

Uitzonderlijke excepties in het strafrecht

Een zoektocht naar systematiek bij
de beslissingen omtrent uitsluiting
van strafrechtelijke aansprakelijkheid
in bijzondere contexten

S.R. BAKKER

Uitzonderlijke excepties in het strafrecht

Uitzonderlijke excepties in het strafrecht

Een zoektocht naar systematiek bij de
beslissingen omtrent uitsluiting van
strafrechtelijke aansprakelijkheid
in bijzondere contexten

Extraordinary Exceptions in Criminal Law

A systematisation of grounds for exclusion of criminal
responsibility in special contexts

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de rector magnificus
prof.dr. A.L. Bredenoord
en volgens besluit van het College voor Promoties.
De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 9 december 2021 om 15:30 uur

door

Sven Ramon Bakker

geboren te Leiden

Promotoren: prof.mr. P.A.M. Mevis
prof.mr. C.P.M. Cleiren

Overige leden: prof.mr. L. Stevens
prof.mr. P.A.M. Verrest
prof.mr. J.M. ten Voorde

Opmaak: AlphaZet prepress, Bodegraven

© 2021 S.R. Bakker | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatieren Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-998-4
ISBN 978-90-5189-194-2 (e-book)
NUR 824

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
1.1	Aanleiding	1
1.1.1	Uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten	1
1.1.2	De rol van wetgever, openbaar ministerie en strafrechter ten aanzien van gedragingen in bijzondere contexten	4
1.1.3	Verwevenheid van materieel en formeel strafrecht	6
1.2	Vraag en doel van het onderzoek	8
1.2.1	Probleemstelling en vraagstelling	8
1.2.2	Doelstelling	10
1.3	Opbouw en methodiek	10
1.4	Terminologie en afbakening	14
1.4.1	'Excepties'	14
1.4.2	Afbakening	16
1.5	Relevantie	16
2	UITSLUITING VAN STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID NAAR INHOUD EN VORM	19
2.1	Inleiding	19
2.2	Inhoud: voorwaarden voor strafbaarheid	20
2.2.1	Menselijke gedraging	22
2.2.1.1	De menselijke gedraging en delictsbestanddelen	23
2.2.1.2	Interpreteren van delictsbestanddelen	24
2.2.2	Wettelijke delictsomschrijving	25
2.2.2.1	(De structuur van) het (wettelijke) strafbare feit	25
2.2.2.2	De delictsomschrijving en het legaliteitsbeginsel	28
2.2.3	Wederrechtelijkheid	32
2.2.3.1	Het verschil tussen wederrechtelijkheid als bestanddeel en wederrechtelijkheid als element	32
2.2.3.2	De leer van (het ontbreken van) de materiële wederrechtelijkheid	36
2.2.3.2.1	<i>Formele en materiële wederrechtelijkheid</i>	36
2.2.3.2.2	<i>De Veearts-jurisprudentie</i>	38
2.2.3.2.3	<i>De dogmatische plaats van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid</i>	42
2.2.3.2.4	<i>Toegevoegde waarde?</i>	48
2.2.3.3	De leer van de sociale adequatie	50

2.2.4	Verwijtbaarheid	53
2.2.4.1	Verwijtbaarheid als element	53
2.2.4.2	Culpa	54
2.2.4.3	'Zumutbaarheid'?	56
2.2.5	Vrij en Remmelink: de leer van de subsocialiteit en 'pure' strafuitsluitingsgronden	57
2.3	Vorm: modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid	62
2.3.1	Inleiding	62
2.3.2	Bewijsuitsluitingsgronden en -verweren	64
2.3.2.1	Delictsbestanddeelsluitingsgrond en Dakdekkerverweer	64
2.3.2.2	Meer en Vaart-verweren	65
2.3.2.3	Daderschapsuitsluitingsgrond/aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond	66
2.3.2.4	'Culpa'-uitsluitingsgrond en 'wederrechtelijkheid-als-bestanddeel'-uitsluitingsgrond	66
2.3.2.5	Verweer aangaande causaliteitsgebrek	67
2.3.3	Kwalificatie-uitsluitingsgronden en -verweren	67
2.3.3.1	Bewezenverklaring refereert niet aan alle bestanddelen van de delictsomschrijving	68
2.3.3.2	Ten laste gelegd feit kan niet worden gekwalificeerd op grond van een wet(sartikel)	68
2.3.3.3	Een strafbepaling wordt niet toegepast vanwege strijd met hoger recht	69
2.3.3.4	Generale strafbepaling wordt niet toegepast vanwege toepassing speciale strafbepaling	72
2.3.3.5	Een feit kan niet worden gekwalificeerd, omdat delictsomschrijving ter zake nog niet/niet meer bestaat	73
2.3.3.6	Het geheel aan bestanddelen levert niet de 'delictsinhoud' op	74
2.3.4	Strafuitsluitingsgronden	77
2.3.4.1	Rechtvaardigingsgronden	79
2.3.4.2	Schulduitsluitingsgronden	80
2.3.4.3	Bijzondere, geschreven strafuitsluitingsgronden	81
2.4	Vrijheid, beperking en uitzondering; gedrag, delictsomschrijving en achterliggende norm	82
2.5	Afsluitende opmerkingen en deelconclusie	84
3	BIJZONDERE CONTEXTEN	87
3.1	Inleiding	87
3.2	Kunst en wetenschap	89
3.2.1	De context	89
3.2.2	De exceptie	97

3.2.2.1	De kunstexceptie ('exceptio artis')	97
3.2.2.2	De wetenschapsexceptie ('exceptio scientiae')	103
3.3	(Medische) beroepsuitoefening	107
3.3.1	De context	107
3.3.2	De exceptie	113
3.4	Sport- en spelsituatie	122
3.4.1	De context	122
3.4.2	De exceptie	124
3.5	Opvoeding en tuchtiging	128
3.5.1	De context	128
3.5.2	De exceptie	131
3.6	Verzetsrecht	136
3.6.1	De context	136
3.6.2	De exceptie	138
3.6.2.1	Het verzetsrecht als exceptie	138
3.6.2.2	Protest, demonstratie en burgerlijke ongehoorzaamheid als exceptie?	141
3.7	Cultuur en religie	144
3.7.1	De context	144
3.7.2	De exceptie	147
3.8	Uitzonderlijke 'sub'- culturele handelingen, gebruiken en tradities	150
3.8.1	De context	150
3.8.2	De exceptie	152
3.9	Afsluitende opmerkingen en deelconclusie	157
4	MATERIEELRECHTELIJKE ANALYSE	161
4.1	Inleiding	161
4.2	Analyse: grondslagen en achterliggende rechtsgoederen	162
4.2.1	Grondslagen	164
4.2.1.1	Grondslagen op het niveau van de rechtsorde (macro-niveau)	165
4.2.1.1.1	<i>Een (fundamenteel) recht</i>	165
4.2.1.1.2	<i>Een (wettelijke) plicht (en daaruit voortvloeiende bevoegdheden)</i>	166
4.2.1.1.3	<i>Macroniveau: tussenbalans</i>	167
4.2.1.2	Grondslagen op het niveau van het maatschappelijk leven (meso-niveau)	167
4.2.1.2.1	<i>Sociale adequatie</i>	167
4.2.1.2.2	<i>Subsocialiteit</i>	173
4.2.1.2.3	<i>Mesoniveau: tussenbalans</i>	175
4.2.1.3	Grondslagen op het niveau van het individu (micro-niveau)	176
4.2.1.3.1	<i>De toestemming</i>	176
4.2.1.3.2	<i>Een andersoortige, bijzondere relatie tussen individuen</i>	181
4.2.1.3.3	<i>Microniveau: tussenbalans</i>	182

4.2.2	De verhouding tot het achterliggende rechtsgoed	183
4.2.2.1	Het achterliggende rechtsgoed als concept	183
4.2.2.2	Twee 'scenario's'	188
4.2.2.2.1	<i>Scenario 1: (überhaupt) geen krenking/ gevaarzetting van het achterliggende rechtsgoed (op de wijze die de wetgever voor ogen stond)</i>	188
4.2.2.2.2	<i>Scenario 2: Een niet strafbare krenking/ gevaarzetting van het achterliggende rechtsgoed</i>	192
4.2.2.3	Het achterliggende rechtsgoed en de leer van (het ontbreken van) materiële wederrechtelijk- heid	193
4.2.2.4	Tegengeluid: kritiek op het achterliggende rechtsgoed als concept	199
4.2.3	Materieelrechtelijk beoordelingskader	207
4.3	Toepassing op contextgebonden excepties	211
4.3.1	Kunst en wetenschap	212
4.3.1.1	Kunst	212
4.3.1.2	Wetenschap	218
4.3.2	(Medische) beroepsuitoefening	221
4.3.3	Sport en spel	224
4.3.4	Opvoeding en tuchtiging	228
4.3.5	Verzetsrecht	232
4.3.6	Cultuur en religie	236
4.3.7	Uitzonderlijke 'sub'-culturele handelingen, gebruiken en tradities	240
4.4	Afsluitende opmerkingen en deelconclusie	242
5	DE INVLOED VAN HET STRAFPROCESRECHT EN DE STRAFRECHTS- PRAKTIJK OP DE SYSTEMATISCHE VERWERKING VAN CONTEXT- GEBONDEN EXCEPTIES	247
5.1	Inleiding	247
5.2	Analyse van oorzaken die samenhangen met art. 350 Sv	248
5.2.1	De materiële vragen van art. 350 Sv	248
5.2.2	Op den grondslag der telastlegging	251
5.2.3	Naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting	254
5.2.4	Factoren behorend bij de materiële vragen	254
5.2.4.1	Van kwalificatiekwestie naar bewijskwestie	255
5.2.4.2	Van strafuitsluitingskwestie naar bewijskwestie	262
5.2.4.3	Bestanddeel of fait d'excuse	264
5.2.4.4	De betekenis die de rechter geeft aan de term 'wederrechtelijk'	265
5.2.5	Dicta	266
5.3	De plaats van uitzonderlijke excepties in het strafvorderlijk beslissingsmodel	269

5.4	Welke potentiële wijzigingen zouden eventueel aan een verbetering van de systematiek kunnen bijdragen?	271
5.4.1	Het codificeren van contextgebonden excepties of andersoortige materieelstrafrechtelijke wetswijzigingen?	272
5.4.2	Het (louter) verwerken en beoordelen van contextgebonden excepties bij de vervolgingsbeslissing?	280
5.4.3	Het opheffen van het onderscheid tussen vrijspraak en ontslag van alle rechtsvervolging?	283
5.4.4	Een aanpassing van het beslissingsmodel?	286
5.5	Afsluitende opmerkingen en deelconclusie	292
6	CONCLUSIE	295
6.1	Inleiding	295
6.2	Bevindingen	296
6.3	Waardering	302
6.4	Slotbeschouwing: Naar een (meer) systematische beoordeling van gedragingen in bijzondere contexten	307
6.5	Aanbevelingen	311
6.6	Uitleiding	316
	SAMENVATTING	319
	SUMMARY	329
	AANGEHAALDE LITERATUUR	339
	AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE	359
	CURRICULUM VITAE	365

1 | Inleiding

1.1 AANLEIDING

1.1.1 Uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten¹

Het Wetboek van Strafrecht omvat diverse, uiteenlopende omschrijvingen van gedragingen die door de wetgever als onrechtmatig en daarmee als strafwaardig worden beschouwd. Dit komt ook tot uitdrukking in de opmerking van Modderman bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht:

‘Het beginsel is dit: dat alleen datgene mag gestraft worden, wat in de eerste plaats *onregt* is. Dit is eene conditio sine qua non. In de tweede plaats komt de eisch er bij dat het een onrecht zij, waarvan de ervaring heeft geleerd dat het (waarbij natuurlijk op den gegeven maatschappelijken toestand te letten is) door geene andere middelen behoorlijk is te bedwingen. De strafbedreiging moet blijven een *ultimum remedium*.’²

De wetgever heeft in algemene, op uiteenlopende gevallen van toepassing zijnde bewoordingen het strafrechtelijke te handhaven onrecht geduid. Voor de specifieke, concrete toepassing van de strafwet is veel ruimte gelaten aan de strafrechter: ‘Waar echter de taak des wetgevers ophoudt, vangt die der rechtspraak aan.’³ In een concreet geval is het aan de strafrechter om te oordelen of een verdachte voor de verrichte gedraging kan worden veroordeeld en gestraft. Het geheel aan dergelijke oordelen levert een bijdrage aan de normstelling, alsmede aan de consistentie en duidelijkheid ervan.

1 Dit thema heeft eerder mijn aandacht gehad; verschillende onderdelen van dit proefschrift zijn ontleend aan eerdere publicaties van mijn hand. In het bijzonder wijs ik daartoe op de volgende publicaties: Cleiren & Bakker 2011; Bakker & Van de Wetering 2015; Bakker 2017a; Bakker 2017b; Van de Wetering, Eckhardt & Bakker 2018; HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1003, *NbSr* 2018/267 m.nt. S.R. Bakker; HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, *NbSr* 2018/319 m.nt. S.R. Bakker & J.P. Cnossen; HR 16 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:598, *NbSr* 2019/152 m.nt. S.R. Bakker; Bakker & Postma 2019; Bakker 2020.

