteit wordt geleverd en geen overlast wordt veroorzaakt. Die opvatting is onjuist. De omstandigheid dat de vraag of de levering van hennep aan gedoogde coffeeshops onder bepaalde (vergunnings-)voorwaarden gedoogd zou kunnen worden onderwerp is van maatschappelijk en politiek debat, leidt niet tot een ander oordeel.

2.6. Het middel faalt.”

## 13.10 Gerechtshof Den Haag 30 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382

### *“Procesgang*

In eerste aanleg is de verdachte vrijgesproken van het onder 1 (zowel primair als subsidiair) en 2 ten laste gelegde.

De officier van justitie heeft tegen het vonnis hoger beroep ingesteld.

### *Tenlastelegging*

Aan de verdachte is ten laste gelegd dat:

1. primair:

hij op een (of meer) tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 1 mei 2008 tot en met 27 juni 2009 te 's Gravenhage, in elk geval in Nederland, (telkens) opzettelijk heeft mishandeld:

[Aangever 1] en/of [Aangever 2] en/of [Aangever 3] en/of [Aangever 4] en/of [Aangever 5] en/of [Aangever 6] en/of [Aangever 7] en/of [Aangever 8] en/of [Aangever 9] en/of [Aangever 10] (hierna te noemen: patiënt(en))

met wie verdachte en/of de [Kliniek Nederland] een geneeskundige behandelingsovereenkomst had gesloten,

door bij (één of meerdere van de) voornoemde patiënt(en) een (of meer) (plastische en/of cosmetische) chirurgische/medische ingre(e)p(en) uit te voeren,

waarbij hij, verdachte, niet, althans onvoldoende, heeft gehandeld als goed hulpverlener en/of daarbij niet, althans onvoldoende, in overeenstemming heeft gehandeld met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard, zoals omschreven in artikel 7:453 BW, en aldus geen beroep of aanspraak (meer) kon en/of kan doen op de 'medische exceptie'. (...)

#### *Het vonnis waarvan beroep*

Het vonnis waarvan beroep kan niet in stand blijven omdat het hof zich daarmee niet verenigt. (...)

#### *Bewezenverklaring*

Het hof acht wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte het onder 1 primair ten laste gelegde heeft begaan. (...)

#### *Nadere bewijsoverwegingen*

(...)

Uit de gebezigde bewijsmiddelen leidt het hof af dat:

- de chirurgische ingrepen niet plaatsvonden in een daarvoor geschikte operatiekamer;
- onvoldoende zorg werd gedragen voor de reiniging en desinfectie van de operatieruimten, het meubilair, de medische hulpmiddelen en de (in veel gevallen gebruikte) mamma-navigator;
- onvoldoende gebruik werd gemaakt van bevoegd en/of bekwaam assiterend personeel bij deze ingrepen;
- de chirurgische ingrepen werden uitgevoerd onder sedatie, waarbij de vereiste randvoorwaarden ontbraken;
- de wijze van statusvoering en verslaglegging onvoldoende was;
- in strijd werd gehandeld met het vereiste 'informed consent';
- gebruik werd gemaakt van een apparaat (de mamma-navigator) dat niet past binnen de geldende professionele standaard;
- onvoldoende werd voorzien in nazorg;
- geen brononderzoek werd gedaan, nadat meerdere patiënten zich met "afstotingsverschijnselen" hebben gemeld.

Het hof overweegt dat nu de verdachte aldus niet heeft gehandeld conform de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard, zoals omschreven in artikel 7:453 Burgerlijk Wetboek, hij zich niet heeft gedragen als goed hulpverlener. Gelet hierop komt hem geen beroep of aanspraak op de medische exceptie toe. (...)

#### *Strafbaarheid van het bewezen verklaarde*

Het onder 1 primair bewezen verklaarde levert op:

mishandeling, terwijl het feit zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft, meermalen gepleegd.

*Strafbaarheid van de verdachte*

Er is geen omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van de verdachte uitsluit. De verdachte is dus strafbaar.

## BESLISSING

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht:

(...)

verklaart zoals hiervoor overwogen bewezen dat de verdachte het onder 1 primair ten laste gelegde heeft begaan;

(...)

verklaart het onder 1 primair bewezen verklaarde strafbaar, kwalificeert dit als hiervoor vermeld en verklaart de verdachte strafbaar;

veroordeelt de verdachte tot een gevangenisstraf voor de duur van 2 (twee) jaren;

bepaalt dat een gedeelte van de gevangenisstraf, groot 1 (één) jaar, niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten omdat de verdachte zich voor het einde van een proeftijd van 3 (drie) jaren aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt of de verdachte gedurende de proeftijd van 3 (drie) jaren dan wel de hierna te noemen bijzondere voorwaarde(n) niet heeft nageleefd;

stelt als bijzondere voorwaarde dat:

de verdachte gedurende de proeftijd geen medische (be)handelingen verricht.”

## 1. Inleiding

In diverse recente strafzaken zijn verweren gevoerd die uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid beoogden. Dat einddoel werd langs verschillende wegen en ingangen getracht te bereiken, waarbij een rol was weggelegd voor het achterliggende, te beschermen rechtsgoed. Onder deze gemeenschappelijke noemer kunnen in deze rubriek verschillende ingangen worden besproken, op hun eigen merites worden beoordeeld en met elkaar worden vergeleken. Zo kan met betrekking tot het arrest onder 13.6, de vraag worden opgeworpen of sprake is van een strafbare poging als het achterliggende, te beschermen rechtsgoed mogelijk niet meer *kan* worden gekrenkt. In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest onder 13.9, is betoogd dat sprake is van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. Met dat verweer wordt de vraag opgeworpen of een gedraging, die de belangen die door de norm van de Opiumwet (juist) worden beschermd, nastreeft, strafwaardig kan worden geacht.

Veelal zien verweren op de feitelijke gebeurtenissen en de omstandigheden waaronder de verdachte handelde. In mindere mate komen verweren aan de orde die zien op de reikwijdte van de strafbepaling en (daarmee) op de vraag of daadwerkelijk het achterliggende, te beschermen rechtsgoed (gerechtvaardigd) wordt gekrenkt door het handelen van de verdachte. Toch laat de verzameling aan uitspraken in deze rubriek zien dat de vraag hoe omgegaan dient te worden met handelingen die wel vallen onder een delictsomschrijving, maar waarvoor die delictsomschrijving niet geschreven lijkt te zijn, met enige regelmaat en op verschillende manieren speelt. In deze rubriek staat de vraag centraal in hoeverre de strafrechter rekening houdt c.q. dient te houden of kan houden met het te beschermen rechtsgoed bij de toepassing of beantwoording van de materiële vragen van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering.

Op basis van de hiervoor opgenomen jurisprudentie worden hierna enige algemene beschouwingen geformuleerd die vervolgens nader worden toegepast op (jurisprudentie betreffende) actuele maatschappelijke thema's. Die uiteenlopende maatschappelijke thema's

illustreer de pijnpunten die kunnen spelen binnen de relatie tussen delictomschrijvingen en rechtsgoederen. Dit betreffen pijnpunten waar zowel de wetgever als de strafrechter in de rechtsvorming bij betrokken zijn. Hoewel het doel van de onderhavige bijdrage is om een antwoord te vinden op de vraag in hoeverre de strafrechter rekening houdt c.q. dient te houden of kan houden met het te beschermen rechtsgoed bij de door hem te maken beoordelingen en te nemen (materiële) beslissingen, valt op voorhand reeds te zeggen dat op die vraag geen allesomvattend en eenduidig antwoord bestaat. Wel kunnen op basis van de bevindingen enkele aspecten en overwegingen worden uitgelicht die – zeker in het kader van (de rechtsvorming betreffende) maatschappelijke thema's – van belang zijn. De thema's die in bovenstaande jurisprudentie aan de orde zijn, illustreren het belang van de thematiek van deze rubriek.

## 2. Rechtsgoederen en de relatie tot de strafbepaling

Strafbepalingen zijn er niet zonder grond. De wetgever heeft bepaalde ongewenste gedragingen strafbaar willen stellen om belangen of rechtsgoederen te beschermen. Aan de hand van die rechtsgoederen zijn de strafbepalingen in het Wetboek van Strafrecht gerangschikt. Een aanwijzing omtrent welk rechtsgoed met een specifieke strafbepaling wordt beschermd is terug te vinden in de benaming van de betreffende titel van het Wetboek van Strafrecht, waarin de strafbepaling is opgenomen.

Naast deze groeperingsfunctie worden aan het rechtsgoed een legitimeringsfunctie en een interpretatieve functie toegedicht. Het uitgangspunt is dat de overheid slechts mag ingrijpen in de vrijheden van burgers als daarmee een concreet rechtsgoed wordt beschermd. Voorts, en in lijn met het voorgaande, vormt het rechtsgoed een belangrijke factor bij de interpretatie en de uitleg van de wet.<sup>3</sup> Deze beide functies vormen de ingang naar de bespreking van de rechtspraak in deze rubriek. In alle geselecteerde zaken rijst namelijk de (overkoepelende) vraag of een gedraging die beantwoordt aan de bestanddelen van een delictomschrijving, maar die geen rechtsgoed krenking teweegbrengt, per definitie niet strafbaar moet worden geacht en, zo ja, langs welke wegen en modaliteiten straffeloosheid in een concreet geval dan kan worden bereikt.