2 Smidt 1881-1886, dl. 1, p. 11.

3 Smidt 1881-1886, dl. 1, p. VI.

Zowel in de strafrechtstheorie als in de -praktijk is aanvaard dat diverse gedragingen, hoewel deze *in zijn algemeenheid* zijn verboden volgens de strafwet, *in concreto* geoorloofd kunnen zijn.⁴ Dat kan bijvoorbeeld tot uitdrukking komen in een van toepassing zijnde wettelijke strafuitsluitingsgrond. Wanneer een (rechtens of maatschappelijk) geoorloofde gedraging plaatsvindt, is het echter niet uitgesloten dat in zo'n geval geen geschreven strafuitsluitingsgrond voorhanden is. De algemene strafuitsluitingsgronden van de artikelen 39 tot en met 43 Sr en de bijzondere strafuitsluitingsgronden die bij enkele strafbaarstellingen zijn opgenomen omvatten niet alle situaties waarin uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid aangewezen is: 'de rek is niet groot genoeg'.⁵

Dergelijke situaties doen zich bijvoorbeeld voor in (erkende) 'bijzondere contexten' waarbij het volgens Kelk gaat 'om gedragingen en gedragspatronen die bepaalde – zo zou men kunnen zeggen – uitzonderingsgebieden bestrijken met betrekking tot de strafbaarheid'.⁶ Het komt voor dat in of vanwege de bijzondere context gedragingen worden verricht die naar de letter corresponderen met hetgeen de wetgever als onrecht heeft aangemerkt, maar die niet tot bestraffing (zouden moeten) leiden. Bij de vaststelling van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in die bijzondere contexten lijkt meer van de strafrechter te worden verlangd, omdat een concrete wettelijke grond voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid veelal ontbreekt.

Ter illustratie: van een tandarts wordt verwacht dat hij iemand pijn kan en mag toebrengen in het kader van een behandeling. Hoewel het voor de patiënt kan aanvoelen als mishandeling, zal het strafrecht in of vanwege de bijzondere context van de medische beroepsuitoefening in de regel geen rol spelen. Sterker nog: de tandarts moet daar ook vanuit kunnen gaan, zolang hij zijn beroep 'volgens de regelen der kunst' uitvoert. In vergelijkbare zin geldt dat een stoot in het gezicht, uitgedeeld door een bokser, niet leidt tot een strafrechtelijke vervolging, in of vanwege de bijzondere context van de sport- en spelsituatie. Ook zal men een kunstenaar, die een kunstzinnig naaktportret in een vrij toegankelijke galerie presenteert, eerder prijzen vanwege zijn creativiteit in de context van de artistieke expressie dan vervolgen voor het openlijk tentoonstellen pornografisch materiaal.

Zowel in de maatschappij als in het strafrecht worden gedragingen die plaatsvinden in of vanwege een bijzondere context veelal anders beoordeeld dan dezelfde gedragingen buiten de betreffende context.⁷ Voor de niet-strafwaardige of niet-strafbare gedragingen in of vanwege de context

4 Hazewinkel-Suringa 1953, p. 194.

5 Van Veen 1978, p. 509.

6 Kelk & De Jong 2019, p. 191. De term 'bijzondere contexten' wordt in par. 3.1 nader gedefinieerd.

7 Vgl. De Doelder & Van Dorst 1977, p. 166: 'Het tijdens het spel ten val brengen van een rugbyspeler maakt een geheel andere indruk dan dezelfde handeling toegepast op een willekeurig persoon op het Plein.'

geldt dat in de rechtspraak als het ware ‘linksom of rechtsom’ uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gerealiseerd indien dat is aangewezen, terwijl (of: zelfs als) een duidelijke of expliciete grondslag voor die uitsluiting niet altijd in de wet te vinden is. Volgens De Doelder moet men ook realistisch zijn door te erkennen dat de wet nooit alle gevallen kan dekken waarin het *communis opinio* is dat bestraffing achterwege zou moeten blijven: ‘De wetgever behoort wel naar een honderd-procentdekking te streven, aangezien de wet zowel de wetgever als de burger houvast geeft, maar de praktijk zal altijd gevallen produceren, die nog niet zijn bedacht.’⁸ In de praktijk hebben deze onvoorziene, uitzonderlijke gevallen zich voorgedaan en deze zullen zich ook blijven voordoen. Anders dan de term doet vermoeden, komen uitzonderlijke gevallen veelvuldig voor.⁹

In de jurisprudentie is daarom de ruimte, die de wetgever heel bewust aan de strafrechter heeft gelaten,¹⁰ benut om langs andere wegen dan de door de wetgever gebaande paden te redeneren en te komen tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Immers: ‘Het doel van het strafrecht, de handhaving van de bestaande rechtsorde, is zeker niet gebaat met een veroordeling, van welke niet alleen de rechter zelf, maar ieder behoorlijk ontwikkeld rechtsbewustzijn moet erkennen, dat zij niet verdiend is.’¹¹ Daar waar het voor ‘ieder behoorlijk ontwikkeld rechtsbewustzijn’ duidelijk en inzichtelijk is dat bestraffing (of inzet van het strafrecht) in sommige gevallen niet verdiend is, is het echter niet altijd even duidelijk en inzichtelijk hoe en op grond waarvan die straffeloosheid (wel) gerealiseerd dient te worden.

Zeker in bijzondere contexten, zoals de hiervoor als voorbeeld gebruikte (medische) beroepsuitoefening, sport- en spelsituatie en artistieke expressie, is het niet eenvoudig om met een strafrechtelijke bril te oordelen over de strafwaardigheid of strafbaarheid van een gedraging die binnen die context juist als ‘gangbaar’ of ‘geoorloofd’, maar buiten die context als ‘buitengewoon’ en ‘ongeoorloofd’ wordt beschouwd. De (gedrags- of zorgvuldigheids)normen binnen die contexten verschillen bijvoorbeeld veelal van de strafrechtelijke (gedrags- of zorgvuldigheids)normen. Voor ‘participanten’ in die betreffende context kan dat (rechts)onzekerheid opleveren, nu niet altijd helder is hoe de (gedrags- of zorgvuldigheids)normen die gelden in de context zich verhouden toch de strafrechtelijke (gedrags- of zorgvuldigheids)normen. Voor rechtstoepassers, zoals de strafrechter, is, bij een gebrek aan wettelijk houvast, duidelijkheid eveneens essentieel, bijvoorbeeld in het licht van een inzichtelijke, voorspelbare en consistente beoordeling en beslissing. Uit de strafrechtspraak blijkt echter dat, ter zake van gedragingen die zijn verricht in bijzondere contexten, de strafrechter zich van zijn meest creatieve kant heeft (moeten) laten zien om gedragingen die naar

8 De Doelder 2007, p. 28-29.

9 Bakker 2017b, p. 462.

10 Van Veen 1986, p. 350-351.

11 Overbeek 1934, p. 5.

de letter onder de delictsomschrijving vallen niet strafwaardig of strafbaar te achten.¹² Omdat strafrechtelijke veroordeling in dergelijke gevallen niet aangewezen is, maar een beroep op een wettelijke strafuitsluitingsgrond niet altijd past en dus niet altijd gehonoreerd kan worden, heeft de strafrechter, als gezegd, gronden voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen vinden buiten de (geschreven) strafuitsluitingsgronden om. Het is echter niet altijd eenvoudig om te ontrafelen via welke methode en op basis waarvan de strafrechter (op een navolgbare, consistente wijze) tot een niet-veroordelende uitspraak komt. In het verlengde daarvan speelt de kwestie of het door de wetgever (te zeer) aan de rechter overlaten van het invullen van de overgebleven ruimte ter zake van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft geleid tot ongewenste onsystematische beoordeling van gedragingen die zijn verricht in of vanwege bijzondere contexten.

1.1.2 De rol van wetgever, openbaar ministerie en strafrechter ten aanzien van gedragingen in bijzondere contexten

Toegespitst op het bovenstaande, heeft de wetgever, ‘constitutioneel de scheidsman tussen de machten’, in het materiële strafrecht onder andere ‘de kardinale functie te onderscheiden tussen niet en wel strafwaardig gedrag’, door het (zorgvuldig) opstellen van delictsomschrijvingen.¹³ Dit is mede ingegeven door het legaliteitsbeginsel dat de wetgever (onder andere) verplicht om strafwaardig gedrag te omschrijven in een (voorafgaande) wettelijke strafbepaling. Voor de burger wordt daarmee inzichtelijk welk gedrag hij achterwege heeft te laten en hij mag op basis daarvan de gerechtvaardigde verwachting koesteren dat gedrag dat niet wettelijk strafbaar is gesteld ook niet wordt vervolgd en bestraft; de rechtstoepassers zijn gehouden om bij de vervulling van hun eigen taak het primaat van de wet(gever) te eerbiedigen en te garanderen.¹⁴

Overigens vloeit uit het legaliteitsbeginsel niet per definitie een concrete verplichting om uitzonderingsgevallen of beperkingen van de delictsomschrijvingen nader te reguleren voort: ‘de strekking van art. 1 Sr brengt met zich dat de wet is toegespitst op de *vestiging* van strafbaarheid (en op de daarbij horende strafbedreiging) en niet op de *uitsluiting* ervan.’¹⁵ De wetgever heeft weliswaar enkele gronden voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid opgenomen in het Wetboek van Strafrecht, maar ten aanzien van beperkingen van strafwaardigheid of uitzonderingen op strafbaarheid blijft er ruimte over voor rechtstoepassers om aan de hand van concrete gedragingen beslissingen te nemen.

12 Bakker 2017b, p. 458.

13 Enschedé 1979, p. 57-58.

14 Cleiren 2008, p. 292. Vgl. De Hullu 2021, p. 83-85; Mevis 2000, p. 23.

15 Bakker 2020, p. 227; Bogert 2005, p. 175.

Een voorbeeld van een dergelijke beslissing is de vervolgingsbeslissing die wordt genomen door het openbaar ministerie.¹⁶ Het openbaar ministerie, dat in de regel anticipeert op het te verwachten oordeel van de strafrechter, beslist – naast de vraag naar de ‘haalbaarheid van de zaak’ – omtrent het instellen van vervolging of het afzien daarvan, op gronden aan het algemeen belang ontleend. Het opportuniteitsbeginsel kan daarmee dienen als aanvulling op uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, in die zin dat ‘vroegtijdig’ wordt beoordeeld dat de gedraging niet tot bestraffing dient te leiden. In zo’n geval komt de normatieve kant van het opportuniteitsbeginsel aan de orde. Het beleidssepot vult namelijk de strafwaardigheid of strafbaarheid nader in met als gevolg dat geen toepassing wordt gegeven aan het materiële strafrecht en dat bestraffing achterwege blijft.¹⁷ Dit blijft echter een (op het uiteindelijk te verwachten juridische oordeel) anticiperend oordeel van de officier van justitie. De daadwerkelijke vaststelling van strafwaardigheid en strafbaarheid wordt echter – als er niet wordt geseponneerd – verricht door de strafrechter.

De aandacht zal daarom in het bijzonder uitgaan naar de rol van de strafrechter als rechtstoepasser, die bij een (potentieel) gebrek aan in het Wetboek van Strafrecht opgeschreven, strafrechtsdogmatische handvatten dient te beslissen over de (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van gedragingen die zijn verricht in of vanwege een bijzondere context. Zijn rol is – anders dan die van het openbaar ministerie – meer richtinggevend voor de toekomst en de ontwikkeling van de strafrechtelijke dogmatiek. Tegelijkertijd dient hij wel rekening te houden met de opvattingen en bedoelingen van de wetgever die *wel* voorhanden zijn. Bovendien wordt ook van hem in beginsel verlangd dat hij de actuele maatschappelijke opvattingen en nieuwe inzichten omtrent strafwaardigheid en strafbaarheid meeweegt in de te maken beoordelingen.

[H]et strafrecht behoort te zijn (...) een recht, dat zich weet aan te passen aan de werkelijkheid (...). Hiermede bedoelen wij niet, dat het vaag moet zijn, maar het mag aan veranderende inzichten niet in den weg staan. Het sociale leven van een volk verandert bij wijze van spreken van dag tot dag, en waar het strafrecht nu eenmaal is een recht, dat voortdurend en vaak op zeer diepe wijze ingrijpt in het bestaan, is het toch een billijke eisch te noemen, dat het strafrecht, en met hem de rechter, ingesteld blijve op datgene, wat de omstandigheden van een goede strafrechtspleging eischen.¹⁸

In het bijzonder voor de niet in de wet verankerde, contextgebonden gronden voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid is deze notie relevant: (hoe) kan de rechter in die bijzondere contexten een rechtssystema-

16 Zie over (de onderbouwing van) de discretionaire bevoegdheid van het openbaar ministerie nader: ‘t Hart 1994, hoofdstuk 2.

17 Geelhoed 2013, p. 338. Zie nader par. 5.4.2.

18 Overbeek 1934, p. 4.

tisch juiste en consistente uitspraak doen, zonder te worden beperkt door de wet, maar tegelijkertijd daarbij niet te ver afwijken van de opvattingen en bedoelingen van de wetgever?

Op het eerste gezicht lijken contextgebonden excepties in de praktijk weinig problemen op te leveren: de rechter komt, als gezegd, in de regel linksom of rechtsom wel uit bij een mogelijkheid om tot straffeloosheid te oordelen waar hij dat aangewezen vindt. Blijkbaar onderkent de strafrechter in zekere zin de bijzonderheid en erkent hij tot op zekere hoogte het belang van de context bij de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid. Toch is daarmee nog niet de kous af. Bij gebreke van bijvoorbeeld een 'overzichtsarrest contextgebonden excepties' en bij afwezigheid van heldere, richtinggevende jurisprudentie omtrent de straf(proces)rechtelijke beoordeling en verwerking van contextgebonden excepties is er in het kader van rechtszekerheid¹⁹ en systematiek winst te boeken. *Positief* gezegd: er bestaat ruimte voor de rechter om zelf te beslissen omtrent de inhoud en toepassing van excepties. *Negatief* gezegd: voor de (feiten)rechter kan onduidelijkheid (blijven) bestaan omtrent de inhoud en de legitimiteit van toepassing van excepties en daarmee ook een risico van onvoorspelbaarheid en rechtsongelijkheid voor de burger. De vraag die dan ook rijst is hoe de rechter zijn rol in deze gevallen mag en moet vervullen. *Anders* gezegd: mag of moet de rechter worden 'opgezadeld' met het beslissen over strafwaardigheid en de toepassing en invulling van excepties? *Concreet* gezegd: mag of moet aan de rechter worden overgelaten wat 'kunst' is bij de beoordeling van een beroep op de kunstexceptie (en is hij daartoe wel in staat)? Mag of moet de rechter invulling geven aan het begrip 'naar de regelen der kunst' bij de beoordeling van een beroep op de medische exceptie? *Algemeen* gezegd: in hoeverre en hoe mag de rechter oordelen dat er in een casus geen sprake is van strafwaardig of strafbaar gedrag (indien een dergelijk verweer daaromtrent slaagt)? En geeft het systeem van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering een voldoende consistent handvat voor systematische beantwoording van deze vragen?