Er is heel wat voor te zeggen het eerste deel van die vraag positief te beantwoorden. Strijards heeft betoogd dat een (strafrechtelijk relevante) handeling een schending van het door de strafwet beschermde rechtsgoed inhoudt.<sup>4</sup> Nieboer beschouwt een strafrechtelijke gedraging als een blijk van niet-nakoming van de zorgplicht om een bepaald door de strafwet veiliggesteld rechtsgoed *niet* te schenden.<sup>5</sup> *A contrario* kan uit deze gedachtegangen worden geredeneerd wat Schaffmeister en Heijder naar voren hebben gebracht: gedrag dat niet het door de norm beschermde belang schendt, valt niet onder gedrag dat door de wetgever strafbaar wordt geacht en valt daarmee buiten de grenzen van de delictomschrijving.<sup>6</sup> De hier opgenomen jurisprudentie laat in elk geval zien dat aandacht voor het achterliggende

3 Zie over de kwestie hoe deze functies zich tot elkaar verhouden: A.J. Machielse, 'Enige opmerkingen over het rechtsgoed', *DD* 1979, p. 24-43.

4 G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 50.

5 W. Nieboer, 'Verzuim', in: Ch.J. Enschedé, N. Keijzer, J.C.M. Leijten en Th.W. van Veen, *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Rimmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 455.

6 D. Schaffmeister & A. Heijder, 'Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht', in: E. André de la Porte, W.M.A. Bremmer, R.A.V. van Haersolte, J. Rimmelink & S.A.M. Stolwijk (red.), *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 457. Vgl. in dezen ook de conclusie van A-G Langemeijer bij het *Sigaretten*-arrest, HR 6 oktober 1949, *NJ* 1950/178: een type handeling dat geen nadelige gevolgen heeft voor het door de wetsbepaling beschermde belang, kan interpretatie gewijs buiten het tekstuele bereik van de strafbepaling worden gehouden.

rechtsgoed aangewezen is. In het navolgende wordt in kaart gebracht op welke wijzen het te beschermen rechtsgoed van invloed *kan* zijn bij uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

### 3. Uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid

De in deze rubriek besproken, hiervoor opgenomen beslissingen betreffen, zoals reeds opgemerkt, verschillende maatschappelijke thema's, waaronder zeden, medisch strafrecht en hennepcultuur. Binnen die uiteenlopende thema's is een overkoepelende rode draad waar te nemen. De hier geselecteerde zaken laten namelijk verschillende manieren zien die elk eenzelfde gevolg (kunnen doen) realiseren: uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Over de band van de bewijsvraag, de kwalificatievraag<sup>7</sup> en de strafbaarheidsvragen kan de rechter, het te beschermen rechtsgoed indachtig, aansturen op en concluderen tot niet-strafwaardigheid dan wel niet-strafbaarheid. Voordat we toekomen aan een nadere uitwerking van de uit de geselecteerde rechtspraak voortvloeiende, meer afzonderlijke thema's, wordt eerst aan de hand van deze arresten, met verwijzing naar bestaande literatuur, het overkoepelend (theoretisch) deel beschreven.

#### 3.1 *Delictsbestanddeelniveau*

De strafrechter die op grondslag van de tenlastelegging en naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting beraadslaagt over de vraag of bewezen is dat het feit door de verdachte is begaan, dient na te gaan of de aan de delictsomschrijving ontleende, in de tenlastelegging overgenomen bestanddelen uit de tenlastelegging zijn vervuld. Daarbij is interpretatie van die wettelijke bestanddelen aan de orde dan wel kan de rechter zich daartoe ruimte verschaffen. Bij de uitleg van de (te bewijzen) delictsbestanddelen heeft de strafrechter zich in het verleden, in verschillende klassieke zaken, van zijn meest creatieve kant laten zien. Zo werd in de *Crematie*-arresten<sup>8</sup> geoordeeld dat een *gebod* om te begraven niet per definitie inhoudt een *verbod* om te cremen. Bovendien werd in de wettelijk regeling (er was sprake van gelede normstelling) niet aangewezen welke persoon belast is met de zorg voor het begraven, waardoor geen sprake was van strafrechtelijke aansprakelijkheid van cremen als strafbaar 'niet zorgen dat begraven wordt'.<sup>9</sup> In het *JAC*-arrest<sup>10</sup> werd geoordeeld dat geen sprake is van het 'opzettelijk een minderjarige die zich heeft onttrokken aan het wettig over haar gesteld gezag aan de nasporingen van de ambtenaren der politie onttrekken' nu de jeugdhulpverlener een vanwege moeilijkheden van huis weggelopen meisje tijdelijk in een ander gezin onderbracht, geregeld contact liet plaatshebben tussen de verschillende betrokkenen en het meisje na zeven weken weer liet terugkeren naar het ouderlijk huis. De voorbeeldige wijze van professionele hulpverlening, die was gericht op herstel van de relatie tussen ouder en kind, leverde geen onttrekking op als bedoeld in de oude bepaling van artikel 280 van het Wetboek van Strafrecht. In het *Deep Throat*-arrest was volgens de Hoge Raad geen sprake van aanstotelijkheid voor de eerbaarheid in de zin van artikel 240 van het Wetboek van Strafrecht toen een pornofilm werd vertoond in een

7 De kwalificatievraag omvat mede de toets aan dwingend internationaal recht. Op de voet van artikel 93 en 94 Grondwet kan strafrechtelijke aansprakelijkheid worden uitgesloten. In paragraaf 4.4 zal hieraan, en aan het EVRM in het bijzonder, nadere aandacht worden besteed.

8 HR 1 maart 1915, *NJ* 1915/663 en HR 1 maart 1915, *NJ* 1915/665.

9 Mevis spreekt van 'een loepzuivere toepassing van het rechtsbeschermende aspect van het legaliteitsbeginsel': P.A.M. Mevis, 'Over begraven, kraken en euthanasie: rechtsvinding in maatschappelijk gevoelige zaken', in: G. Knigge (e.a.), *Gehoord de procureur-generaal* (Fokkens-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 210.

10 HR 11 mei 1976, *NJ* 1976/538 m.nt. Th.W. van Veen.

ruimte die slechts toegankelijk was voor volwassenen die van tevoren waren geweest op het 'bijzondere' karakter van de film.<sup>11</sup> Ook in recente zaken heeft de Hoge Raad rekening gehouden met het achterliggende rechtsgoed bij de beoordeling van de reikwijdte van een concrete strafbepaling. De Hoge Raad heeft dit niet gedaan door in de delictomschrijving opgenomen bestanddelen creatief te interpreteren, maar door een impliciet bestanddeel in de delictomschrijving 'in te lezen'. Een illustratief voorbeeld betreft de jurisprudentie omtrent de reikwijdte van artikel 273f, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht (mensenhandel).<sup>12</sup> In de zaak die leidde tot het hierboven onder 13.3 opgenomen arrest van de Hoge Raad werd, door uitbuiting als impliciet bestanddeel van artikel 273f, eerste lid, 1 onder 4 van het Wetboek van Strafrecht te accepteren, de reikwijdte van dit (ruim geredigeerde) artikel beperkt. Of sprake is van uitbuiting hangt volgens de Hoge Raad onder andere af van de aard en duur van de tewerkstelling, de beperkingen die dat voor het slachtoffer meebrengt en het economische voordeel dat door de tewerksteller wordt behaald. Door deze beperking van de reikwijdte wordt meer recht gedaan aan de daadwerkelijke bescherming van het achterliggende belang van de strafbaarstelling van mensenhandel: het voorkomen van uitbuiting van personen en het bieden van bescherming tegen de aantasting van de lichamelijke en geestelijke integriteit en persoonlijke vrijheid van individuele personen.<sup>13</sup> Door stil te staan bij en waarde te hechten aan het achterliggende rechtsgoed, worden normen nader ingevuld, teneinde tot een (maatschappelijk en strafrechtelijk) wenselijke uitkomst te komen. Waar de grens ligt bij dit sturing geven in de richting van een bepaalde, veelal (maatschappelijk) 'wenselijke' uitkomst, is een interessant discussiepunt dat in paragraaf 5 nog nader zal worden aangestipt. Belangrijk hierbij is de duiding en interpretatie van de 'delictsinhoud' die in de literatuur veelal wordt aangeduid met de Duitse term *Tatbestand*. Een overspanning van die delictsinhoud kan worden getoetst aan de hand van een toets aan het 'typische' karakter of de 'typische' strekking van de strafbepaling: de *Typizität*.

### 3.2 *Typizität*

In de jaren '30 van de vorige eeuw introduceerde Pompe in zijn noot bij het *Hohner muziekinstrumenten*-arrest van de Hoge Raad, zij het impliciet, de in de Duitse dogmatiek genoemde *Typizität*.<sup>14</sup> In de casus werd verdachte vervolgd voor oplichting: hij had middels het aannemen van een valse hoedanigheid afgifte van een hem niet toebehorende offerte bewerkstelligd. Hoewel hij hiervan zelf beter werd, was dit niet zijn voornaamste doel. Het ging verdachte er om bevestiging te vinden van zijn vermoeden dat een offerte uitgestuurd was, waarvan de prijs lager lag dan door de Hohner muziekfabrieken aan grossiers toegestaan was. Toch nam de rechter wederrechtelijke bevoordeling aan. Pompe vindt het om deze reden aannemen van een valse hoedanigheid in geen verhouding staan tot de wederrechtelijkheid van het gedrag van de grossier die de offerte uitbracht. Hij heeft kritiek op het feit dat (uitsluitend) wordt getoetst of aan de afzonderlijke bestanddelen van het delict (zoals tenlastegelegd) voldaan is; hij vindt dat er te weinig wordt gekeken naar de kwalificatie van oplichting als geheel. Zoals hij het zelf verwoordt: 'Het geheel is meer dan de som van de delen. Het geheel bevat immers een structuur van de gezamenlijke delen, welke in de bijeenvoeging der delen op zichzelf niet gegeven is. 'Om deze reden is Pompe

11 Kelk en De Jong merken overigens o.i. terecht op dat het niet zozeer iets zegt over de aanstotelijkheid, als wel over het vereiste van openbaarheid, C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 132.