1.1.3 Verwevenheid van materieel en formeel strafrecht

Naast zaken die zien op de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid, hangen ook andere kwesties samen met de rol van de rechter en de invulling die de rechter geeft aan zijn (al dan niet rechtsvormende) taak. Hoe moet de rechter omgaan met verweren die zich richten op niet-strafbaarheid in de concrete bijzondere context? Is de rechter (altijd) gehouden om te responderen en te motiveren? En brengt een niet-consistente of niet-

19 Hierbij kan *in concreto* worden gedacht aan rechtszekerheid voor rechtstoepassers, zoals het OM en de strafrechter, alsmede aan rechtszekerheid voor burgers of andersoortige 'participanten' in bijzondere contexten, zoals kunstenaars, sportbeoefenaars, artsen, ziekenhuizen, belangenverenigingen, onderwijsinstellingen etc.

inzichtelijke hantering van gronden voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid mee dat de waarborging van rechten van de verdachte net zo niet-consistent of niet-inzichtelijk is? Immers: de verwerking van contextgebonden excepties – betreft het bijvoorbeeld een bewijs-, kwalificatie- of strafuitsluitingsgrond? – kan van invloed zijn op de einduitspraak – vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgning – en de strafprocesrechtelijke gevolgen daarvan. Bij gebrek aan (wettelijk) houvast ligt het gevaar van niet-structurele en niet-consistente toepassing van excepties in rede. De vraag laat zich stellen in hoeverre niet-consistente hantering van excepties door de rechter (nadelige) gevolgen kan hebben voor bijvoorbeeld de maatschappelijke en juridische positie van de verdachte. Deze strafvorderlijke kwesties kunnen (mede) leiden tot het antwoord op de vraag of in het straf(proces)recht mogelijkheden kunnen worden gevonden om oneffenheden te marginaliseren en recht te doen aan de bijzonderheid van de betreffende context.

Het denken over materieelstrafrechtelijke leerstukken als legaliteit, wederrechtelijkheid en schuld heeft (tot op heden) niet geleid tot een helder stelsel van gronden voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid,²⁰ waarin bijvoorbeeld de (wél gekende en in de jurisprudentie en literatuur benoemde) exceptie van medische beroepsuitoefening, de sport- en spel-exceptie en de kunstexceptie, eenvoudig kunnen worden geplaatst.²¹ Dat heeft te maken met diverse aspecten van zowel materieelstrafrechtelijke als formeelstrafrechtelijke aard.

Daar waar het bij het materiële strafrecht, kort gezegd, erom gaat welke gedragingen onder welke omstandigheden strafbaar zijn (en met welke straf zij worden bedreigd), gaat het er bij het formele strafrecht, kort gezegd, om hoe en door wie wordt onderzocht of een strafbaar feit is begaan en door wie en naar welke maatstaven daarover (en over de daaraan te verbinden sancties) wordt beslist.²² De kern van het strafprocesrecht is gericht op de totstandkoming van de rechterlijke beslissing om zodoende het materiële strafrecht daadwerkelijk te effectueren of realiseren.²³ Het strafprocesrecht staat in een verhouding met een materieelrechtelijke delictomschrijving, één die volgens Enschedé vergelijkbaar is met de verhouding tussen een cassette-recorder en een cassette: 'alleen als de cassette in de recorder is gestoken heb je aan recorder en cassette iets; zonder elkaar zijn ze waardeloos.'²⁴

Dat impliceert enerzijds dat het strafprocesrecht naadloos aansluit of dient aan te sluiten op het materiële strafrecht nu er een intensieve verhouding en wisselwerking is tussen beide, zeker als belang wordt gehecht aan consistente vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijk-

20 Van Veen 1978, p. 508; Bakker 2017b, p. 461-462.

21 Van Veen 1986, p. 350.

22 Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 7.

23 Keulen & Knigge 2020, p. 1.

24 Enschedé 1979, p. 59.

heid. Anderzijds worden beide terreinen gekenmerkt door verschillende belangen, principes en normadressaten, hetgeen duidt op een zekere afwijking waaraan de conclusie kan worden verbonden dat van een naadloze aansluiting wellicht geen sprake is.²⁵

Een relevante vraag in dat kader is bijvoorbeeld of het Wetboek van Strafvordering (alleen al voor wat betreft de uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid) geheel consistent en samenhangend aansluit op het Wetboek van Strafrecht. Maar minstens zo belangrijk is de vraag hoe de aansluiting behouden blijft, daar waar het strafrecht zich (niet alleen in wetgeving, maar ook in jurisprudentie en doctrine) verder ontwikkelt.²⁶

Zowel het materiële strafrecht als het formele strafrecht bieden mogelijkheden en instrumenten om casusgerichte afwegingen te maken en concrete zaken met aandacht voor de in het geding zijnde feiten en omstandigheden te beoordelen. Kan daarmee ook worden gezegd dat in het straf(proces)recht mogelijkheden liggen om contextgebonden excepties op inzichtelijke, (meer) structurele en consistente wijze toe te passen? Voor beantwoording van deze vragen is vereist dat de positie van excepties in zowel het materiële strafrecht als het formele strafrecht aan analyse wordt onderworpen. Die analyse kan op haar beurt bijdragen aan het antwoord op de vraag of het strafrecht en het strafprocesrecht dusdanig zijn ingericht dat ze in onderlinge wisselwerking (voldoende) recht kunnen doen aan gedragingen die zijn verricht in of vanwege een bijzondere context.

1.2 VRAAG EN DOEL VAN HET ONDERZOEK

1.2.1 Probleemstelling en vraagstelling

Uit de voorgaande schets blijkt ten eerste dat gedragingen die zijn verricht in bijzondere contexten, zoals de (medische) beroepsuitoefening, de sport- en spelsituatie en de kunst, naar de letter kunnen vallen onder een wettelijke delictomschrijving, terwijl die gedragingen in of vanwege de context veelal niet strafwaardig of strafbaar (dienen te) worden geacht. Ten tweede is er niet altijd een grondslag voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de wet te vinden: er lijkt geen sprake te zijn van een coherent en helder stelsel van excepties in het straf(proces)recht waarbij precies duidelijk is wat de plaats van alle (contextgebonden, ongeschreven) excepties is. Wettelijk houvast ontbreekt: het Wetboek van Strafrecht kent geen concreet en helder stelsel van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, toegespitst op bijzondere contexten en het Wetboek van Straf-

25 Nijboer 1987, p. 16-18.

26 Eén aspect daarvan betreft bijvoorbeeld de kwestie of de (in de loop der tijd van de schulduitsluitingsgronden onderscheiden) rechtvaardigingsgronden dienen te worden verwerkt bij het tweede of derde materiële beslispunt van art. 350 Sv. Zie daarvoor par. 5.2.1.

vordering kent geen concreet en helder stelsel van het rechterlijk beslissen omtrent uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, toegespitst op bijzondere contexten. Ten derde is (in het verlengde daarvan) de precieze omvang en invulling van de rechterlijke taak (vanwege het een en ander (te zeer) overlaten van de wetgever aan de rechter) niet eenduidig, hetgeen kan leiden tot inconsistentie voor wat betreft de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid, met alle (strafprocesrechtelijke) gevolgen van dien. De geschetste problematiek zal nader worden bestudeerd aan de hand van de volgende vraagstelling.

In hoeverre en onder welke condities is een rechterlijk oordeel over (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid bij gedragingen die zijn verricht in (of vanwege) bijzondere, niet bij wet expliciet geregelde contexten, naar inhoud en processuele verwerking systematisch in de zin van consistent, voorspelbaar en inzichtelijk? En hoe kan een meer systematische beoordeling van gedragingen in bijzondere contexten worden bereikt?

In dit onderzoek zal in de eerste plaats worden stilgestaan bij de gedragingen in bijzondere contexten en bijbehorende (erkende) excepties. Voorts zal het juridisch kader worden onderzocht waarin die gedragingen en excepties zijn geplaatst en waarin die worden beoordeeld. Daarbij geldt als toetsingsmaatstaf de mate van *systematiek* van de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid, welke in dit onderzoek wordt ingevuld door de aspecten *consistentie*, *voorspelbaarheid* en *inzichtelijkheid*.

De mate van systematiek wordt in dezen als overkoepelend begrip gehanteerd en bergt in zich een abstracte betekenis van 'juridische, stelselmatige juistheid' en 'maatschappelijke gewenstheid en zekerheid'. Deze wordt beoordeeld aan de hand van de mate van consistentie, voorspelbaarheid en inzichtelijkheid van de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid.

De *consistentie* vormt een belangrijke aanwijzing voor de mate waarin de wijze van vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid juridisch, stelselmatig juist is ingericht om recht te doen aan gedragingen die zijn verricht in of vanwege bijzondere contexten. Een consistente wijze of een consistent vaststelling kenmerkt zich door een hanteerbaar, werkend, *inzichtelijk* geheel aan regels en toepassing waaraan verwachtingen kunnen worden ontleend en dat niet (of zo min mogelijk) leidt tot (rechts)onzekerheid. Men moet immers in staat worden gesteld om zekerheid te ontfemen over de strafwaardigheid van gedrag en men moet bij het handelen het gedrag kunnen afstemmen op de wet. Daarmee wordt de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid voor 'participanten' in bijzondere contexten en voor de strafrechtspleging (beter) *voorspelbaar* en hanteerbaar.

Bij de toetsing zullen, als gezegd, niet alleen materieelstrafrechtelijke maar ook formeelstrafrechtelijke aspecten worden besproken en beoordeeld. Het feit dat een bepaalde gedraging strafwaardig wordt geacht of

strafbaar is, heeft namelijk niet alleen te maken met inhoudelijke overwegingen en de strekking van strafrechtelijke normen en strafbepalingen, ook zaken die samenhangen met het strafproces of de strafrechtspraktijk hebben daar invloed op. Zo komt betekenis toe aan de vraag of toepassing van contextgebonden excepties afhankelijk is van het moment in het strafproces waarin die excepties opduiken, alsmede op de vraag wat maakt dat een dergelijke kwestie op verschillende momenten of 'plaatsen' in het strafvorderlijk beslissingsmodel kan opduiken. Het antwoord op die vragen draagt op zijn beurt weer bij aan beantwoording van de vraag wat de precieze plaats van contextgebonden excepties in het strafproces zou moeten zijn.

1.2.2 Doelstelling

De doelstelling van dit onderzoek is meerledig. Allereerst beoogt dit onderzoek in kaart te brengen welke strafrechtelijk relevante, bijzondere contexten en bijbehorende excepties in de rechtspraktijk aan de orde zijn (gekomen), alsmede de wijze(n) waarop deze (kunnen) worden ingepast in het strafrecht. Daarbij worden de reikwijdte en contextgebondenheid van strafrechtelijke normen verhelderd en wordt de invloed van de context op (de vaststelling van) strafrechtelijke aansprakelijkheid verkend.

In het verlengde daarvan wordt nagegaan in hoeverre de juridische beoordeling van gedragingen die hebben plaatsgevonden in of vanwege een bijzondere context systematisch is. In dat licht komen zowel kwesties aan de orde die voortkomen uit de door de wetgever (soms ruim) geformuleerde delictomschrijvingen en de afwezigheid van wettelijk houvast aangaande de uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, als kwesties die voortkomen uit de rechterlijke vaststelling van (de omvang van) strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Ten slotte beoogt dit onderzoek op basis van analyse na te gaan of en hoe bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid in dit kader, bij gebrek aan wettelijk houvast, anderszins handvatten kunnen worden benut die bijdragen aan meer systematiek ten aanzien van de beoordeling van gedrag in bijzondere contexten. Daarmee kan zekerheid worden gecreëerd voor zowel rechtstoepassers die dienen te oordelen en te beslissen aan de hand van een helder, consistent, adequaat en hanteerbaar kader, als 'participanten' in de bijzondere contexten die hun gedrag kunnen afstemmen op heldere, inzichtelijke en voorspelbare normen in actuele en toekomstige (potentiële) uitzonderingssituaties.

1.3 OPBOUW EN METHODIEK

Onderzoek naar (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten heeft diverse dimensies. De bespreking van de problematiek en de beantwoording van de vraagstelling zal stapsgewijs plaatsvinden. Aangevangen wordt met de duiding van de (wetssystematisch-

dogmatische) vormgeving van en algemene punten aangaande de (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid. Op basis van de wet(sgeschiedenis), jurisprudentie en (strafrechtelijke en rechtshistorische) literatuur wordt daartoe in het *tweede hoofdstuk* een beschrijving gegeven van de wettelijke modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, alsmede van de modaliteiten die in de jurisprudentie en literatuur aan de bestaande modaliteiten zijn toegevoegd. Daarbij wordt niet alleen stilgestaan bij gangbare, breed geaccepteerde modaliteiten, zoals de strafuitsluitingsgronden en de (creatieve) interpretatie van delictsbestanddelen. Er wordt ook aandacht besteed aan meer atypische en enigszins in de vergetelheid geraakte modaliteiten. Aandacht voor dergelijke modaliteiten kan immers van toegevoegde waarde zijn bij de zoektocht naar consistentie en (daarmee) een dogmatisch zuivere vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag hoe (contextgebonden) uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Nederlandse straf(proces)recht is vormgegeven.