12 HR 5 april 2016, NJ 2016/315, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

13 Zie ook S.M.A. Lestrade & C.R.J.J. Rijken, 'Mensenhandel en uitbuiting nader bepaald', DD 2014/64.

14 W.P.J. Pompe in zijn noot bij HR 21 februari 1938, NJ 1938, 929 (*Hohner muziekinstrumenten*-arrest).

van mening dat de rechter niet slechts moet afgaan op de omschrijving van bestanddelen, maar dat daarnaast ook aandacht geschonken dient te worden aan de samenvattende kwalificatie in een strafbepaling. Een paar jaar later borduurt hij in zijn noot bij het *Gevangenisvoedsel*-arrest verder op deze gedachtegang voort.<sup>15</sup> De casus is waarschijnlijk bekend: iemand anders dan de veroordeelde had zich gemeld aan de gevangenispoort om de vrijheidsstraf voor de dader te ondergaan. De aldus onterecht gedetineerde persoon werd vervolgd voor oplichting. Via het voorwaardelijk opzet werd het oogmerk op wederrechtelijke bevoordeling aangenomen: middels een valse hoedanigheid had hij voedsel verkregen waarop hij geen recht had. Ook hier meent Pompe dat wanneer de bestanddelen los van elkaar behandeld worden, zonder daarbij te kijken naar het grotere geheel, de strafbepaling op zichzelf 'wel zoo geperst en gewrongen kan worden, dat ze pasklaar gemaakt worden, maar als men ze in haar geheel beschouwt inderdaad niet voor het geval bestemd is.' Hij duidt dit aan als een overschatting van de tekst, en een onderschatting van de strekking, de *ratio legis*, van het delict. Dit type beslissing lijkt op recente jurisprudentie over helen, stelen en witwassen.<sup>16</sup> Bij deze delicten heeft de Hoge Raad, weliswaar om een andere reden, namelijk om dubbele strafbaarheid te vermijden, een soortgelijke constructie als de door Pompe voorgestelde toegepast, door te stellen dat het enkel onmiddellijk uit eigen misdrijf voorhanden hebben van voorwerpen, naast diefstal, niet ook gekwalificeerd kan worden als helen of witwassen. Voor dat laatste moet naar zijn oordeel nadere eisen aan de motivering worden gesteld.<sup>17</sup> De term witwassen dient bijvoorbeeld pas dan gebezigd te worden wanneer sprake is van extra handelingen: gedragingen van verdachte moeten ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp. Wanneer de Hoge Raad in dezen geen kwalificatie-uitsluitingsgrond zou toepassen en er in voorkomende gevallen aldus ook zou kunnen worden vervolgd en veroordeeld voor heling of witwassen, is het maar de vraag of dan, dus zonder verbergen of verhullen, aan het achterliggend rechtsgoed daadwerkelijk te kort wordt gedaan. Bij witwassen is dat het beschermen van de integriteit van het financiële en economische verkeer door tegen te gaan dat opbrengsten van misdrijven aan het zicht van justitie worden onttrokken en daaraan een schijnbaar legale herkomst wordt verschaft. Dat rechtsgoed is niet in het geding in geval van het enkele verwerven en voorhanden hebben, zonder verbergend of verhullend karakter. De te dezen wel gesuggereerde oplossing<sup>18</sup> door middel van samenloop doet eveneens geen recht aan het feit dat van een schending van het rechtsgoed geen sprake is. Daarmee wordt immers geen daadwerkelijk oordeel gegeven over de (on)wenselijkheid het gedrag ook strafbaar te achten; er wordt slechts voorzien in een oplossing die niet tot automatische verdubbeling van strafbaarheid leidt.

Wanneer men spreekt over *Typizität*, gaat het zodoende om gevallen waarin aan alle bestanddelen van de delictsomschrijving is voldaan, maar waarin desondanks met de kwalificatie onder die delictsomschrijving geen recht wordt gedaan aan het type gedragingen waar de delictsomschrijving betrekking op heeft of slechts op zou moeten hebben. De *Typizität* beperkt hier als het ware de reikwijdte van het delict: de enkele (bewezen) vervulling van elk der afzonderlijke bestanddelen lijkt onvoldoende recht te doen aan de

15 W.P.J. Pompe in zijn noot bij HR 14 oktober 1940, NJ 1941, 87 (*Gevangenisvoedsel*-arrest 1).

16 C. Kelk, 'Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans, J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (Liber amicorum Theo de Roos), Deventer: Kluwer 2013, p. 338.

17 HR 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:644, r.o. 2.3.2.

18 De kwalificatie-uitsluitingsgrond geldt niet voor eenvoudig (schuld)witwassen. Om dubbele strafbaarheid te voorkomen, wordt ten aanzien daarvan de samenloop-regeling als oplossing gezien door zowel de wetgever (*Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 3, p. 7; *Kamerstukken II* 2015/16, 34294, 6, p. 4-7) als in de rechtspraak (HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842, NJ 2017/218, m.nt. P.A.M. Mevis) en in de literatuur. Zie bijvoorbeeld: B.F. Keulen, 'Eenvoudig (schuld)witwassen', DD 2016/9.

toetsing van de delictsomschrijving als geheel. Kelk zoekt in 2013 aansluiting bij het door Pompe gesignaleerde, maar gaat in zijn redenering nog wat verder.<sup>19</sup> Waar Pompe meent dat de beperkende inzet van de *Typizität* alleen dan moet plaatsvinden wanneer deze *ad bonam partem* – ten gunste van de verdachte – werkt,<sup>20</sup> meent Kelk dat ‘de rechtsbeschermende werking eveneens moet gelden ter zake van delicten die in het juridische en ook maatschappelijke verkeer een weliswaar ongeschreven doch in de praktijk wel degelijk algemeen bekende en geaccepteerde naam genieten waarmee een tamelijk uitgesproken beeld is verbonden.’<sup>21</sup> Hij noemt in dat kader voorbeelden als huisvredebreuk, meined en flessentrekkerij. Dit sluit overigens aan bij een element uit Pompe’s betoog, te weten dat de door hem bekritiseerde werkwijze van het overschatten van een tekst, de kloof tussen strafrecht en het volk verbreedt, terwijl voor doelmatige straftoepassing het verkleinen van deze kloof juist aangewezen is.<sup>22</sup>

Hoewel Kelk in het leerstuk van de *Typizität* een goede toets vindt om de reikwijdte van de delictsomschrijving in te perken,<sup>23</sup> hebben in de literatuur ook tegengeluiden geklonken. Zo voorziet De Hullu een knelpunt in de rol van de rechter bij het onderscheiden en precies afbakenen van ‘het wezen’ van het delict.<sup>24</sup> Deze auteur meent dat in die situaties waar de wetgever van geen beperking heeft willen weten – in ieder geval niet onmiskenbaar – het voor de rechter ingewikkeld is restrictieve interpretatie of een kwalificatie-uitsluitingsgrond te rechtvaardigen.<sup>25</sup> Ook Pelser volgt een van Kelk afwijkende lijn van redeneren. Zij erkent dat er niets op tegen is ‘bij de vaststelling van de betekenis van de afzonderlijke bestanddelen het karakter van het delict te betrekken’, maar benadrukt vanuit legaliteitsoverwegingen dat daarmee nooit de wettelijke vereisten voor strafbaarheid mogen worden omzeild. Zij sluit aan bij Taverne die meent dat een zelfstandige betekenis van de kwalificatie niet binnen de structuur van het Nederlands strafrecht past, waarin een strafbaar feit door een wettelijke omschrijving is gegeven. Pelser is dan ook van mening dat interpretatie van (bestanddelen van) de delictsomschrijving de voorkeur geniet boven het toekennen van een zelfstandige betekenis aan de materieelrechtelijke kwalificatie.<sup>26</sup>

### 3.3 *Ontbreken materiële wederrechtelijkheid*

Een andere manier om uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid vorm te geven waarbij het achterliggende rechtsgoed een rol speelt, is het toepassen van de leer van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. Aan het Nederlands straf(proces)rechtstelsel ligt ten grondslag dat wanneer een delictsomschrijving vervuld is, daarmee de wederrechtelijkheid en de verwijtbaarheid van de gedraging in principe en behoudens een strafuitsluitingsgrond, gegeven zijn. De situatie die ontstaat wanneer de gedraging voldoet aan de delictsomschrijving, maar niet als wederrechtelijk zou moeten worden bestempeld omdat het beschermde rechtsgoed door de gedraging niet wordt gekrenkt, wordt wel aangeduid als het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. Deze terminologie wordt ontleent aan de *Veearts-arresten*<sup>27</sup>, waarin deze ongeschreven algemene uitsluitingsgrond

19 Kelk 2013, p. 335-339.

20 Kelk 2013, p. 329.

21 Kelk 2013, p. 329, 330.

22 W.P.J. Pompe in zijn noot bij HR 14 oktober 1940, NJ 1941, 87 (*Gevangenisvoedsel-arrest*).

23 Kelk & De Jong 2016, p. 108.

24 J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 101.

25 Zie daarover later in dit stuk meer uitgebreid enkele noties over de verhouding van de wetgever en strafrechter.

26 C.M. Pelser, *De naam van het feit: over de kwalificatiebeslissing in strafzaken* (dissertatie Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 67-69.

27 HR 27 juni 1932, NJ 1933/60 en HR 20 februari 1933, NJ 1933/918.

volgens Van Veen voor het eerst door de Hoge Raad aangenomen zou zijn.<sup>28</sup> Van belang is met name hetgeen de Hoge Raad in het laatste *Veearts*-arrest overwoog:

‘dat iemand, die een met straf bedreigde handeling verricht, in elk geval strafbaar is, wanneer niet de wet zelf met zoveel woorden een strafuitsluitingsgrond aanwijst; dat zich immers het geval kan voordoen, dat de wederrechtelijkheid in de delictsomschrijving zelve geen uitdrukking heeft gevonden en niettemin geen veroordeling zal kunnen volgen op grond dat de onrechtmatigheid der gepleegde handeling in het gegeven geval blijkt te ontbreken en derhalve dan het betrokken wetsartikel op de letterlijk onder de delictsomschrijving vallende handeling niet van toepassing is.’