Het *derde hoofdstuk* omvat een beschrijving van de bijzondere contexten die in de strafrechtstheorie en -praktijk aan de orde zijn (geweest). In die beschrijving wordt aan de hand van de literatuur en (de stand van zaken van) de rechtspraak in kaart gebracht wat de betreffende bijzondere context, alsmede de daarmee samenhangende excepties, karakteriseert. Hierbij komt in het bijzonder aandacht toe aan het bijzondere karakter van het eigen 'speelveld' waarin de gedragingen en excepties van toepassing kunnen zijn. De in dit onderzoek centraal staande excepties spelen, zoals zal blijken, namelijk, anders dan de 'gewone strafuitsluitingsgronden', alleen een rol daar waar het gaat om een (al dan niet concreet vastgesteld) eigen 'terrein' met eigen specifieke (zorgvuldigheids)normen en (spel)regels en soms ook eigen handhavers, daders en slachtoffers. Per context wordt in dit hoofdstuk eerst een verkenning verricht op basis waarvan vervolgens wordt nagegaan welke gedragingen zoal in of vanwege de context worden verricht, welke niet per definitie een strafrechtelijke 'reactie' vereisen, terwijl naar de letter wel sprake kan zijn van een vervulling van een delictsomschrijving. Die verkenning wordt aangevuld met en nader geïllustreerd door een weergave van gepubliceerde jurisprudentie waarin (impliciet dan wel expliciet) wordt stilgestaan bij de wijze(n) waarop de strafrechter in de betreffende context wel of niet tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid is gekomen ofwel daartoe heeft beslist. Hierbij is bijvoorbeeld bijzondere aandacht voor overwegingen (die samenhangen met de materiële beslispunten van art. 350 Sv) omtrent de plaats, vormgeving, verwerking, grondslagen en strekking van de excepties en de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid door de strafrechter. Voor de nadere duiding en analyse van de betekenis, invulling en reikwijdte van de contexten, wordt ook geregeld stilgestaan bij opvattingen hieromtrent uit de literatuur. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag welke contexten en bijbehorende excepties in het strafrecht aan de orde zijn (gekomen), wat deze

contexten en excepties karakteriseert en hoe ze worden beoordeeld in de strafrechtstheorie en -praktijk.

De te bespreken strafrechtelijk relevante bijzondere contexten en contextgebonden excepties zijn geselecteerd op basis van het beschrevene in de juridische literatuur in combinatie met de gepubliceerde rechtspraak. In zowel klassieke, oude(re) naslagwerken²⁷ als de (meer) hedendaagse handboeken²⁸ is er namelijk aandacht voor deze contexten en excepties – hetgeen brede erkenning van het thema en de problematiek impliceert – zij het dat de aandacht vroeger vaak beperkt bleef tot de kwestie óf, en zo ja, op grond waarvan, er buiten de strafwet gronden voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid (mogen) bestaan en tegenwoordig vaak beperkt blijft tot de kwestie wat deze excepties dan inhouden. De aandacht voor bijzondere contexten en contextgebonden excepties resulteert (veelal) niet in een alle contexten overkoepelend, volledig sluitend antwoord op vragen over de omvang en verwerking ervan met een geïntegreerd – materieelstrafrechtelijk en strafprocesrechtelijk – beoordelingskader. Zo stelt Zevenbergen zichzelf nog de vraag: '[M]ogen er naast die, welke het W. v. Sr. uitdrukkelijk vermeldt andere algemeene gronden worden aangenomen, welke aan de andere strafbare handeling haar wederrechtelijk en strafbaar karakter ontnemt?'²⁹ In de hedendaagse literatuur wordt, zoals door De Hullu, met name de veelzijdigheid van excepties (op hoofdlijnen) geduid: 'Bij elkaar genomen leveren deze mogelijkheden een bont geheel op dat hieronder enigszins wordt belicht.'³⁰ In dit onderzoek gaat het overigens niet alleen om de contexten en excepties die aan het begin van deze inleiding ter illustratie aan de orde kwamen; achtereenvolgens komen aan bod: de kunst en wetenschap, de (medische) beroepsuitoefening, de sport- en spelsituatie, de opvoeding en tuchtiging, het verzetsrecht, cultuur en religie en ten slotte de minder concreet te duiden uitzonderlijke 'sub'-culturele handelingen, gebruiken en tradities. Het is echter geenszins de intentie om de selectie te beschouwen als een limitatieve opsomming van bijzondere contexten en contextgebonden excepties. Als gezegd is de keuze van deze bijzondere contexten om te bespreken ingegeven door hetgeen reeds de aandacht heeft mogen krijgen in de literatuur en jurisprudentie.

-
- 27 Gewin 1907, p. 144 e.v.; Zevenbergen 1924, p. 123 e.v.; Van Hamel 1927, p. 254 e.v.; Simons 1937, p. 295 e.v.; Vos 1950, p. 171 e.v.; Van Bemmelen & Van Hattum 1953, p. 369 e.v.; Noyon & Langemeijer 1954, p. 17 e.v.; Pompe 1959, p. 111 e.v.; Van Binsbergen 1976, p. 96 e.v.; Van Bemmelen & Van Veen 1982, p. 183 e.v.; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 353 e.v.
- 28 Stolwijk 2009, p. 201 e.v.; Mevis 2013, p. 849 e.v.; Enschedé/Blom 2017, p. 77 e.v.; Kelk & De Jong 2019, p. 191; Jörg, Kelk & Klip 2019, p. 127 e.v.; Kronenberg & De Wilde 2020, p. 100 e.v.; Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 209 e.v.; De Hullu 2021, p. 347 e.v.
- 29 Zevenbergen 1924, p. 124. Let wel: dit citaat stamt uit een periode voorafgaand aan het wijzen van de Veearts-arresten, HR 27 juni 1932, NJ 1933, p. 60 (*Veearts I*), Hof Amsterdam 25 november 1932, W. 12545 m.nt. M.P. Vrij en HR 20 februari 1933, NJ 1933, p. 918 m.nt. B.M. Taverne (*Veearts II*).
- 30 De Hullu 2021, p. 347.

Het derde hoofdstuk wordt (na beantwoording van de in dat hoofdstuk centraal staande deelvraag) afgesloten met een zogenaamde 'diagnose' op basis van de in de hoofdstuk 2 en 3 gepresenteerde beschrijvingen en bevindingen. Deze 'diagnose' betreft een voorlopig oordeel over de wijze(n) waarop gedragingen in bijzondere contexten en excepties worden beoordeeld en zich hebben kunnen doen laten gelden in het straf(proces)recht. Worden excepties systematisch (met het oog op consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid) toegepast? En zo niet, is het misschien slechts 'opvallend' of juist 'zorgelijk' dat de verschillende excepties niet consistent (of positief gezegd: op uiteenlopende wijzen) worden toegepast of uitgelegd? En welke gevolgen heeft het een en ander?

Na het stellen van de 'diagnose' volgt in deze studie een analyse met een meer beoordelende en normatieve insteek. Het *vierde hoofdstuk* omvat een materieelstrafrechtelijke analyse waarin wordt nagegaan in hoeverre er op abstract niveau overeenkomsten en verschillen bestaan tussen de excepties voor wat betreft grondslag, vormgeving en toepassing. Hierbij wordt op zoek gegaan naar gemeenschappelijke redenen of noties die ten grondslag liggen aan de idee dat gedragingen die worden verricht in bijzondere contexten niet voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in aanmerking dienen te komen. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan (de betekenis van) de toestemming van het 'slachtoffer', (afwijkende) maatschappelijke normen en (tegenstrijdige) wettelijke plichten in een bijzondere context. In dit hoofdstuk zal tevens aandacht worden besteed aan de praktische uitwerking ervan door nadere aandacht te besteden aan de relatie tussen de verrichte gedraging en de strekking van strafrechtelijke normen. In dit kader zal bijvoorbeeld worden nagegaan in hoeverre een strafbaarstelling van toepassing is of moet zijn indien een concrete gedraging (vanwege de bijzondere context) niet leidt tot gevaar voor of krenking van het belang of rechtsgoed dat door de strafbaarstelling dient te worden beschermd of gewaarborgd. Dit hangt immers samen met de systematiek van de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de aspecten en gevolgen die daarmee samenhangen voor de wetgever en rechter, alsmede voor de verhouding tussen hen. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag wat *in abstracto* de ratio is van contextgebonden excepties en hoe deze ratio materieelstrafrechtelijk handen en voeten moet krijgen in het licht van een systematische beoordeling.

In het *vijfde hoofdstuk* worden de bevindingen en analyses uit de daaraan voorafgaande hoofdstukken geplaatst in het licht van de strafrechtspraktijk en het strafprocesrecht. Hierin wordt onder andere nagegaan of en in hoeverre excepties op verschillende wijzen worden gehanteerd of toegepast (mede) vanwege factoren van strafprocesrechtelijke aard. De nadruk zal hierbij liggen op factoren die van invloed zijn op een afwijkende hantering van het strafvorderlijk beslissingsmodel ten opzichte van hetgeen volgt uit het materiële strafrecht. In een poging om de plaats van de contextge-

bonden excepties in de materiële vragen van art. 350 Sv te plaatsen, worden verschillende oorzaken inzichtelijk gemaakt op basis waarvan er verscheidenheid of inconsistentie kan optreden voor wat betreft de toepassing en verwerking van excepties. Tevens wordt stilgestaan bij de vraag wat voor consequenties met betrekking tot strafvorderlijke aspecten gepaard kunnen of moeten gaan met de (al dan niet uiteenlopende) toepassing van excepties in het straf(proces)recht. En in hoeverre kan (wijziging van) het straf(proces)recht (zelf) bijdragen aan het wegnemen van mogelijke straf(proces)rechtelijke onduidelijkheid en inconsistentie?³¹ In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag wat de strafprocesrechtelijke plaats is van contextgebonden excepties, welke factoren, die inherent zijn aan het strafproces en de strafrechtspraktijk, van (negatieve) invloed zijn op de systematische toepassing en verwerking van contextgebonden excepties en in hoeverre het straf(proces)recht is voorzien in mogelijkheden die bijdragen aan meer systematiek bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten.

Op basis van de bevindingen en analyses uit de eerste vijf hoofdstukken volgen in het *zesde hoofdstuk* conclusies die een antwoord op de centrale vraagstelling beogen te geven. Naar aanleiding van onderzoek naar de wijze(n) waarop wordt omgegaan dan wel dient te worden omgegaan met verweren en excepties behorend bij bijzondere contexten worden analyserende en evaluerende opmerkingen gemaakt over (de aan-/afwezigheid van een stelsel van) uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid en het straf(proces)recht in algemene zin. Een studie naar de uitzonderingen verplicht immers tot een kritische blik ten aanzien van de omgeving waarin de uitzonderingen zijn geplaatst en waarin die worden beoordeeld. De conclusies uit dit onderzoek liggen ten grondslag aan voorstellen en aanbevelingen die worden gedaan om een zo optimaal mogelijk werkend, hanteerbaar en bovenal systematisch beslissingskader te bewerkstelligen waarbinnen excepties zich (zo adequaat mogelijk) kunnen doen laten gelden, nu en in de toekomst.

1.4 TERMINOLOGIE EN AFBAKENING

1.4.1 'Excepties'

Deze studie is gericht op gedragingen die plaatsvinden in bijzondere contexten³² en de daarbij horende of passende excepties. Deze laatste term is niet wettelijk verankerd en kent een ruim bereik. Excepties worden

31 Bij de beantwoording van die vraag zullen zowel suggesties van materieelstrafrechtelijke als van formeelstrafrechtelijke aard aan de orde worden gebracht. Zie nader par. 5.4.

32 In deze inleiding zijn ter introductie reeds voorbeelden gegeven; zie voor een nadere duiding van de inhoud van deze term par. 3.1.

door Strijards gedefinieerd als ‘uitzonderingen op vermoedens die van strafrechtswege bestaan’, waarbij met vermoeden wordt bedoeld ‘een veronderstelling die door concrete feiten gedekt wordt’ (ofwel: ‘presumpties die steeds weerlegd kunnen worden’).³³ Excepties omvatten naar hun inhoud meer gronden die de verdachte van strafrechtelijke aansprakelijkheid of bestraffing uitsluiten dan strafuitsluitingsgronden, omdat deze laatste slechts ingaan tegen het vermoeden van wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid. Zo vormen kwalificatie-uitsluitingsgronden en bewijsuitsluitingsgronden ook excepties.³⁴ Hiermee worden oorzaken die de reikwijdte en/of toepassing van de strafbepaling beperken ook onder de noemer gebracht. Verder zullen de besprekingen van de excepties die in dit onderzoek aan bod komen, veelal gepaard gaan met processuele duidingen van verweren dienaangaande.

In aanvulling op deze stellingname van Strijards,³⁵ worden in dit onderzoek ook interpretatiekwesties (en -verweren) aangaande (bestanddelen van) delictsomschrijvingen onder de noemer van (beroepen op) excepties gebracht. De verantwoording voor deze keuze is tweeledig. Ten eerste kan de reden om (een bestanddeel van) een delictsomschrijving restrictief of anders te interpreteren in de kern overeenkomen met de reden om bijvoorbeeld een kwalificatie-uitsluitingsgrond toe te passen. Hoewel een interpretatie(verweer) zich dus niet concreet richt tegen ‘een vermoeden van strafrechtswege’, is het doel of effect wel uitsluiting van een delictsbestanddeel en daarmee een uitzondering op strafwaardigheid. Ten tweede speelt het argument van de leesbaarheid en overzichtelijkheid. Ondanks kritiek van Nijboer op de term exceptie – hij meent dat die term ‘onspecifiek’ is en gemakkelijk leidt tot ‘onjuiste associaties’³⁶ – wordt, mede ten faveure van de leesbaarheid, vastgehouden aan de term exceptie, welke overigens gangbaar is en veelvuldig wordt gebezigd in de juridische literatuur en jurisprudentie.

De term (bijzondere of contextgebonden) exceptie is gekozen ter onderscheiding van *bijzondere strafuitsluitingsgrond*. Onder dat laatste wordt in dit onderzoek verstaan de uitzondering in een wetsartikel of artikellid op één of een specifieke groep strafbaarstelling(en), zoals de uitzondering bij bijvoorbeeld smaad, euthanasie en abortus.³⁷ De excepties die in dit onderzoek centraal staan verschillen daarvan in die zin dat deze niet (altijd) in de wet zijn opgenomen en bovendien niet slechts van toepassing hoeven te zijn op een limitatief aantal (groepen) strafbaarstellingen.

33 Strijards 1987, p. 17.

34 Strijards 1987, p. 18; De Hullu 2021, p. 286.

35 Strijards 1987, p. 26-27.

36 Nijboer 1986, p. 374-379.

37 Zie in dit kader Bogert 2005, p. 289.

1.4.2 Afbakening

Een laatste opmerking ter afbakening: in dit onderzoek wordt stilgestaan bij de excepties die relevant zijn in het commune strafrecht. Excepties in bijzondere wetgeving zullen slechts aan de orde komen indien dat relevant is bij of voor de bespreking van excepties in het commune strafrecht.³⁸

1.5 RELEVANTIE

Aandacht voor de uitzonderlijke excepties is niet nieuw, maar een overkoeplend onderzoek naar de te onderscheiden excepties, in relatie gebracht met de strafrechtsdogmatiek en bekeken vanuit zowel het materiële als het formele strafrecht, ontbrak. Daarnaast wordt in de hedendaagse literatuur, vergeleken met klassieke hand- en leerboeken, in mindere mate stilgestaan bij juridisch-dogmatische opvattingen en kon in de klassieke hand- en leerboeken, vergeleken met de hedendaagse literatuur, vanzelfsprekend niet worden stilgestaan bij recente ontwikkelingen. Daarnaast geldt:

‘In een tijdperk waarin maatschappelijke opvattingen en ook die van de wetgever omtrent allerlei strafbare gedragingen in snel tempo verschuiven of zich wijzigen (denk aan euthanasie, abortus, pornografie, zedendelicten etc.) en waarin bovendien de Europese wetgever bepaald niet stilzit, is het bovendien alleszins denkbaar dat de kans wordt vergroot dat men verontschuldigbaar dwaalt ten aanzien van het bestaan of de reikwijdte van bepaalde strafbepalingen, dan wel ten aanzien van het bestaan van de wederrechtelijkheid.’³⁹

De als gevolg van mogelijke inconsistentie potentieel aanwezige (rechts)onzekerheid bij ‘participanten’ in bijzondere contexten, zoals kunstenaars, galeriehouders, podiumdirecteuren, museumdirecteuren, artsen, ziekenhuizen, onderwijsinstellingen, sportverenigingen en andere deelnemers binnen afgebakende speelvelden, maar ook bij gangbare subjecten (‘de gewone burger’) en entiteiten (handhavers, wetgever, rechterlijke macht etc.) binnen onze rechtsorde, kan door middel van deze studie mogelijk (deels) worden weggenomen.

Met deze studie wordt, als gezegd, onderzocht of en in hoeverre excepties die samenhangen met diverse bijzondere contexten dogmatisch ingepast en ingedeeld zijn of kunnen worden binnen het materiële en formele strafrecht en in hoeverre de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke

38 Een onderzoek naar excepties in die specifieke contexten en een vergelijking met het commune strafrecht is zonder meer de moeite waard. Het bijzondere strafrecht vormt immers in zichzelf reeds een bijzondere context. De uitwerking daarvan – een studie op zichzelf – vergt evenwel dat eerst een goed beeld ontstaat van excepties in bijzondere contexten in het commune recht. Daartoe strekt dit onderzoek.

39 Kelk & De Jong 2019, p. 403.

aansprakelijkheid door de strafrechter systematisch is om op consistente, inzichtelijke en voorspelbare wijze recht te doen aan (gedragingen die zijn verricht in) die bijzondere contexten. De bevindingen uit dit onderzoek dragen daarmee bij aan een coherent, consistent en voor rechtstoepassers beter hanteerbaar straf(proces)recht, door scherpere duiding van de reikwijdte van strafrechtelijke normen, van de toepassing van modaliteiten die worden gehanteerd om uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te realiseren en van de rol van de wetgever en de rechter (alsmede de verhouding tussen beide actoren) in dit kader.

2.1 INLEIDING

De wetgever heeft met het oog op diverse te beschermen belangen bepaalde gedragingen strafwaardig geacht, die, ingegeven door het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel, door hem in (voorafgaande) wettelijke delictomschrijvingen zijn opgenomen. Slechts die gedragingen kunnen aan de basis liggen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.¹ Het legaliteitsbeginsel dient daarmee de rechtszekerheid: de wetgever verwoordt wat strafwaardig gedrag is, de burger kan zijn eigen gedrag afstemmen op de wet en de strafrechtsketen (en in het bijzonder: de strafrechter) wordt voorzien van een referentiepunt bij de beoordeling van gedrag.

Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid is naast een gedraging, die valt onder de reikwijdte van een wettelijke delictomschrijving, eveneens vereist dat die gedraging wederrechtelijk is en aan een dader te verwijten valt. Deze voorwaarden, die hun weerklank hebben gevonden in de eerste drie materiële beslispunten van art. 350 Sv, dienen te zijn vervuld voordat kan worden gesproken van strafbaarheid. Bij het wegvallen van één van die voorwaarden is de strafrechter niet meer gelegitimeerd om, ter zake van het feit waarvan de verdachte wordt beschuldigd, te bestraffen.

‘Het bestaande stelsel van delictomschrijvingen enerzijds en strafuitsluitingsgronden anderzijds sluit als zodanig namelijk in het geheel niet uit, dat de wetgever bepaalde gedragingen, hoewel in het algemeen strafbaar gesteld, toch in concreto niet steeds als een strafbaar feit aangemerkt wenst te zien.’²

Nu het in dit onderzoek gaat om strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten, krijgt deze overweging over niet-strafbaarheid *in concreto* een bijzondere betekenis. In die gevallen moet de rechter, aan wie door de wetgever (misschien wel te) veel is overgelaten op het gebied van vaststelling van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, immers recht doen aan de bijzonderheid van de context en de gedragingen die

1 In de literatuur wordt ook wel gesproken van het ‘fragmentaire’, ‘gefragmenteerde’ of ‘fragmentarische’ karakter van het strafrecht. Vgl. Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 8: ‘Dit fragmentarische karakter berust daarop, dat niet alle aantastingen van waarden belangrijk genoeg zijn, dat zij kunnen opwegen tegen de onlust die de strafbedreiging, strafvervolging en straftoepassing voor de andere mensen dan de dader onvermijdelijk met zich meebrengen.’

2 De Waard 1950, p. 64.

daarin plaatsvinden. De verschillende beschikbare modaliteiten om tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te komen kunnen juist in die gevallen, waarin wettelijk houvast schaars is of ontbreekt, van groot belang zijn. Omdat het bij sommige bijzondere contexten gaat om een onontgonnen terrein en bij andere deels om een dogmatisch niet volledig uitgekristalliseerd terrein, zijn bovendien de discussies in de literatuur van belang om zicht te krijgen op de mogelijkheden die de rechter ter beschikking zouden kunnen staan.

In dit hoofdstuk worden die mogelijkheden van de rechter in kaart gebracht. Om tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te geraken heeft de rechter immers verschillende modaliteiten tot zijn beschikking, teneinde recht te kunnen doen aan de bijzonderheid van de context en de gedragingen die daarin plaatsvinden. Allereerst worden hieronder de voorwaarden voor strafbaarheid *in abstracto* nader uitgewerkt en komt vervolgens per voorwaarde aan de orde hoe die *in concreto* ter discussie kan worden gesteld vanwege de bijzondere context waarin de gedraging plaatsvindt (paragraaf 2.2). Na een inventarisatie van relevante inhoudelijke redenen wordt nagegaan in welke strafprocesrechtelijke 'vorm' uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gegoten, door preciezer in te gaan op de mogelijke plaatsen die de contextgebonden excepties kunnen innemen in de materiële vragen van het strafvorderlijk beslissingsmodel. Daarmee wordt inzichtelijk op welke wijzen of over welke banden dat wegvallen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten tot uiting komt of kan komen (paragraaf 2.3). Na de algemene beschrijvingen over inhoud en vorm(en) van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt stilgestaan bij de benaderingswijze van regel en uitzondering, alsmede bij de verhouding tussen de strafrechtelijke norm en (contextgebonden) excepties (paragraaf 2.4). Het hoofdstuk eindigt met enkele afsluitende opmerkingen en een antwoord op de vraag hoe uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in Nederland is vormgegeven en in hoeverre contextgebonden excepties daarbinnen een plaats (kunnen) hebben (paragraaf 2.5).

2.2 INHOUD: VOORWAARDEN VOOR STRAFBAARHEID

Een onderzoek naar de plaats van de uitzonderlijke excepties is niet te beantwoorden zonder begrip van de dogmatiek met betrekking tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Op haar beurt kan uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid alleen worden onderzocht met begrip van de voorwaarden voor strafbaarheid ofwel (de structuur van) het strafbare feit.³

3 Met voorwaarden voor 'strafbaarheid' en voorwaarden voor een 'strafbaar feit' wordt in de literatuur, in het bijzonder in het kader van de voorwaarden daarvoor, (veelal) hetzelfde bedoeld. Vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 61.

Verschillende auteurs hebben voorwaarden beschreven om te kunnen spreken van strafbaarheid of een strafbaar feit. Deze voorwaarden zijn in de loop der tijd genuanceerd, opnieuw geordend en ten slotte vereenvoudigd.⁴ Volgens *Gewin* dient sprake te zijn van 'een menselijk doen of laten, bestaande in overtreding van eene wetsnorm, met het gevolg, dat eene verandering in de buitenwereld ontstaat, door de wet onder bedreiging van straf verboden', welke gedraging 'het gevolg is van eene werkzaamheid van den wil, die toerekenbare schuld doet ontstaan'.⁵ *Van Hamel* stelt dat sprake moet zijn van de volgende voorwaarden: 'wettelijk omschreven menselijke gedraging, onrechtmatig, strafwaardig en aan schuld te wijten'.⁶ *Simons* spreekt over 'eene strafbaar gestelde onrechtmatige, met schuld in verband staande handeling van een toerekeningsvatbaar persoon' waarbij volgens hem in het oog dient te worden gehouden dat 'als regel uit de met de strafbaarstelling samenhangende norm de onrechtmatigheid voortvloeit' en 'het schuldverband (...) in de omschrijving van het strafbare feit [mag] worden opgenomen, omdat het in den regel vereischt is'.⁷ Volgens hem valt de toerekenbaarheid (dus) buiten het bereik van de schuld en is separaat vereist dat sprake is van een toerekeningsvatbaar persoon. Daarnaast valt in de opvatting van *Simons* op dat de onrechtmatigheid al is gegeven met de vaststelling dat de handeling in strijd is met de wet, waardoor volgens hem die onrechtmatigheid geen afzonderlijke voorwaarde (meer) vormt. *Vos* stelt vijf voorwaarden: een handeling of menselijke gedraging, waarbij sprake moet zijn van een gevolg uit de handeling voortvloeiend, alsmede van het subjectieve element schuld, wederrechtelijkheid en ten slotte een reeks andere wettelijke bestanddelen die ofwel betrekking hebben op het feit (zoals 'in het openbaar') of betrekking hebben op de persoon van de dader (zoals 'voorbedachte rade').⁸ Volgens *Pompe* is het strafbare feit in het positieve recht 'niets anders dan een feit, dat in een wettelijke bepaling als strafbaar is omschreven' en voor de toepassing van straf 'moet [er] ook een strafbare persoon wezen, en deze is niet aanwezig, indien wederrechtelijkheid of schuld ontbreekt'.⁹ Tegenwoordig lijkt er eensgezindheid te bestaan omtrent de voorwaarden voor strafbaarheid ofwel van een strafbaar feit: vereist is een menselijke gedraging, die valt onder het bereik van een wettelijke delictsomschrijving, die wederrechtelijk is en die verwijtbaar is.¹⁰

Kelk en De Jong spreken in aanvulling op de voorwaarden voor strafbaarheid over drie verschillende 'dimensies' van het strafbare feit en maken

4 Zie voor een overzicht: Van Bemmelen & Van Hattum 1953, hoofdstuk IV, alsmede Van Bemmelen 1950, p. 35-37.

5 *Gewin* 1907, p. 108.

6 *Van Hamel* 1927, p. 169.

7 *Simons* 1937, p. 120-122. Deze opvatting lijkt (grotendeels) overeen te komen met die van *Gewin*.

8 *Vos* 1950, p. 31-33.

9 *Pompe* 1959, p. 40.

10 *Hazewinkel-Suringa/Rommelink* 1996, p. 127; *Mevis* 2013, p. 781; *Enschedé/Blom* 2017, p. 67; *Kelk & De Jong* 2019, p. 61; *Lindenberg & Wolswijk* 2021, p. 55; *De Hullu* 2021, p. 67.

een onderscheid tussen (1) het historische strafbare feit, (2) het wettelijke strafbare feit en (3) het juridische strafbare feit.¹¹ Een daadwerkelijke gedraging van iemand, die plaatsvindt in een bepaalde context en leidt tot een ongewenst resultaat, is strafbaar, omdat dit in de wet als zodanig is omschreven: het historische strafbare feit. Bij het wettelijke strafbare feit ligt de focus op (de inhoud van) de delictsomschrijving: de vastgelegde gedragingen waarop (in beginsel) de algemene bepalingen van het Wetboek van Strafrecht van toepassing zijn. In de praktijk is een historisch feit dat tevens een wettelijk feit is (met andere woorden: dat beantwoordt aan de delictsomschrijving) pas strafbaar als nadere eisen uit de jurisprudentie en de (strafrechts)doctrine zijn vervuld, ‘opdat het strafrecht op een voldoende rechtvaardige wijze toepassing vindt’.¹²

De rechter vervult in dezen een belangrijke rol bij de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid, nu hij de vertaalslag dient te maken van een historisch strafbaar feit, via een wettelijk strafbaar feit naar een oordeel of sprake is van een juridisch strafbaar feit. Voordat (in hoofdstuk 3) wordt ingegaan op de vraag hoe de rechter die vertaalslag maakt in het kader van gedragingen die zijn verricht in of vanwege bijzonder contexten, wordt in het navolgende eerst in algemene zin en op hoofdlijnen ingegaan op de hiervoor opgesomde voorwaarden voor strafbaarheid. Als gezegd, kan uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid alleen worden onderzocht met begrip van de voorwaarden voor strafbaarheid of (de structuur van) het strafbare feit. Het wegvallen van één der voorwaarden leidt immers tot de conclusie dat niet meer kan worden gesproken van strafbaarheid of een strafbaar feit.