Hieruit volgt in ieder geval dat uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet alleen plaats hoeft te vinden op basis van een geschreven strafuitsluitingsgrond en dat strafbaarheid niet dwingend gegeven is met het formeel voldoen aan een delictsomschrijving. De rol van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid is in de literatuur zoals bekend bediscussieerd, maar speelt gelet op de hierboven onder 13.8 en 13.9 geciteerde arresten nog steeds een zekere rol in de rechtspraak. Ondanks het ontbreken van een beslissing waarin een beroep op deze uitsluitingsgrond ook gegrond wordt bevonden, zou hieruit opgemaakt kunnen worden dat er behoefte bestaat aan een uitsluitingsgrond die strafrechtelijke aansprakelijkheid voorkomt ondanks dat voldaan is aan de delictsomschrijving. Vermunt stelt in dit kader dat een bestanddeel in de tenlastelegging weliswaar bewezen kan zijn, maar dat dit nog niet gekwalificeerd hoeft te worden als bestanddeel zoals bedoeld in de betreffende delictsomschrijving. Tot het wezen van een handeling behoort volgens deze auteur meer dan het zijn van een gevolgsveroorzaking of situatieverstoring. Derhalve vallen handelingen die passen in het maatschappelijk ‘normaal-beeld’, hoewel zij formeel voldoen aan de delictsomschrijving, niet onder het bereik van de strafbepaling. In casu van de *Veearts* betekent dit in de lijn van Vermunt, dat gegeven de omstandigheid dat de bevoegde *veearts lege artis* de preventieve behandeling uitvoerde, geen sprake is van een grensoverschrijdend karakter, waardoor het in verdachte toestand brengen wel bewezen kan worden, maar niet gesproken kan worden van het in verdachte toestand brengen als bedoeld in artikel 82 *Veewet*.<sup>29</sup> In een andere lijn dan Van Veen staat ook Enschedé, die wijst op het open normstelsel, waardoor de *Veearts*-arresten meer gezien moeten worden als een uitsluiting op basis van het beroepsrecht.<sup>30</sup> Pelser meent in dezen, in navolging op haar door ons eerder aangehaalde standpunt, dat de beslissing omtrent het bewezenverklaarde niet altijd (geheel) los kan worden gezien van de kwalificatiebeslissing, hoewel de wetgever in het berechtingsschema van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering daar wel een strikt onderscheid in hanteert.<sup>31</sup> Van het inlezen van een extra (ongeschreven) voorwaarde voor wederrechtelijkheid is zij echter geen voorstander; dat staat immers ‘op gespannen voet met de legaliteitscontrole van de kwalificatiebeslissing, waarbij aanduiding van de strafbaarheid *volgens de wet* vooropstaat’.<sup>32</sup> Rummelink spreekt pas van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid wanneer de rechtvaardiging van een straf-

28 Th.W. van Veen, ‘Het stelsel der excepties’, in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 353.

29 D.J.P.M. Vermunt, ‘Nogmaals: de *Veearts* van stal’, *DD* 1984/2 (p. 118-120).

30 Ch.J. Enschedé, *De arts en de dood*, Deventer: Kluwer 1985, p. 45-47.

31 Pelser 1995, p. 50.

32 Pelser 1995, p. 80.

baar feit wordt gevonden in een contrariërende veroorloevende norm.<sup>33</sup> In geval van zo'n norm, kan een strafbepaling in zijn optiek onder omstandigheden geen toepassing meer vinden.

In de opgenomen zaak die aanleiding gaf tot het arrest geciteerd onder 13.8 deed de raadsvrouw een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. De verdachte was door het hof veroordeeld tot het medeplegen van het behulpzaam zijn bij de illegale binnenkomst en doorreis van vreemdelingen (artikel 197a van het Wetboek van Strafrecht). De Hoge Raad liet de verwerping van het verweer dat sprake was van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid, dan wel psychische overmacht in stand, maar voelde kennelijk toch de noodzaak enkele algemene opmerkingen te maken over het beroep over de niet-strafbaarheid in het kader van mensensmokkel.<sup>34</sup> Over het handelen op humanitaire gronden is bij de wijziging van wetgeving al discussie geweest.<sup>35</sup> De Hoge Raad grijpt het arrest aan om uit te spreken dat humanitaire gronden wel degelijk aanleiding kunnen geven de verdachte niet strafbaar aan mensensmokkel te achten, waarbij dat de vorm zal (moeten) krijgen van noodtoestand of psychische overmacht. Ondanks het expliciete beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid in het onderhavige geval, laat de Hoge Raad deze mogelijkheid tot uitsluiting van strafbaarheid onvermeld. Ook bij de vervolging wegens hennepsteelt en -verkoop speelt de materiële wederrechtelijkheid een rol, waarbij uitgebreider stil wordt gestaan onder 4.3. Het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid heeft anno 2018 nog steeds een pregnantere positie in de strafrechtswetgeving dan in de strafrechtspraak, maar geeft daarmee blijk van een behoefte de strafwetgeving in bepaalde gevallen niet op de gedraging van toepassing te laten zijn. In een dergelijke uitsluitingsgrond schuilt echter het gevaar dat het daardoor te zeer aan de rechter is om te bepalen welke gedraging strafbaar is, terwijl de afweging wat strafbaar gedrag is nu juist is voorbehouden aan de wetgever. Dat het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid tot op heden niet is vormgegeven als vaststaande (geschreven) strafuitsluitingsgrond is in dat licht niet verwonderlijk, maar geconstateerd zij dat niet met elke vervulling van de delictomschrijving het strafbare karakter van de gedraging gegeven is.

#### 3.4 *Resumé: bewijs, kwalificatie, strafbaarheid*

Als men tegen de achtergrond van het bovenstaande op zoek gaat naar de mogelijkheden voor de rechter om te beslissen tot niet-strafbaarheid of niet-strafwaardigheid in een concreet geval, kan worden vastgesteld dat de rechter daartoe diverse uiteenlopende mechanismen kan hanteren. De wetgever heeft bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht (waarschijnlijk) niet bedoeld een compleet gesloten 'stelsel van excepties' op te nemen. Bewust is aan de wetenschap en de rechter op het terrein van de dogmatiek de nodige ruimte gegeven; de wetgever heeft zich bij verschillende onderwerpen, indien even mogelijk, ver gehouden van een keuze voor één bepaalde of uitgesproken dogmatische opvatting.<sup>36</sup> Na ruim 130 jaar tijd kennen we (mede dankzij diverse strafvorderlijke regels) ter zake van de excepties tot op zekere hoogte een min of meer bestendig systeem, dat desalniettemin juist bij het thema van de adequate rechtsgoedbescherming dat in deze rubriek aan de orde is, niet vrij is van onduidelijkheden. Rechterlijke oordelen in diverse zaken laten zien dat scherpe grenzen tussen excepties lijken te ontbreken en dat (dus) ver-

33 J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 350-351.

34 HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:888.

35 Zie *Kamerstukken II 2003/04, 29291, 3*. Vooral de NVvR, RvdR en OM uitten kritiek op de zogenoemde humanitaire clausule.

36 Van Veen 1986, p. 350, 351.

schillend wordt omgegaan met die excepties. Bovendien kunnen excepties verschillende gedaanten aannemen, zoals bewijsuitsluitingsgronden, kwalificatie-uitsluitingsgronden,<sup>37</sup> en strafuitsluitingsgronden, hetgeen – bij succesvolle beroepen daarop – leidt tot verschillende einduitspraken. Volgens Bogert en De Hullu hangt deze problematiek vermoedelijk samen met het feit dat de wetgever niet een principieel indelingsmechanisme lijkt te hebben gehanteerd.<sup>38</sup> Met zekerheid kan worden gezegd dat het achterliggende, te beschermen rechtsgoed een rol speelt, althans zou moeten spelen, bij de door de rechter te maken beoordelingen aan de hand van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering. Immers, om te kunnen spreken van een bewijsuitsluitingsgrond of een kwalificatie-uitsluitingsgrond speelt de vraag of überhaupt sprake is van een rechtsgoedkrenking waarop de wetgever het oog had. Bij de beoordeling of sprake is van een rechtvaardigingsgrond speelt de vraag of de vastgestelde rechtsgoedkrenking kan worden gerechtvaardigd (vanwege een juiste afweging tegen andere rechtsgoederen).<sup>39</sup>

#### 4. Toepassing bevindingen op de bovenstaande geselecteerde jurisprudentie betreffende enige actuele maatschappelijke thema's

Zoals hiervoor reeds opgemerkt betreffen de geselecteerde, hierna nader te bespreken rechterlijke beslissingen een aantal uiteenlopende maatschappelijke thema's. In dit onderdeel bezien we wat het bovenstaande geschetste theoretisch kader oplevert wanneer het toegepast wordt op deze thema's.

##### 4.1 Zedendelicten

De hierboven opgenomen arresten onder 13.4 en 13.6 passen in de door Kelk geconstateerde 'uitdijende beweging' die gaande is ten aanzien van zedenmisdriven.<sup>40</sup> Niet alleen is sprake van een groter wordend aantal strafbaarstellingen (te denken valt aan de nieuwe strafbepalingen aangaande 'grooming' en het uitlokken van ontucht met een derde<sup>41</sup>), ook is er sprake van meer open delictomschrijvingen waarin begrippen ruim worden geformuleerd door de wetgever c.q. extensief worden geïnterpreteerd door de strafrechter met het oog op veiligheid en de bescherming van slachtoffers. Door de ruime uitleg van verschillende bestanddelen wordt de reikwijdte van de betreffende zedenbepalingen uitgebreid. Ten aanzien van de kinderpornografiebepaling (artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht) was de betekenis van het 'zich toegang verschaffen tot' kinderpornografisch materiaal niet eenduidig te destilleren uit de wetsgeschiedenis. Op basis van (lagere) jurisprudentie kon al worden vastgesteld dat het bestanddeel niet per definitie hoeft in te houden dat de kinderpornografische afbeeldingen zijn bekeken of in bezit zijn genomen.<sup>42</sup> Nu lag de kwestie voor of de aanwezigheid van kinderpornografisch materiaal op een niet-geëigende plek – het cachegeheugen – moet leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het gerechtshof sprak

37 De kwalificatie-uitsluitingsgrond verschilt van de bewijsuitsluitingsgrond in die zin dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond een omstandigheid omvat die, indien die zich voordoet, leidt tot niet-kwalificeerbaarheid van het feit, terwijl de bewijsuitsluitingsgrond een omstandigheid omvat die, indien die zich voordoet, een nadere uitleg geeft aan een bestanddeel, waarmee het feit niet kan worden bewezen.

38 P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2005, p. 55-142; De Hullu 2015, p. 297.

39 G. Knigge, *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit. Een preadvies*, Den Haag: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1993, p. 45.

40 C. Kelk, 'Uitdijende strafbaarheid van onzedelijk handelen', *AA* 2015/6, p. 520-527.

41 *Kamerstukken II* 2015/16, 34372, 2 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33580, 2.

42 Zie onder meer: Rb. Noord-Nederland 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:6139; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2016.

de verdachte vrij, omdat niet bewezen kon worden dat het (ingeblikte) opzet aanwezig was. Immers, niet is uitgesloten dat het opzet was gericht op het enkel bekijken van het materiaal, hetgeen niet strafbaar is. Volgens de Hoge Raad – A-G Aben volgend – omvat het toepassingsbereik van het bestanddeel ‘zich toegang verschaffen tot’ kinderpornografische afbeeldingen ook het actief zoeken, het klikken op hyper- of deeplinks waaruit een indicatie van de inhoud van de pagina blijkt en het (toch) opnieuw bezoeken van een pagina die eerder zonder opzet is bezocht. Enige vorm van actief toegang-gerelateerd handelen levert al snel vervulling van het bestanddeel op. Ten aanzien van de verleidingsbepaling (artikel 248a van het Wetboek van Strafrecht) oordeelde de Hoge Raad dat (ook) sprake is van een poging daartoe indien de verdachte, zonder dat hij het weet, het seksueel verleidende chatgesprek heeft gevoerd (of althans voortgezet) met de vader van het tienjarige meisje. Hoewel de persoon met wie het chatgesprek daadwerkelijk is gevoerd niet ‘wordt bewogen’ ontuchtige handelingen te plegen, is toch sprake van een strafbare poging. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het Hof dat de gedragingen naar uiterlijke verschijningsvorm gericht zijn op voltooiing van het delict – het tegen betaling bewegen van het tienjarige meisje tot het sturen van seksueel getinte foto’s – en een begin van uitvoering opleveren geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Mevis wijst in zijn noot bij het arrest, in lijn met het thema van deze rubriek, nog op een cruciaal kritiekpunt van de NVvR.<sup>43</sup> Die kritiek zag op het feit dat met het wetsvoorstel inzake uitbreiding van artikel 248a van het Wetboek van Strafrecht,<sup>44</sup> de bescherming van de minderjarige als rechtsgoed wordt opgeofferd. Het kan dan immers voorkomen dat onder de uitgebreide strafbaarstelling – anders dan in deze zaak – ook situaties vallen waarbij geen sprake is van schending van het te beschermen rechtsgoed, te weten bescherming van de minderjarige, omdat er überhaupt geen minderjarige aan te pas kwam, maar bijvoorbeeld een zogeheten ‘lokpuber’. ‘Een sterker besef van normatieve aspecten van materieel strafrecht, geënt op de betekenis van het te beschermen rechtsgoed, had tegen het op deze wijze ‘gebruiken’ van het materiële strafrecht moeten waken,’ aldus Mevis. Het achterliggende rechtsgoed bij de betreffende bepalingen ziet op bescherming van jeugdigen tegen seksueel misbruik en confrontatie met seksuele handelingen. Door hantering van een ruime uitleg van bestanddelen worden de pijlen gericht op gedragingen die aan de aanbodzijde van kinderpornografie als zodanig moeten worden geplaatst én aan gedragingen die in ieder geval met enig gewicht aan het voortbestaan van kinderpornografie bijdragen.<sup>45</sup>

In mindere mate komt voor dat delictomschrijvingen van zedendelicten restrictief worden uitgelegd. Toch komt ook dat voor, met als bekendste voorbeeld de nuancering voor wat betreft de tongzoen ten aanzien van de verkrachtingsbepaling.<sup>46</sup> Recentelijk heeft zich een andere kwestie voorgedaan, hetgeen heeft geleid tot een nieuw geval waarin een kwalificatie-uitsluitingsgrond is aangenomen. Met betrekking tot het vervaardigen/bezitten van kinderpornografisch materiaal voor eigen gebruik of zonder risico van verspreiding tussen twee oudere minderjarigen die daarmee ook instemmen<sup>47</sup> is niet altijd sprake van strafbaar gedrag. De Hoge Raad overweegt in het onder 13.2 aangehaald arrest dat de kinderpornografie bepaling in die zin te ruim is geredigeerd. Ook al is voldaan aan alle bestanddelen

43 P.A.M. Mevis in zijn noot bij HR 4 april 2017, NJ 2017/290.

44 Voorgesteld wordt strafbaar te stellen het contact met een persoon die zich voordoeft als iemand die de leeftijd van 18 jaren nog niet heeft bereikt.

45 Zie noot onder HR 7 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:167, NbSr 2017/76.

46 HR 26 november 2013, NJ 2014/62, ECLI:NL:HR:2013:1431.

47 HR 9 februari 2016, NJ 2016/257, ECLI:NL:HR:2016:213; zie ook S.R. Bakker, ‘Toestemming als rechtvaardiging: zelfbeschikking in het strafrecht?’ AA 2017, afl. 3, p. 185-186.

van de bepaling, dan moet desondanks in sommige gevallen, die tevens worden genoemd in de wetsgeschiedenis, de vraag of het gedrag van verdachte van dien aard is dat het moet worden gekwalificeerd als het in die bepaling tegen de zeden strafbaar gestelde feit, ontkenkend worden beantwoord en dient verdachte te worden ontslagen van alle rechtsvervolging. De *wetsgeschiedenis* levert in dezen een nuancering op ten aanzien van de zinsnede 'en zo ja, welk strafbaar feit het bewezen verklaarde volgens de *wet* oplevert' van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering.

#### 4.2 Medisch strafrecht

Voor de toepassing van het algemeen kader zijn rechtszaken uit het medisch strafrecht in het bijzonder interessant. Recent legde het Hof Den Haag aan de 'Haagse borstendokter' twee jaar gevangenisstraf op (waarvan één jaar voorwaardelijk) wegens mishandeling met zwaar lichamelijk letsel ten gevolge.<sup>48</sup> Interessant in deze uitspraak zijn de overwegingen omtrent de medische exceptie. Door de rechtbank werd verdachte, gynaecoloog en directeur van de Citykliniek te Den Haag, in 2014 vrijgesproken van mishandeling (en oplichting) van diverse patiënten.<sup>49</sup> Hoewel letsel was ontstaan als gevolg van infecties na door verdachte verrichte borstvergrotingen, achtte de rechtbank het handelen van verdachte niet wederrechtelijk, nu hij zich, volgens het rechtscollege, met succes kon beroepen op de medische exceptie. De medische exceptie is niet met zoveel woorden in de wet opgenomen.<sup>50</sup> Bij het vormgeven van de dogmatische constructie van de uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid zaten de structuren die de wetgever zich in 1886 voor ogen had gesteld, hem meer in de weg dan wenselijk: de straffeloosheid van de arts die met toestemming en volgens de regelen der kunst (be)handelt en de patiënt pijn of letsel toebrengt als middel gericht op genezing van de patiënt als doel, kwam de wetgever zo vanzelfsprekend voor dat hij die straffeloosheid (daarom) niet uitdrukkelijk wenste te regelen.<sup>51</sup> Het medisch-professioneel handelen lijkt in situaties van handelen vallend onder een delictomschrijving, maar verricht door een 'goed handelend arts' gerechtvaardigd te worden door de wettelijke bevoegdheid. Doordat in de wetgeving de arts de bevoegdheid is toegekend de geneeskunde uit te oefenen, is, aldus de beroepsrecht theorie, deze beroepsuitoefening onttrokken aan de werking van het Wetboek van Strafrecht.<sup>52</sup> De totstandkomingsgeschiedenis van het Wetboek van Strafrecht lijkt aanwijzingen te bevatten die pleiten voor deze theorie: er is gekozen voor (louter) het woord 'mishandeling', opdat de chirurgische operatie niet onder de reikwijdte van de bepaling zou vallen.<sup>53</sup> Dat betekent uiteraard niet dat een arts te allen tijde gevrijwaard is van strafrechtelijke vervolging en berechting. De exceptie geldt immers alleen binnen de grenzen van de medische professie. Een arts kan in zijn hoedanigheid ook die grenzen overtreden. De rechtvaardiging van de beroepsuitoefening vervalt

48 Gerechtshof Den Haag 30 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382.

49 Rb. Den Haag 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243, *Gj* 2015/11, m.nt. T.M. Schalken. Overigens was Rock G. reeds voor het leven geschrapt uit het BIG-register, CTG 23 juni 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1358.

50 Zie ook: H.M. Beets, *Aesculaap in de greep van Themis* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1989; J. Wöretshofer, *Volgens de regelen der kunst* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1992.

51 P.A.M. Mevis, 'Verdient het beroepsrecht van de arts codificatie als strafuitsluitingsgrond in het Wetboek van Strafrecht?', *AA* 2011-7/8, p. 550.

52 H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers e.a. (red.), *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 625: 'Het gaat niet om verstoring, maar om herstel van verstoring.'