2.2.1 Menselijke gedraging

De ingang naar strafbaarheid en bestraffing wordt gevonden in de menselijke gedraging.¹³ De term ‘*menselijke gedraging*’ kan zo worden uitgelegd dat strafbaarstelling, vervolging en berechting van gedragingen van *dieren* niet tot de mogelijkheden behoort.¹⁴ Daarnaast kan worden bediscussieerd of een rechtspersoon strafbaar kan handelen. Omdat dit onderzoek niet op deze discussie ziet, wordt hier volstaan met de vaststelling dat de wetgever sinds 1976 ook in het commune strafrecht is overgegaan tot strafbaarstelling van rechtspersonen over de band van art. 51 Sr.¹⁵

11 Vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 59.

12 Vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 60.

13 Keupink 2011, p. 40.

14 Vgl. HR 11 mei 1903, W. 7928 (*Veghelse hond*): een dier wordt niet geacht in strijd met het objectieve recht te kunnen handelen. Uiteraard kan het gebruikmaken van een dier door een mens wel strafbaar gedrag (van de betreffende mens) opleveren, HR 3 mei 1915, NJ 1915, p. 813 (*Politiehond*).

15 Daarvóór was het met betrekking tot bepaalde feiten reeds mogelijk om tot vervolging van rechtspersonen over te gaan op grond van art. 15, tweede lid, Wet op de economische delicten en diverse belastinggelegingen.

Van groter belang voor dit onderzoek is de nadere duiding van het tweede aspect: de *gedraging*. De wetgever houdt zich in beginsel niet bezig met puur geestelijke activiteiten, zoals intenties die niet worden geuit, of het 'zijn' van iets of iemand.¹⁶ Veeleer wordt een concrete handeling strafbaar gesteld. In oorsprong is de menselijke handeling een lichamelijke beweging, die tot des daders wilsvormen, diens psyche, te herleiden is.¹⁷ Lindenberg en Wolswijk spreken over de aanwezigheid van 'een minimale wilsvrijheid'.¹⁸ Dat neemt niet weg dat in het Wetboek van Strafrecht ook omissiedelicten zijn te vinden, waarbij een nalaten strafbaar is gesteld.¹⁹ Daarnaast is het denkbaar dat een commissiedelict, bijvoorbeeld doodslag, wordt gepleegd door middel van nalaten: een in acute nood verkerend iemand aan zijn of haar lot overlaten of het laten verhongeren (het niet voeden) van een kind.²⁰ Hiervoor geldt wel dat de alom bekende 'gewilde spierbeweging' verricht had (moeten) kunnen worden.

2.2.1.1 De menselijke gedraging en delictsbestanddelen

Het door Kelk en De Jong genoemde 'historische feit', de daadwerkelijke gedraging van iemand, wordt strafrechtelijk relevant indien die gedraging overeenkomt met de inhoud van een wettelijke strafbepaling. Daarmee komt de delictomschrijving in beeld die uiteindelijk wordt verwerkt in een tenlastelegging die op haar beurt als grondslag dient voor een rechterlijke beslissing. Wanneer bewezen kan worden dat door die menselijke gedraging is voldaan aan een opsomming van bestanddelen van de wettelijke delictomschrijving, dan levert dat een vooronderstelling van strafbaarheid van de gedraging op. De precieze reikwijdte van de strafbepaling of van de delictsbestanddelen kan door interpretatie worden beperkt of uitgebreid. Of andersom beredeneerd: een historisch feit kan onder of juist buiten een delictomschrijving worden gebracht door interpretatie. Interpretatie ziet dus niet slechts op het bepalen van de reikwijdte van de wettelijke delictomschrijving (zie nader paragraaf 2.2.2), maar ook op het beoordelen van de menselijke gedraging ofwel daderschap.

16 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 160. Uiteraard kan het 'zijn' van iets wel strafrechtelijk relevant zijn. Men denke aan kwaliteitsdelicten waarin de hoedanigheid van de normadressaat van belang is. Het 'zijn' van arts, moeder, bestuurder/commissaris van een rechtspersoon en schipper van een Nederlands vaartuig brengen zorgplichten mee. Schending daarvan levert onder omstandigheden een strafbaar feit op.

17 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 161.

18 Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 55: 'Bewegingen van het lichaam die niet stoelen op enig bewustzijn, dienen buiten beschouwing te blijven.' Zie ook: Pols 1889, p. 93-125.

19 Bijv. art. 444 Sr waarin het (wederrechtelijke) wegblijven van een wettelijk als getuige, deskundige of tolk opgeroepen persoon strafbaar is gesteld. Men spreekt hier van een *eigenlijk* omissiedelict.

20 Men spreekt hier van een *oneigenlijk* omissiedelict.

2.2.1.2 *Interpreteren van delictsbestanddelen*

De tenlastelegging omvat een beschuldiging van een (naar het voorlopig oordeel van het openbaar ministerie: kennelijk strafbare) gedraging die tijdens het onderzoek ter terechtzitting onderwerp van het geding is. Die gedraging kent als basis de delictsbestanddelen die zijn opgenomen in strafbepalingen in het Wetboek van Strafrecht. Veroordeling zal uitblijven indien niet bewezen wordt dat die bestanddelen zijn verwezenlijkt. Dat resultaat kan in diverse gevallen worden bereikt door het legaliteitsbeginsel 'loepzuiver' toe te passen bij de interpretatie van bestanddelen. Verschillende keren heeft de Hoge Raad via deze weg tot de gewenste niet-strafwaardigheid of niet-strafbaarheid kunnen komen.²¹ Het is echter ook mogelijk dat de rechter (juist) actiever en creatiever moet zijn om tot een gewenste, legitieme uitspraak te komen.

'Het kan voorkomen dat de rechter (...) aanleiding vindt de in de tenlastelegging verwoorde bestanddelen nog eens nauwkeurig in beschouwing te nemen in het licht van de achterliggende norm en het daarmee correlerende rechtsbelang, en zich daarbij af te vragen of een beoordeling van het tenlastegelegde in samenhang met die norm en dat rechtsbelang niet tot de slotsom moet leiden dat één of meer van die bestanddelen zó beperkt dienen te worden uitgelegd dat de tenlastegelegde gedraging daaronder niet begrepen kan worden geacht.'²²

Het strafbare feit wordt, buiten de tekst van de wet om, nader geclausuleerd (bijvoorbeeld door negatieve bestanddelen in de norm te lezen²³), om het resultaat te bereiken dat de gedraging niet beantwoordt aan de beschuldiging, waardoor de verdachte moet worden vrijgesproken.²⁴

Het accent ligt bij (creatieve) interpretatie en concretisering niet meer bij de wetgever die heeft voorzien in een exceptie, maar juist bij de dogmatiek en de rechtsprekende macht die strafvrijheid kan creëren of verdisconteren in een concreet geval.²⁵ De wenselijkheid van (creatieve) interpretatie van bestanddelen kan worden bediscussieerd. Een zekere mate van rechtsonzekerheid is inherent aan een (creatieve) uitleg van wettelijke begrippen, ingegeven door allerlei bijzondere, niet door de wetgever voorziene omstandigheden. Daarnaast rijst de vraag in hoeverre de strafrechter (staatsrechtelijk) de ruimte heeft om in een concreet geval te oordelen dat een strafbepaling niet van toepassing is of dat de norm anders moet

21 Zie voor sprekende voorbeelden: Mevis 2016, p. 210.

22 De Waard 1985, p. 392-393.

23 Rimmelink spreekt in dit kader over een zogenaamde 'interveniërende norm'. Deze onderscheidt hij van een 'contrariërende norm', waarbij het gaat om het terzijdestellen van de strafrechtelijk beschermde norm. Zie Hazewinkel-Suringa/Rimmelink 1996, p. 350-353.

24 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 470.

25 Janssens & Nieuwenhuis 2019, p. 296.

worden uitgelegd dan dat deze op het eerste gezicht betekent. Deze kwestie zal nader voor het voetlicht worden gebracht bij de bespreking van het legaliteitsbeginsel en het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid.²⁶

Met betrekking tot de diverse contexten die nader worden beschreven in de volgende hoofdstukken worden gevallen zichtbaar waarin de rechter door middel van interpretatie van bestanddelen strafbaarheid niet heeft aangenomen. De rechter heeft de mogelijkheid van (restrictieve of creatieve) interpretatie benut, daar waar wettelijk houvast aangaande contextgebonden excepties ontbreekt. Daarmee vervult de beoordeling van de *menselijke gedraging*, als eerste voorwaarde voor strafbaarheid, in het licht van de te bewijzen delictsbestanddelen een belangrijke rol bij de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid.

2.2.2 Wettelijke delictsomschrijving

2.2.2.1 (De structuur van) het (wettelijke) strafbare feit

De tweede voorwaarde voor strafbaarheid betreft de eis dat de gedraging valt onder het bereik van een (verbindende, geldende) wettelijke delictsomschrijving. Deze wettelijke delictsomschrijving levert het door Kelk en De Jong aangeduide ‘wettelijke strafbare feit’ op.²⁷ Een wettelijke bepaling, houdende een strafbaar feit laat zich kenmerken door twee onderdelen: een delictsomschrijving en een (in de navolgende bespreking verder achterwege blijvende²⁸) sanctienorm. De delictsomschrijving – het woord zegt het al – omvat een omschrijving van het delict dat strafbaar is gesteld. Bepaalde gedragingen zijn zo ongeoorloofd, onwenselijk, afkeurenswaardig en/of schadelijk, dat deze op een strafrechtelijke reactie moet kunnen rekenen. Het is aan de wetgever om die delictsomschrijving zo in te kleden dat het ongeoorloofde etc. *wel* onder die delictsomschrijving valt en het geoor-

26 Zie par. 2.2.2.2, 2.2.3.2 en 4.2.2.3.

27 Zie par. 2.2; vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 59.

28 Een strafbepaling omvat, als gezegd, naast de delictsomschrijving ook een sanctienorm. Deze sanctienorm omvat een beschrijving van de maximaal op te leggen straf en strafsoort. De scheiding van machten brengt mee dat – in beginsel – alleen de (straf)rechter (binnen de wettelijke grenzen) mag bepalen welke straf in het concrete geval wordt opgelegd. Indien de rechter ervoor kiest een straf op te leggen, heeft hij de vrijheid om tot een straf te komen tussen het algemeen minimum (zie bijv. art. 10, tweede lid, Sr: ten minste een dag gevangenisstraf; art. 23, tweede lid, Sr: een boete ter hoogte van ten minste 3 euro) en het in de strafbepaling weergegeven maximum. In het vervolg van dit onderzoek is met name de delictsomschrijving, in het bijzonder de structuur van het strafbare feit, relevant en zullen strafmaat en strafsoort geen nadere aandacht krijgen.

loofde er *niet* onder valt.²⁹ In die omschrijving dient dus in voldoende mate bepaald en duidelijk te zijn weergegeven onder welke voorwaarden en/of omstandigheden een gedraging in beginsel kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daarmee kan de burger zijn gedrag afstemmen op de wet en weet hij ook hoe strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden vermeden.

Er kunnen verschillende methoden van strafbaarstelling worden onderscheiden.³⁰ De eerste methode betreft het louter vermelden van de juridische benaming. Deze weg wordt volgens R Emmelink gevolgd als de bestanddelen als voldoende bekend mogen worden verondersteld, of als er vrees bestaat dat een nauwkeurige opsomming ervan de omvang van het begrip op een door de wetgever niet bedoelde wijze zou kunnen verkleinen of vergroten.³¹ Bij bijvoorbeeld mishandeling (art. 300 Sr; tevens relevant bij de bespreking van contextgebonden excepties) is geen concrete(re) gedraging opgenomen in de delictomschrijving. Door alleen de term ‘mishandeling’ als zodanig op te nemen in de delictomschrijving kon volgens de wetgever voldoende duidelijk de lichamelijke tuchting van opvoeders en het pijnlijk ingrijpen van medici steeds buiten de reikwijdte van de strafbepaling worden gehouden. Met groot vertrouwen werd het door de wetgever in 1881/1886 aan de rechtspraak en wetenschap overgelaten om het begrip nader te omlijnen.

De tweede methode van strafbaarstelling is de omschrijving van een gedraging, gevolgd door een kwalificatie van die gedraging: ‘Hij die (...), wordt, als schuldig aan (...), gestraft met (...)’.³² Het voordeel van deze

29 De wetgever heeft overigens in sommige bepalingen een negatieve omstandigheid, een omstandigheid waaronder het feit niet strafbaar is, al in de delictomschrijving gevlochten, waarmee hij aan de beschrijving als te bewijzen vereiste voor de strafbaarheid het ontbreken van een exceptionele omstandigheid toevoegt, Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 65. Hierbij is te denken aan de bestanddelen ‘buiten noodzaak’ en ‘zonder daartoe gerechtigd te zijn’. Zie hieromtrent, alsmede over de verhouding tot de zogenaamde *fait d’excuse*: par. 5.2.4.3.

30 Pelsler 1995, p. 58-61.

31 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 128.