53 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht (derde deel)*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892, p. 447 e.v.; E.W. van Dam van Isselt, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van den Medicus* (diss. Utrecht), Utrecht: F. Wentzel & Co. 1902, p. 10.

uiteraard bij onprofessioneel handelen.<sup>54</sup> Het gerechtshof oordeelde in deze onder 13.10 opgenomen casus, anders dan de rechtbank, dat verdachte niet heeft gehandeld conform de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard.<sup>55</sup> Nu hij niet volgens de regelen der kunst heeft gehandeld, heeft hij zich niet gedragen als goed hulpverlener en komt hem geen beroep of aanspraak op de medische exceptie toe.

Een minder recente, maar interessante zaak binnen het medisch strafrecht betreft het voorwaardelijk opzet op de grens van palliatieve sedatie en euthanasie.<sup>56</sup> Assistent-geneeskundige Vencken werd vervolgd voor onder meer het opzettelijk en met voorbedachten rade beroven van het leven van een terminaal zieke 77-jarige man, zulks terwijl de verdachte zijn handelingen zelf typeerde als symptoombestrijding en palliatieve sedatie. Palliatieve sedatie is het opzettelijk verlagen van het bewustzijn van een patiënt in de laatste levensfase.<sup>57</sup> Het gaat, in tegenstelling tot euthanasie, om een handeling vallend binnen het normaal medische domein. Uit een bijlage van de KNMG-Richtlijn Palliatieve sedatie blijkt dat het verschil tussen continu, diep sederen en euthanasie ligt in het effect van de handelwijzen, namelijk het bekorten van het leven.<sup>58</sup> Hoewel de Richtlijn stelt dat er geen aanwijzingen bestaan dat *lege artis* toegepaste palliatieve sedatie het leven bekort, worden hier in de literatuur vraagtekens bij geplaatst. Er wordt zelfs betoogd dat het wel degelijk zo kan zijn dat een neveneffect van palliatieve sedatie kan zijn dat de dood feitelijk sneller intreedt.<sup>59</sup> Inderdaad houden artsen bij de inzet van palliatieve sedatie regelmatig rekening met het mogelijke effect van bespoediging van het levenseinde, zo blijkt uit het sterfgevallenonderzoek 2010.<sup>60</sup> Naast de vaststelling dat uit tal van onderzoeken blijkt dat artsen palliatieve sedatie soms wel waarnemen als een praktijk die het overlijden kan bespoedigen, blijkt ook uit het meest recente sterfgevallenonderzoek opnieuw dat er frequent rekening gehouden werd met bespoediging van het levenseinde door sedatie. Van de artsen hield 38% hier namelijk rekening mee, en in 2% van de gevallen was bespoediging van het levenseinde zelfs het doel van de sedatie.<sup>61</sup> Via het voorwaardelijk opzet valt palliatieve sedatie daarmee onder artikel 293 van het Wetboek van Strafrecht: opzettelijke levensberoving op verzoek. Immers: als een arts de gevolgen van zijn handelen willens en wetens op de koop toeneemt en aanvaardt dat de dood door zijn handelen eerder kan intreden dan zou zijn gebeurd zonder zijn handelen, dan wordt voldaan aan het opzet en zijn de bestanddelen van artikel 293, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht vervuld. Puur naar de afzon-

54 De Hullu 2015, p. 357; De Hullu verwijst in dezen naar een zaak waarbij een tandarts onnodig boort en gattjes vult, Rb. Breda 10 december 1987, ECLI:NL:RBBRE:1987:AC1752, NJ 1988/714. Zie ook HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, NJ 2011/466, m.nt. N. Keijzer. In dit arrest wordt door de Hoge Raad voor het eerst en uitdrukkelijk aangenomen dat onder 'mishandeling' in de zin van artikel 300-301 Sr moet worden verstaan het aan een ander toebrengen van lichamelijk letsel of pijn *zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat*. Als een arts wordt vervolgd, maar desondanks een geslaagd beroep doet op de medische exceptie, zal hij, in zaken waarin mishandeling is tenlastegelegd, worden vrijgesproken, omdat de wederrechtelijkheid zit ingeblikt in de term *mishandeling*. Dit is anders bij zware mishandeling, waarbij een geslaagd beroep op de medische exceptie ontslag van alle rechtsvervolgning oplevert. Zie nader: J.S. Nan, 'Ingeblikte wederrechtelijkheid bij mishandeling', *TPWS* 2014/10; S.R. Bakker, 'Uitzonderingen op de regel', *Strafblad* 2017, afl. 6, p. 459.

55 Gerechtshof Den Haag, 30 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382.

56 Rb. Breda 10 november 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394, Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU0211 (Vencken).

57 KNMG-Richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 18.

58 KNMG-Richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, bijlage 3, p. 67 e.v.

59 G.A. den Hartogh, 'Continuous deep sedation and homicide: an unsolved question in ethics and law', *Medicine, Health Care and Philosophy* 2016/19, p. 285. Zie voor verdieping aangaande het grijze gebied tussen palliatieve sedatie en euthanasie ook A. van der Heide, *De dokter, het leven en de dood* (oratie Rotterdam), januari 2014.

60 Sterfgevallenonderzoek 2010, p. 30.

61 Sterfgevallenonderzoek 2015, p. 127-129.

derlijke bestanddelen kijkend, is er dus sprake van opzettelijke levensberoving op verzoek, en maakt de arts zich schuldig aan een strafbaar feit.<sup>62</sup> Toch overheerst het gevoel dat de strafbepaling voor een situatie als deze niet geschreven is: er lijkt sprake te zijn van een oneigenlijk geconstrueerde of geforceerde kwalificatie, zoals Kelk het verwoordt.<sup>63</sup> Dit lijkt daarom een treffend voorbeeld ter illustratie van de eventuele werking van de hiervoor besproken *Typizität* uit de Duitse dogmatiek. De problematiek is vergelijkbaar met die uit het *Gevangenisvoedsel*-arrest. Daar werd het oogmerk op wederrechtelijke bevooroordeeling geconstrueerd via de redenering van het voorwaardelijk opzet; hier werd het opzet op het benemen van het leven van de patiënt geconstrueerd via de redenering van datzelfde voorwaardelijk opzet. Maar het lijkt voor beide situaties niet de bedoeling van de wetgever geweest te zijn de zich voorgedane situatie onder de delictsomschrijving te laten vallen. De opzettelijke levensbeëindiging die strikt genomen onder de delictsomschrijving van artikel 293 van het Wetboek van Strafrecht valt, zou, in de *Typizität* van inzet van de arts onder de definitie van palliatieve sedatie, van strafbaarheid uitgesloten moeten worden. Dat geldt dan uitdrukkelijk alleen voor die situaties waarin de arts – handelend als goed hulpverlener, volgens de medische maatstaven – het lijden van de patiënt heeft willen verlichten en daarbij rekening houdt (in de zin van ‘op de koop toenemen’) met een eventueel levensbekortend effect. Het ziet daarmee niet op situaties waar die bespoediging ook daadwerkelijk het *doel* was van de palliatieve sedatie. Dan kan immers niet meer gesproken worden van de door de KNMG gehanteerde definitie van palliatieve sedatie. Het zou de aanvullende kritische taak van de werking van de *Typizität* in de strafrechtelijke benadering kunnen zijn die de arts in die eerste situatie tegen het strafrecht in bescherming neemt door niet de tekst van de (losse bestanddelen van de) delictsomschrijving te overschatten, maar ook de *ratio legis* voldoende tot zijn recht te laten komen en mee te laten wegen. Op een ietwat merkwaardige manier, namelijk door middel van een wel heel bijzondere manier van invulling van het voorwaardelijk opzet – volgde voor Vencken vrijspraak; het Hof achtte, in de aangehaalde rechtspraak onder 13.1 geciteerd, in navolging van de rechtbank het opzettelijk en met voorbedachte rade beroven van het leven van patiënt niet bewezen. De rechtbank overweegt dat de enkele kans op eerder overlijden onvoldoende is om voorwaardelijk opzet aan te nemen. De aanmerkelijkheid van de kans is echter met name relevant wanneer de ‘wetenskans’ bij de verdachte onbekend is. In casu is daarvan geen sprake; de verdachte wist van de kans op eerder overlijden. Is de uitspraak van de rechtbank inzake het voorwaardelijk opzet daarom juridisch gezien wel correct? Het Hof komt via een andere weg, namelijk door de causaliteit tussen handeling en het intreden van het gevolg in twijfel te trekken, tot hetzelfde oordeel met een toevoeging over het voorwaardelijk opzet in termen van motief (hetgeen daarmee ook niet kloppend lijkt).<sup>64</sup>

### 4.3 *Hennepteelt*

Een derde thema waarin het hiervoor onder 3 besproken theoretisch kader in de rechtspraak naar voren komt, is hennepeteelt. Het (gedoog)beleid omtrent coffeeshops is in de afgelopen jaren op verschillende punten bekritiseerd. Dit geldt te meer ten aanzien van de grenzen van strafbaarheid bij de teelt en verkoop van hennep. Daarbij speelt de vraag in hoeverre, gelet op het gedoogbeleid, vertrouwd mag worden op het uitblijven van ver-

62 Er voor het gemak maar even van uitgaande dat het verzoek van de patiënt inderdaad aangenomen kan worden, en niet sprake is van moord dan wel doodslag.

63 Kelk 2013, p. 335.

64 Binnen het strafrecht wordt namelijk pas bij het bepalen van de strafmaat gekeken naar het motief van de dader. Eerder speelt het motief geen expliciete rol, ook niet bij beantwoording van de vraag of er sprake is van voorwaardelijk opzet.

volging wegens feiten uit de Opiumwet.<sup>65</sup> In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest onder 13.9, wordt een beroep gedaan op het buiten toepassing laten van de strafwet, via de constructie dat de materiële wederrechtelijkheid aan de gedragingen komt te ontvallen, nu verdachten juist de belangen die de Opiumwet beoogd te beschermen, hebben nagestreefd, namelijk de volksgezondheid, de veiligheid en de openbare orde.<sup>66</sup> De Hoge Raad gaat hier niet in mee. Door de verdediging is aangevoerd dat het bedrijfsmatig telen van hennep niet als wederrechtelijk kan worden aangemerkt doordat de hennepteelt uitsluitend plaatsvindt volgens een verantwoord, niet op winstbejag gericht productieproces ten behoeve van levering aan gedoogde coffeeshops, waarover belasting wordt betaald, goede kwaliteit wordt geleverd en geen overlast wordt veroorzaakt. De Hoge Raad ziet geen omstandigheden die de wederrechtelijkheid van de hennepteelt wegnemen. Dat als onderdeel van maatschappelijk en politiek debat de vraag speelt of levering van hennep onder bepaalde voorwaarden gedoogd zou kunnen worden, maakt dit niet anders. In de kern vraagt de verdachte om de strafwet buiten toepassing te laten op basis van zijn eigen oordeel dat zijn handelingen niet strafbaar zouden moeten zijn. Het is slechts aan de wetgever zich uit te laten over de strafbaarheid van de gedraging. Zeker nu de handelingen van de verdachte krenking van het door de Opiumwet beschermde rechtsgoed meebrengen, is de rechter gehouden de wet toe te passen zonder dat daarbij ruimte bestaat voor het aannemen van een rechtvaardigingsgrond. Het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid lijkt (ook) voor de onduidelijkheid omtrent de achterdeur van de coffeeshop niet de oplossing te zijn.

#### 4.4 EVRM

Ten slotte verdient de invloed van het EVRM op de juridische waardering van strafwaardigheid besproken te worden, want ook die invloed speelt een rol in de Nederlandse strafrechtspraak. Het hierboven onder 13.5 opgenomen arrest van de Hoge Raad over het boek *Mein Kampf* illustreert dat, hoewel voldaan kan zijn aan de delictsomschrijving naar het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, op basis van een ieder verbindende verdragsbepalingen in de zin van de artikelen 93 en 94 Grondwet, de gedraging geen strafbaar feit oplevert. Toepassing van artikel 137e van het Wetboek van Strafrecht blijkt in casu niet verenigbaar met artikel 10 EVRM. De vraag die voorlag was of de beperking van de vrijheid van meningsuiting – namelijk een veroordeling wegens belediging en het aanzetten tot haat en discriminatie wegens het enkel in voorraad hebben van *Mein Kampf* – in een democratische samenleving noodzakelijk is. De Hoge Raad liet het oordeel van het Gerechtshof Amsterdam<sup>67</sup> in stand, inhoudende dat dit niet het geval was, ondanks het antisemitische karakter van het boek. Aldus blijkt dat het EVRM invloed heeft op de toepassing en uitleg van Nederlandse delictsomschrijvingen. Nu de bepalingen uit het EVRM rechtstreekse werking en voorrang hebben op de voet van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, zijn zij ook van belang voor de interpretatie van het Nederlands recht. In dat kader is de ontwikkeling op het gebied van prejudiciële vragen interessant, in het bijzonder het (facultatieve) Zes tiende Protocol bij het EVRM.<sup>68</sup> Dit protocol kwam op 2 oktober 2013 tot stand en ligt thans

65 Zie recent nog de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 28 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5167 na het *Checkpoint II*-arrest, waarin geen sprake was van niet-ontvankelijkheid van het OM vanwege het vertrouwen dat ontleend mocht worden aan het gedoogbeleid. Er volgde een bewezenverklaring zonder oplegging van straf of maatregel.

66 Zie voor een uitgebreidere bespreking de noot van P.A.M. Mevis in *NJ* 2017/339.

67 Gerechtshof Amsterdam 1 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:299.

68 Protocol nr. 16 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Straatsburg 2 oktober 2013, *Trb.* 2014, 74.

aan de Eerste Kamer ter parlementaire goedkeuring voor.<sup>69</sup> Het betreft de bevoegdheid om aan het EHRM 'advies' (*advisory opinion*) te vragen inzake principiële (rechts)vragen aangaande de interpretatie of toepassing van de rechten en vrijheden neergelegd in het Verdrag of de daartoe behorende Protocollen.<sup>70</sup> De bevoegdheid tot het vragen van een advies is voorbehouden aan de hoogste nationale rechter, maar het vragen om het advies is niet verplicht en het advies zelf niet bindend. Het kan echter wel aanknopingspunten bevatten die een bepaalde wetsinterpretatie met zich brengen, zowel in lijn met het rechtsgoed achter de nationale strafbepaling als juist niet in lijn daarmee. Het betreft uiteraard alleen advisering over het EVRM-recht en niet de uitleg van het nationale recht. Het rechtsgoed ziet namelijk alleen op dit laatste recht. Hoewel op basis van deze procedure duidelijkheid kan ontstaan over de interpretatie van een EVRM-recht, dient de nationale rechter de uitleg nog toe te passen in het kader van de uitleg van de voorliggende delictsomschrijving. Met andere woorden: hoewel met het vragen van advies aan het EHRM duidelijkheid kan ontstaan over de interpretatie van het EVRM-recht, dient de nationale rechter nog de vertaalslag te maken naar wat de EVRM-uitleg betekent voor de uitleg van het nationale recht. De uitleg van de nationale wetgeving op basis van het EVRM-recht kan in lijn zijn met het rechtsgoed zoals de strafbepaling dat beoogt te beschermen, maar kan zich daartoe ook op gespannen voet verhouden. Overigens illustreert de uitspraak over *Mein Kampf* dat het Europees Hof van belang kan zijn, maar dat hangt af van de stand van zaken met betrekking tot het betreffende EVRM-recht. Zo is het, bij de huidige stand van zaken, niet waarschijnlijk dat het EHRM of de Europese jurisprudentie snel relevant wordt voor bijvoorbeeld euthanasie-zaken. Daar houdt het Europees Hof zich nog altijd ver van verwijderd. Dat is een interessante constatering die laat zien dat de ene in deze rubriek besproken modaliteit meer geschikt is voor een specifiek thema dan de andere.

## 5. Enkele noties over verhouding wetgever en strafrechter

Het voorgaande maakt duidelijk dat er aanleiding kan bestaan toepassing van een strafbepaling achterwege te laten, hoewel vanuit formeel oogpunt aan alle bestanddelen is voldaan. Gegeven die constatering, rijzen er vragen in het kader van de verhouding tussen wetgever en rechter. Ook daarover is de laatste jaren de nodige literatuur verschenen. Dit leerstuk moet bezien worden vanuit (onder andere) het legaliteitsbeginsel en veronderstelt een min of meer heldere verhouding tussen wetgever en rechter; de wetgever dient te voorzien in duidelijke en concrete bepalingen die aangeven welke gedragingen strafbaar zijn en de rechter kan alleen strafbaarheid aannemen op grond van wettelijke strafbaarstellingen.<sup>71</sup> De praktijk leert echter dat deze verhouding niet strikt te interpreteren of vast te leggen is en dat er onder meer ruimte bestaat voor interpretatie en rechtsvinding door de rechter. Er bestaan ook gegronde redenen voor de wetgever om ruimte te laten in strafbaarstellingen.<sup>72</sup> Zo kan de rechter uitdrukkelijk de ruimte zijn gegeven ter nadere specificatie van de wet gelet op de exclusieve gevallen waarover hij gehouden is te oordelen.<sup>73</sup> Algemeen aanvaard is, dat de wet mede betekenis krijgt in samenhang met de wetsgeschie-

69 Zie voor een overzicht van het protocol en voor- en tegenargumenten die (in ieder geval) van belang zijn voor de Belgische situatie, waar men wel een grondwettelijk hof kent in tegenstelling tot Nederland, J. de Herdt, 'Het zestiende toegevoegd protocol bij het EVRM: een bijkomende garantie voor de mensenrechten in de strafprocedure?', *Nullum Crimen* 2017/4, p. 339-350.

70 *Kamerstukken II* 2014/15, 34235, 3, p. 1.

71 M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers & C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen NJV), Deventer: Kluwer 2011, p. 106.

72 Borgers 2011, p. 109; M.J. Borgers, *Bij nader inzien*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 2.

73 Schaffmeister & Heijder, p. 444.

denis, het systeem van de wet en het doel en de strekking van de wet. Het is echter niet precies duidelijk hoe ver de ruimte van de rechter strekt bij de uitleg van de wet. Als absolute ondergrens voor strafbaarheid zou aansluiting gezocht kunnen worden bij Vermunt, die meent dat handelingen die passen in het normaalbeeld van de maatschappij nooit bedoeld zijn om onder een delictomschrijving te vallen, hoe deze ook verwoord is.<sup>74</sup> Gelet op de normatieve opvattingen die betrokken zijn bij de wenselijkheid van strafbaarheid, is het niet verwonderlijk dat ook de verhouding tussen wetgever en rechter en hun taakverdeling in diverse publicaties onderwerp van discussie is.