32 Zie art. 138a Sr (kraken), art. 138ab Sr (computervredebreuk), art. 180 Sr (wederspannigheid), art. 186 Sr (deelneming aan samenscholing), art. 197a Sr (mensensmokkel), art. 225 Sr (valsheid in geshrift), art. 236 Sr (verduistering van staat), art. 242 Sr (verkrachting), art. 246 Sr (feitelijke aanranding van de eerbaarheid), art. 261, eerste lid, Sr (smaad), art. 261, tweede lid, Sr (smaadschrift), art. 262 Sr (laster), art. 268 Sr (lasterlijke aanklacht), art. 273f Sr (mensenhandel), art. 278 Sr (mensenroof), art. 281 Sr (schaking), art. 282a Sr (gijzeling), art. 285b Sr (belaging), art. 287 Sr (doodslag), art. 289 Sr (moord), art. 290 Sr (kinderdoodslag), art. 291 Sr (kindermoord), art. 302 Sr (zware mishandeling), art. 310 Sr (diefstal), art. 312 Sr (stroperij), art. 317 Sr (afpersing), art. 318 Sr (afdreiging), art. 321 Sr (verduistering), art. 326 Sr (oplichting), art. 328bis Sr (oneerlijke mededinging), art. 366 Sr (knevelarij), art. 381 Sr (zeeroof), art. 395 Sr (insubordinatie), art. 416 Sr (opzetheling), art. 417bis Sr (schuldheling), art. 420bis Sr (witwassen), 420quater Sr (schuldwitwassen), art. 421 Sr (financiering van terrorisme), art. 424 Sr (straatschenderij). In enkele gevallen is de volgorde afwijkend en begint de delictomschrijving met ‘Als schuldig aan (...)’.

wijze is dat het voor eenieder duidelijk is welk strafbaar feit een bewezenverklaring kan opleveren, waarbij het bij de kwalificatieaanduiding niet noodzakelijk is alle bestanddelen op te sommen, zoals dat wel het geval is bij de derde methode. Van Hattum werpt de vraag op of 'bij deze artikelen aan de qualificatie een zelfstandige betekenis toekomt in deze zin, dat in enkele gevallen wel de afzonderlijk genoemde bestanddelen aanwezig kunnen zijn terwijl toch het feitelijk geheel niet beantwoordt aan de wettelijke qualificatie en daarom niet het strafbaar gestelde delict oplevert.'³³ Deze vraag voorziet hij zelf van een antwoord dat is ingegeven door de wetshistorie:

'De wetgever [heeft] aan een door hem gebezigde qualificatie geen zelfstandige betekenis (...) willen toekennen. Naar de (...) bij de behandeling van het wetboek gehuldigde opvatting, is de qualificatie niet meer dan een etiket ter aanduiding van vooraf gepreciseerde gezamenlijke bestanddelen, handig in het gebruik, liefst aansluitend op het algemeen rechtsbewustzijn, doch eventueel zelfs dienstbaar te maken aan een te vormen spraakgebruik.'

Dat neemt niet weg dat in de rechtspraak en in de literatuur op z'n minst de neiging bestaat om aan de qualificatie een groter gewicht toe te kennen dan slechts een etiket. Zo overwoog de Hoge Raad in 1927 reeds in het kader van heling 'dat ondanks de algemeene bewoordingen, waarin art. 416 (...) is vervat, krachtens het begrip van heling – een begunstigingsmisdrijf – moet worden aangenomen, dat de helingshandeling is geschied door een ander dan de dader van het misdrijf, waardoor het goed is verkregen.'³⁴ In de overweging van de Hoge Raad kan worden ingelezen dat aan de qualificatie 'heling'³⁵ betekenis toekomt, in die zin dat het voldoen aan de feitelijke voorwaarden nog geen schuld aan heling meebrengt. Hier komt men in de buurt van de *Typizität* en de *Wesensschau*, die aan de orde komen in paragraaf 2.3.3.6 en paragraaf 4.2.2.2.1.

De derde methode van strafbaarstelling is de opsomming van de bestanddelen zonder juridische qualificatie. Hoewel deze methode door de wetgever in het Wetboek van Strafrecht het meest gevolgd wordt, betreft het een methode die aanleiding geeft voor gebruikmaking van termen (om toch een juridische benaming te koppelen aan de omschrijving) die niet per definitie toereikend zijn. Denk hierbij aan 'majesteitsschennis' (art. 111 Sr),

33 Van Bemmelen & Van Hattum 1953, p. 119-120. Zo ook en eerder Röling: 'Men zou zich kunnen afvragen of ook de toevoeging, die in verschillende delicten voorkomt, "als schuldig aan" nader den omvang van de gedraging en den aard daarvan bepaalt.' Röling 1941, p. 119.

34 HR 5 december 1927, *NJ* 1928, p. 5.

35 Toentertijd was er nog geen sprake van een apart culpoos delict. De delictsommschrijving luidde: 'Hij die opzettelijk eenig door misdrijf verkregen voorwerp koopt, inruilt, in pand neemt, als geschenk aanneemt of uit winstbejag verbergt, wordt, als schuldig aan heling, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren.'

‘huisvredebreuk’ (art. 138 Sr), ‘omkoping’ (art. 177 Sr) en ‘flessentrekkerij’ (art. 326a).³⁶

Bij de bespreking van de menselijke gedraging in relatie tot de delictsbestanddelen (welke worden opgenomen in een tenlastelegging) werd reeds duidelijk dat interpretatie ziet op het beoordelen van de menselijke gedraging of daderschap, alsmede op het bepalen van de reikwijdte van de wettelijke delictsomschrijving. Delictsomschrijvingen zijn veelal met scenario’s en voorbeelden voor ogen tot stand gekomen en zorgvuldig geformuleerd. In het licht van de in de navolgende hoofdstukken nader te duiden contexten en excepties kan de vraag relevant worden of de delictsomschrijving (ook dan wel nog) de gedraging die is verricht in of vanwege de context behelst. Daarmee is de tweede voorwaarde voor strafbaarheid eveneens van groot belang bij de vaststelling van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid (in bijzondere contexten).

2.2.2.2 *De delictsomschrijving en het legaliteitsbeginsel*

Uit het eerste artikel van het Wetboek van Strafrecht vloeit voort dat zowel de strafbaarstelling van een bepaalde gedraging als de op te leggen straffen tijde van het plegen van het feit in een geldende wettelijke bepaling³⁷ moeten zijn opgenomen.³⁸ Uit dit legaliteitsbeginsel vloeit verder voort dat een strafbepaling voldoende bepaald en duidelijk moet zijn – het zogenaamde vereiste van *lex certa*³⁹ – en dat de rechter aan de geschreven gedragsnorm geen andere betekenis geeft dan de wetgever eraan heeft toegekend. Analogisch redeneren door de rechter is in het licht van de scheiding der machten uit den boze: wijziging van de inhoud van de norm is de taak en de verantwoordelijkheid van de wetgever en niet van de rechter.⁴⁰

Het legaliteitsbeginsel, dat volgens Kristen als hoeksteen van de strafrechtspleging nog steeds de ‘bouwwerk verstevigende rol’ vervult,⁴¹ beoogt enerzijds de belangen van burgers te beschermen en heeft anderzijds betekenis vanuit het oogpunt van rechtshandhaving: ‘Het stellen van duidelijke en concrete normen en het in het vooruitzicht stellen van bestraffing in

36 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 128. Opmerkelijk is overigens dat bij de strafbaarstelling van ‘kraken’ (art. 138a Sr) voor een andere methode is gekozen (opsomming van bestanddelen met kwalificatie) dan bij de strafbaarstelling van ‘huisvredebreuk’ (art. 138 Sr) (opsomming van bestanddelen zonder kwalificatie).

37 Voor misdrijven geldt daarop aanvullend: in een wet in formele zin.

38 Zie ook art. 16 Gw, art. 7 EVRM, art. 15 IVBPR en art. 49 Handvest van de grondrechten van de EU.

39 Zie nader: Nan 2011; Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 4 bij art. 1 Sr; Altena 2016; Timmerman 2018; Altena 2019.

40 Borgers 2011, p. 106.

41 Kristen 2010, p. 645.

geval van overtreding van die normen, dragen – in elk geval in theorie – eraan bij dat burgers zich aan het recht conformeren.⁴²

Hoogst zelden heeft de wetgever in het Wetboek van Strafrecht een gedraging in het algemeen strafbaar gesteld: veeleer is sprake van strafbaarstelling van een gedraging onder bepaalde (concrete) voorwaarden of omstandigheden.⁴³ Het is echter onontkoombaar dat er (ook) vage delictomschrijvingen bestaan, waarmee het vereiste van *lex certa* verre van absoluut is: '[er] wordt nogal eens wat water in de wijn gedaan.'⁴⁴ Volgens Mulder spelen vage normen een niet meer weg te denken rol in het strafrecht. Het vereiste van *lex certa* betreft volgens hem een rechtsbeginsel waarmee de rechtstoepasser zodoende, meer dan het geval zou zijn wanneer sprake zou zijn van een rechtsregel, een zekere manoeuvreerruimte heeft: 'Het recht moet hanteerbaar zijn, toegepast kunnen worden in de talloze situaties waarin het met de werkelijkheid wordt geconfronteerd.'⁴⁵ De wetgever kan immers niet van tevoren alle verschijningsvormen van gedragingen en alle situaties voorzien waarin de wet toepassing zou moeten vinden: 'Het is immers vaak moeilijk om vooraf ten volle voor ogen te krijgen welke verscheidenheid aan situaties zich kan gaan voordoen en met welk stelsel en welke voorschriften de gebruikers van de wet behoorlijk uit de voeten kunnen.'⁴⁶

De reikwijdte van de door Mulder genoemde manoeuvreerruimte is echter beperkt. De wetgever creëert een delictomschrijving en de rechter dient die delictomschrijving 'slechts' toe te passen, waarbij de betekenis niet wezenlijk mag worden veranderd of in verregaande mate mag worden ingekleurd. Naast het verbod op analogisch redeneren geldt ook de beperking dat de rechter, in het licht van de voorzienbaarheid van de strafbepaling, bij de te nemen beslissingen in overeenstemming interpreteert met *the essence of the offence*.⁴⁷ De wetgever lijkt er vertrouwen in te hebben dat de rechter de abstracte, in de wet neergelegde normen weet te verfijnen in concrete casus:⁴⁸ 'Zeker, zoodra men in bijzonderheden afdaalt, openbaart zich verschil. (...) Maar deze natuurlijke nuances in de toepassing van het begrip kan men gerust aan de beoordeeling van den rechter overlaten.'⁴⁹

42 Rozemond 1999, p. 124; Borgers 2011, p. 106.

43 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 444-445.

44 Nijboer 1987, p. 114.

45 Mulder 1987, p. 410 en 412.

46 Van Kreveld 2006, p. 187.

47 Vgl. EHRM 22 november 1995, appl.no. 20190/92, NJ 1997/1 m.nt. G. Knigge (*C.R. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 34; EHRM 17 september 2009, appl.no. 10249/03, ECHR 2009/123 m.nt. C. Peristeridou en T. Spronken (*Scoppola t. Italië*), par. 100-101. Dit kan worden gezien als de uitdrukking van de in par. 2.3.3.6 aan bod komende *Typizität*.

48 Sackers 2007, p. 140.

49 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 477. Dit citaat van Minister Modderman komt uit de discussie over de betekenis van het delictsbestanddeel 'mishandeling'.

Volgens Borgers lijkt met de ruimteverschaffing om tot rechtsvinding over te gaan de democratische legitimering van de rechtsvormende taak een gegeven.⁵⁰ In de theorie lijkt de beslissingsvrijheid van de rechter nogal beperkt, maar in de praktijk blijkt deze tamelijk ruim te zijn.⁵¹

Schaffmeister en Heijder pleiten ervoor dat de rechter niet alleen kan verfijnen, maar dat 'aan de rechter welbewust de mogelijkheid moet worden gelaten van een nadere specificatie van de inhoud van de wet, om dusdoende de rechter in staat te stellen het recht – en dus de norm – nader te formuleren in verband met de exclusieve gevallen waarover hij is gehouden te oordelen.'⁵² Een strikte handhaving van een stelsel, waarin de wetgever bepaalt wat strafbaar is en de rechter heel weinig interpretatievrijheid zou hebben betreffende de inhoud van de wet, zou volgens hen namelijk talloze gevallen opleveren waarin de delictsomschrijving is vervuld en daardoor wederrechtelijkheid en schuld is geïndiceerd. Een dergelijke strikte hantering vraagt om wettelijke en buitenwettelijke 'niet-strafbaarheden' om 'eigenlijk niet wederrechtelijk/verwijtbaar gedrag' van strafbaar gedrag te onderscheiden. Als de rechterlijke taak gereduceerd zou zijn tot het corrigeren van 'ontijdige wederrechtelijkheids- en schuldoordelen' moet dat volgens Schaffmeister en Heijder worden beschouwd als 'voortborduren op een stramien waarvan het patroon niet deugt.'⁵³ De door hen bepleite mogelijkheid van nadere specificatie van de inhoud van de wet door de rechter duiden zij aan als 'relativering' of 'concretisering van de wederrechtelijkheid'.