Een uitgewerkt en afgebakend model van of voor die taakverdeling laat zich moeilijk uittekenen, mede gelet op de wisselwerking die zo inherent is aan hun taken. Het is onderdeel van een principiële discussie, waarop het antwoord (zeker) niet binnen deze bijdrage te geven is. Wel is een aantal opmerkingen van betekenis. Allereerst staat de verhouding tussen wetgever en rechter onder druk ten aanzien van maatschappelijke kwesties. De ruimte die de rechter gebruikt om sturing te geven in dergelijke kwesties, kan uitgelegd worden als een te ruim gebruik van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad. Dit is voornamelijk het geval wanneer het gaat om maatschappelijke kwesties en wanneer de uitleg van de rechter tegen de bedoeling van de wetgever indruist.<sup>75</sup> In het licht van de vraagstelling van deze bijdrage, speelt daarbij mee, in hoeverre zowel de wetgever als de rechter rekening houdt met het rechtsgoed dat de strafbepaling beoogt te beschermen. Kan gesteld worden dat de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak te buiten gaat wanneer hij de bepaling zodanig uitlegt dat die niet meer aansluit bij het rechtsgoed? Of bestaat er ruimte om (via jurisprudentie) wetgeving inhoudelijk mee te (laten) bewegen met maatschappelijke opvattingen door een net iets andere interpretatie en uitleg? Is dat ook mogelijk en wenselijk wanneer de bepaling daarmee verder af komt te staan van het rechtsgoed zoals de wetgever dat bedoelde te bepalen en beschermen? Daarbij rijst de vraag wanneer de rechter nadere uitleg van wetgeving aan de wetgever moet overlaten en wanneer hij hier zelf in kan voorzien. Voorts speelt, zoals we zagen, (de uitleg van) het EVRM een (steeds grotere) rol bij de uitleg van nationale wetgeving.

Zowel rechter als wetgever hebben een rol als rechtsvormer, maar hun interactie is niet geregeld. Gegeven is dat de rechter en wetgever het ook 'met elkaar te doen zullen hebben'.<sup>76</sup> Ondanks de onvermijdelijke samenwerking, beschikken zij niet over dezelfde middelen om recht vorm te geven.<sup>77</sup> De wetgever schrijft de strafbepalingen die de strafbare gedraging bevatten, waarmee het achterliggende rechtsgoed dient te worden beschermd; de rechter is geschillenbeslechter in het concrete geval. De rechter kan in zijn rol eventuele lacunes in de wet niet oplossen door het schrijven van wetgeving. Rechter en wetgever schrijven een gemeenschappelijk verhaal, maar nemen alleen deel vanuit hun eigen rol. Het is wenselijk bij het schrijven van het verhaal van de ene kant, het verhaal van de andere kant in het oog te houden en te bepalen wie wanneer aan zet is.<sup>78</sup> Als algehele rode draad zou het achterliggende rechtsgoed kunnen worden gebruikt als basis of uitgangspunt voor rechtsvorming. Dat impliceert niet dat rechter en wetgever gehouden zijn dezelfde koers te varen, maar dat

74 Vermunt 1984, p. 118.

75 Zie voor een bespreking van enkele van deze voorbeelden Mevis 2016, p. 209-219.

76 Borgers 2016, p. 53; P.A.M. Mevis, 'Bespreking van: M.J. Borgers, Bij nader inzien, Deventer: Wolters Kluwer 2016', *DD* 2017/19 (p. 179).

77 P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Rotterdam: Gouda Quint 2000, p. 24.

78 Mevis 2000, p. 26.

zij – gegeven hun inherente verbondenheid – op zijn minst elkaars positie c.q. standpunt in overweging nemen.

## 6. Slot

Het doel van de bespreking van de geselecteerde rechtspraak was een antwoord te vinden op de vraag in hoeverre de strafrechter rekening houdt c.q. dient te houden of kan houden met het te beschermen rechtsgoed bij de toepassing/beantwoording van de materiele vragen van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering. Hoewel wij op voorhand aangaven dat op die vraag geen allesomvattend en eenduidig antwoord bestaat, hopen wij met deze analyse van rechtspraak op diverse punten toch meer duidelijkheid te hebben gebracht. De besproken jurisprudentie en het naar aanleiding daarvan geschetste theoretisch kader maakt duidelijk dat het strafbare of strafwaardige karakter van handelingen zich niet eenvoudig laat vastleggen. Hoewel het Wetboek van Strafrecht gedragingen bevat die binnen Nederland te gelden hebben als strafbare feiten, is over strafbaarheid dan wel strafwaardigheid nogal wat te doen; de maatschappelijke werkelijkheid zet die strafbaarheid of strafwaardigheid nogal eens als het ware onder druk. Zonder alle vraagstukken die in dat kader spelen te bespreken, kan in ieder geval geconcludeerd worden dat er verschillende aanleidingen kunnen bestaan over te gaan tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, ook ingeval de strafbare handeling (formeel) gegeven is. Die uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan op verschillende wijzen en in verschillende verschijningsvormen plaatshebben. Een algemene uitsluitingsgrond tot het, in een bepaalde situatie naar het oordeel van de rechter, achterwege laten van strafwaardigheid in verband met de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed, heeft binnen de Nederlandse rechtspraak geen plaats. Vanuit het oogpunt van legaliteit is het ontbreken van een dergelijke uitsluitingsgrond onder meer om redenen van rechtszekerheid en het tegengaan van willekeur begrijpelijk. Daartegenover staat dat de praktijk blijk geeft van situaties waarin wordt bevestigd dat de wettekst niet alle situaties waarin expliciet wel of niet sprake dient te zijn van strafwaardig gedrag kan onderscheiden. Het achterliggende rechtsgoed bij de strafbaarstelling lijkt bij de beoordeling van strafwaardig gedrag geen rol te spelen, in ieder geval niet expliciet.

Wellicht dat daar waar een heroverweging omtrent de strafwaardigheid van het gedrag aan de orde is, het rechtsgoed impliciet een rol speelt bij de beoordeling van de strafbaarheid, zij het dat het niet met die woorden door de rechter wordt overwogen. Als uitgangspunt lijkt te (moeten) gelden dat indien de wetgever bepaald gedrag niet strafbaar had willen stellen, dit ook bij wet (als uitzondering) geregeld (had) moeten zijn en niet in zijn geheel aan de rechter dient te worden overgelaten. Wel is waarneembaar dat de totstandkoming van wetgeving en de daarbij gepaard gaande overwegingen, huidige maatschappelijke opvattingen en het EVRM een rol kunnen spelen bij de uitleg van thans geldende delictomschrijvingen, waarin de overweging omtrent wat strafbaar gedrag zou moeten opleveren meegenomen wordt. Een expliciete vrijwaring van straf op basis van gebrek aan strijdigheid met het te beschermen rechtsgoed is niet per definitie een gegeven. Het rechtsgoed lijkt (slechts) in zoverre een rol te spelen dat het betrokken kan worden bij de door de rechter te maken beoordeling omtrent strafbaarheid of strafwaardigheid van gedrag, maar lijkt niet zonder meer zelfstandig het buiten toepassing laten van de strafwet te rechtvaardigen. Bij het wegnemen van eventuele spanning tussen de tekst van de wet en de uitleg en toepassing van de wet, lijkt weinig ruimte te zijn weggelegd voor de betekenis van het achterliggende rechtsgoed.

Uit de geselecteerde jurisprudentie blijkt eens te meer dat (meer) aandacht voor het achterliggende rechtsgoed relevant is bij de kwestie omtrent strafbaarheid of strafwaardigheid van gedrag. Hoewel niet formeelrechtelijk geregeld of erkend – en dus ook niet expliciet in het beoordelingskader van artikel 350 Wetboek van Strafvordering opgenomen (men zou het hooguit deels in de tweede ‘vraag’ kunnen lezen) – zou de rechter bij de uitleg en interpretatie van het recht aansluiting kunnen zoeken bij het rechtsgoed van de delictsom-schrijving. Hoewel te verdedigen is dat er überhaupt nimmer straf dient te volgen indien geen sprake is van een rechtsgoedkrenking, willen wij hier in elk geval pleiten voor een nadrukkelijker rol voor de notie van bescherming van het rechtsgoed in de rechtspraak. Die notie kan een explicietere bijdrage leveren aan overwegingen omtrent strafwaardigheid, alsmede in het kader van de door het openbaar ministerie te nemen vervolgingsbeslissing.

Daar waar de rechter weinig ruimte heeft gedrag naar eigen inzicht als niet strafbaar of strafwaardig te bestempelen – bijvoorbeeld op basis van het rechtsgoed – bestaat die ruimte voor de wetgever wel. Uit de verschillende actuele thema's blijkt nog maar weer eens de verantwoordelijkheid van de wetgever om wetgeving zodanig te formuleren dat deze zo nauw mogelijk aansluit bij de opvattingen omtrent strafwaardig gedrag. Bij de formulering van de wetgeving dient de wetgever het te beschermen rechtsgoed in acht te nemen en bij de beoordeling van strafwaardigheid te betrekken. De besproken leerstukken en actuele thema's geven blijk van die noodzaak en vormen hopelijk een aansporing voor de wetgever om wetgeving niet alleen te laten aansluiten bij de huidige opvatting omtrent wat strafwaardig is en wat niet, maar ook om zich daarbij bewust te zijn van en – binnen zijn mogelijkheden – blijk te geven van de kwestie of de gedragingen die onder de toepassing van de strafwet (kunnen) vallen, wel degelijk een krenking van het rechtsgoed opleveren. Want dat is immers het uitgangspunt en het minimale handvat dat de burger kan verwachten. De scheidslijn tussen wat wel en geen strafbaar gedrag is, dient zo duidelijk mogelijk geformuleerd te worden, zodat de burger de grenzen van zijn handelen kan kennen en de rechter niet genoodzaakt is buitensporig creatief met de wet om te gaan.

Al met al lijkt het achterliggende, te beschermen rechtsgoed in eerste instantie misschien een thema dat niet (meer) zo acuut speelt, maar op basis van de in deze rubriek verzamelde jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat het toch de nodige aandacht trekt. Dit blijkt zowel langs de algemeen dogmatische lijn in de verschillende modaliteiten die worden ingezet, als langs de lijn van de thematiek zelf – zeden, medisch strafrecht, hennepsteelt – die in recente jurisprudentie aan de orde is. In kort tijdsbestek is in de afgelopen jaren een flink aantal zaken, toch niet op de onbelangrijkste terreinen, de Hoge Raad gepasseerd waarbij dit punt rijst, en vervolgens wordt daar langs allerlei verschillende wegen dogmatisch toch niet al te eenvormig mee omgegaan.