Hoewel de wederrechtelijkheid (als voorwaarde voor strafbaarheid ofwel als element) nader zal worden besproken in de volgende paragraaf is het van belang de opvatting van Schaffmeister en Heijder reeds hier te presenteren, omdat de relativering of concretisering van de wederrechtelijkheid van invloed is op de toepasselijkheid van de wettelijke delictsomschrijving. Volgens Schaffmeister en Heijder schuilt er achter elke in de wettelijke delictsomschrijving geïmpliceerde gedragsnorm een algemene materiële norm. Echter is de gedragsnorm geen omvattende weerspiegeling van de gehele materiële norm, maar slechts een deel van het geheel. Bovendien is de gedragsnorm veelal niet in de delictsomschrijving onder woorden gebracht, maar wordt deze slechts aangeduid of zelfs slechts voorondersteld. Bij die aanduiding of vooronderstelling van 'wederrechtelijk' gedrag gaat het echter om een ruime definitie: gedrag dat in strijd is met normen die in beginsel afkomstig kunnen zijn uit het gehele geschreven

50 Borgers 2011, p. 110. Zie voor een tegengeluid Kortmann 2005 p. 952-953: 'De Hoge Raad zelf heeft zich (...) een 'rechtsvormende taak' aangemeten. Deze taak is niet te herleiden tot een wettelijke opdracht aan de rechter. Past deze (dan toch) bij de traditionele plaats van de rechter? Het komt mij voor van niet. De rechter is 'traditioneel' rechtstoepasser, eventueel rechtsvinder, geen rechtsvormer.'

51 Borgers 2011, p. 108.

52 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 444.

53 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 444.

en ongeschreven recht of, kort gezegd, gedrag in strijd met het objectieve recht. Omdat zo'n ruime definitie voor misverstand vatbaar is (met andere woorden: kan leiden tot onwenselijke strafwaardigheid of strafbaarheid in het concrete geval), hebben Schaffmeister en Heijder onderzocht hoe kan worden bewerkstelligd dat die wederrechtelijkheid kan worden gerelativeerd of geconcretiseerd daar waar de wetgever door 'invulling van de over het algemeen nogal abstracte en vage aanduiding van het strafbare feit in de delictsomschrijving' volstond met ruime delictsomschrijvingen.⁵⁴ Die concretisering kan op drie niveaus worden gevonden: het door de in de delictsomschrijving geïmpliceerde norm beschermde concrete of ideële belang,⁵⁵ de regeling van de geschonden norm en haar interpretatie in het rechtsgebied waar ze vandaan komt⁵⁶ en de maatschappelijke context van de regel.⁵⁷ Als bij deze exercitie van concretisering van de wederrechtelijkheid tot de conclusie wordt gekomen dat de eerder besproken algemene materiële norm niet wordt geschonden, kan volgens Schaffmeister en Heijder niet van wederrechtelijk gedrag worden gesproken. Dat heeft volgens hen tot gevolg dat de gedraging niet valt binnen de grenzen van de delictsomschrijving (en dat, als er sprake is van een bewezenverklaarde gedraging, deze dus niet kwalificeerbaar is). Daarmee is de wederrechtelijkheid, die geacht wordt weerspiegeld te zijn in de bewoordingen van de delictsomschrijving, volgens Schaffmeister en Heijder, relevant voor de toepasselijkheid van die delictsomschrijving.

In de eerste plaats is wederrechtelijkheid in het strafrecht dus 'wederwettelijk': het overtreden van een delictsomschrijving, hetgeen kan worden betiteld als *formele* wederrechtelijkheid.⁵⁸ Deze levert een veronderstelling op dat sprake is van een feit dat ook materieel wederrechtelijk is en is gepleegd door iemand die verwijtbaar heeft gehandeld. Het ontbreken van de (hierna nader te bespreken) *materiële* wederrechtelijkheid vertaalt zich volgens De Hullu overigens 'vaak in een restrictieve interpretatie van een bestanddeel waardoor er in bepaalde situaties toch geen sprake is van formele wederrechtelijkheid in de vorm van wederwettelijkheid.'⁵⁹ Nadere duiding en problematisering volgen in paragraaf 2.2.3.2.

54 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 471.

55 Is er daadwerkelijk sprake van een krenking van of gevaarstelling voor het achterliggende rechtsgoed?

56 De inhoud van wederrechtelijkheid wordt namelijk soms mede bepaald door recht buiten het strafrecht, zoals het bestuursrecht of het burgerlijk recht.

57 Het voorbeeld dat door Schaffmeister en Heijder wordt gegeven t.a.v. het laatste niveau omvat de interpretatie van de term 'binnendringen' in de situatie dat een buurvrouw, de melkboer of een colporteur door een open deur het huis betreedt (of door middel van een touwtje dat door de brievenbus naar buiten hangt): de betekenis daarvan is afhankelijk van de geldende maatschappelijke normen. Op het platteland is men vrijer dan in de dichtbevolkte steden. Schaffmeister & Heijder 1983, p. 465.

58 De Hullu 2021, p. 184; Strijards 1987, p. 1-5.

59 De Hullu 2021, p. 184.

Vaag en ruim geformuleerde strafbepalingen komen veelvuldig voor en in de praktijk lijkt weinig weerstand te bestaan tegen zowel restrictieve als extensieve interpretatie van die bepalingen. Zowel restrictieve, beperkte interpretatie als extensieve, ruime interpretatie hebben gevolgen voor de vaststelling en omvang van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. In de hoofdstuk 4 zal nader op deze figuren worden ingegaan, in relatie tot de hoedanigheid van de verschillende in dit onderzoek centraal staande excepties.

2.2.3 Wederrechtelijkheid

2.2.3.1 *Het verschil tussen wederrechtelijkheid als bestanddeel en wederrechtelijkheid als element*

Strafbaarheid of een strafrechtelijk verwijt heeft alleen plaats wanneer de dader ‘iets verkeerd’ heeft gedaan: ‘goed’ gedrag kan men iemand – in strafrechtelijke zin – niet verwijten.⁶⁰ In de voorstelling van de wetgever van 1881/1886 was met de vervulling van de in de delictsommschrijving omschreven gedraging de wederrechtelijkheid van het feit gegeven: wie een feit begaat dat in een strafbepaling is omschreven handelt per definitie wederrechtelijk.⁶¹ Als de wetgever meende dat de gedraging zich zou kunnen voordoen in een vorm die niet onder het bereik van het wetboek moest vallen, werd ‘wederregtelijk’ als kenmerk van deze gedraging en daarmee als te bewijzen bestanddeel in de tekst gevoegd:⁶²

‘Alleen dan is de uitdrukking wederregtelijk bij de omschrijving van bepaalde misdrijven gebezigd wanneer er gevaar kon zijn, dan anders ook hij die van zijn regt gebruik maakte, zonder daarom juist uitvoering te geven aan een wettelijk voorschrift in de bepaling der strafwet zoude vallen.’⁶³

De praktijk bleek echter weerbarstig. Diverse ontwikkelingen, zoals de uit de Duitse dogmatiek overgewaaid aandacht voor de elementen (wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid), de totstandkoming en inwerking-treding van het Wetboek van Strafvordering uit 1926 en jurisprudentie aangaande afwezigheid van alle schuld en ontbreken van materiële weder-

60 Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 56.

61 Van Bemmelen & Van Hattum 1953, p. 223; Van Hattum voegt hieraan toe: ‘tenzij hij dit doet ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.’ Zie ook Dolman 2006, p. 19.

62 Bosch 1965, p. 145. Aanvankelijk werd naast ‘wederregtelijk’ ook ‘onbevoegdlijk’ gebezigd. Minister van Justitie Modderman opteerde voor één term: ‘onbevoegdlijk’. Het voorstel om één term te hanteren werd overgenomen, maar de Staatscommissie voor de Zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht gaf de voorkeur aan ‘wederregtelijk’, met succes.

63 Smidt 1881-1886, dl. I, p. 381.

rechtelijkheid,⁶⁴ hebben bijgedragen aan de idee dat voor een strafrechtelijke reactie meer vereist is dan wederwettelijkheid (of formele wederrechtelijkheid): als voorwaarden voor strafbaarheid gelden ook de elementen (materiële) wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid. Ook in het geval dat wederrechtelijkheid niet als te bewijzen bestanddeel is opgenomen in de delictsomschrijving en er met succes een verweer wordt gevoerd, inhoudende dat er geen sprake is van een wederrechtelijke gedraging, mag er niet worden gestraft.

De vraag rijst in hoeverre de inhoud van wederrechtelijkheid als bestanddeel van de delictsomschrijving verschilt van de inhoud van wederrechtelijkheid als voorwaarde voor strafbaarheid. Rimmelinck gaf aanvankelijk aan wederrechtelijkheid als bestanddeel de betekenis 'zonder (eigen) recht': hij die zonder eigen bevoegdheid of aanspraak handelt, handelt wederrechtelijk.⁶⁵ In de visie van de wetgever functioneert het bestanddeel wederrechtelijk, wanneer dit is opgenomen in een delictsomschrijving, als een waarschuwingsteken,⁶⁶ in de woorden van De Doelder en Van Dorst: 'Let op, rechter, je begeeft je op een terrein waar het heel goed mogelijk is, dat de verdachte volkomen rechtmatig gehandeld heeft.'⁶⁷

Riphagen stelt dat de inhoud van wederrechtelijkheid als bestanddeel vastgesteld moet worden per delict.⁶⁸ Daarop aanknopend stelt Van Veen dat moet worden bezien welke specifieke betekenis het woord wederrechtelijk in de betreffende context heeft wanneer deze is gebezigd in de tenlastellegging.⁶⁹ De bedoeling van de wetgever, blijkend uit de wetgeschiedenis en de *ratio legis*, is in dezen bepalend.⁷⁰ Ter verduidelijking:⁷¹ wederrechtelijk in art. 350, eerste lid, Sr kan – gegeven de aard van dit delict – de betekenis hebben dat is gehandeld zonder toestemming van de eigenaar van het beschadigde goed. Een verweer dat ziet op ontkenning van het ontbreken

64 HR 14 februari 1916, ECLI:NL:HR:1916:BG9431, NJ 1916, p. 681 (*Melk en water*); HR 27 juni 1932, NJ 1933, p. 60 (*Veearts I*), Hof Amsterdam 25 november 1932, W. 12545 m.nt. M.P. Vrij en HR 20 februari 1933, NJ 1933, p. 918 m.nt. B.M. Taverne (*Veearts II*).

65 Noyon/Langemeijer/Rimmelinck, aant. 2 en 3 bij 'Wederrechtelijkheid'. Waterdicht is deze definiëring niet. De Kuijper stelt m.b.t. de strafbaarstelling van art. 444 Sr (als getuige, deskundige of tolk wederrechtelijk afwezig blijven na wettelijke oproeping) dat de betekenis 'zonder (eigen) recht' niet kan worden verbonden aan de term wederrechtelijk. In dezen is de betekenis 'zonder geldige reden' meer aangewezen. Zie De Kuijper 1905, p. 74-77 en 92. In Hazewinkel-Suringa/Rimmelinck 1996, p. 247 nuanceert Rimmelinck: 'Daarom is het wellicht het beste (...) om maar te opteren voor de oplossing van Van Veen (...) en voor hem Riphagen (...) om voor elk delict de betekenis afzonderlijk vast te stellen.' Zie voor de toelichting bij deze 'oplossing' het navolgende, in het kader van 'facet-wederrechtelijkheid'.

66 Van Bemmelen 1975, p. 170.

67 De Doelder & Van Dorst 1977, p. 165.

68 Riphagen 1932, p. 138-156.

69 Van Veen 1972, p. 466-469.

70 Knigge 1993, p. 17.

71 Voorbeeld ontleend aan Corstens & Borgers 2014, p. 864.

van toestemming – ‘Ik had wel degelijk toestemming!’ – levert een bewijsverweer op. Een verweer met de inhoud dat is gehandeld in bijvoorbeeld een overmachtssituatie (in de zin van noodtoestand, art. 40 Sr) zou volgens Van Veen zien op bestrijding van een ander aspect van de wederrechtelijkheid van het misdrijf van art. 350 Sr: niet op de in de tenlastelegging opgenomen wederrechtelijkheid, maar een ander facet, waarmee het een verweer wordt in de zin van art. 358, derde lid, Sv. Maar het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ in art. 282 Sr zou, anders dan in art. 350 Sr, inhouden ‘zonder geldige titel’. Per delictsomschrijving waarin de wederrechtelijkheid voorkomt, zou moeten worden onderzocht welke, eventueel specifieke inhoud aan dit bestanddeel moet worden gegeven.⁷² Dat neemt overigens niet weg dat het geval zich voor kan doen dat er geen verschil is aan te wijzen tussen de wederrechtelijkheid als bestanddeel en de wederrechtelijkheid in algemene zin, waarmee de inhoud van de facet-wederrechtelijkheid samenvalt met de inhoud van de algemene wederrechtelijkheid.⁷³

Volgens De Hullu ligt het overigens niet in de rede dat de rechter de leer van de facet-wederrechtelijkheid consequent toepast waar de wetgever dat min of meer expliciet niet heeft gedaan.⁷⁴ Er kleeft een groot nadeel aan toepassing van de leer van de facet-wederrechtelijkheid, namelijk een grote(re) kans op onduidelijkheid en verwarring, omdat interpretatie van het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ per delict openheid en onzekerheid oplevert. Daarbij wordt volgens Knigge ook de gedachte losgelaten dat een in het Wetboek gebezigde uitdrukking steeds dezelfde vaststaande betekenis heeft.⁷⁵ Bovendien kiest de wetgever zelf regelmatig voor het uitdrukken van facet-wederrechtelijkheid in een delictsomschrijving door bewoordingen als ‘zonder voorafgaande schriftelijke toestemming’, ‘zonder verloop van het bevoegd gezag’, ‘in strijd met een wettelijke verplichting’ en ‘zonder of in strijd met een vergunning’.⁷⁶

Een weer andere opvatting die aan de wederrechtelijkheid als bestanddeel wordt verbonden is ‘in strijd met het objectieve recht’.⁷⁷ Hoewel volgens R Emmelink deze betekenis historisch geen been heeft om op te staan, niet zou passen in het systeem van het wetboek en de actieradius van diverse delicten zou uitbreiden,⁷⁸ lijkt deze betekenis ook door de Hoge

72 Van Veen 1972, p. 466-469; De Hullu 2021, p. 185.

73 Vermunt 1984c, p. 176-181.

74 De Hullu 2021, p. 186.

75 Knigge 1993, p. 17.

76 De Hullu 2021, p. 185-186. Die keuze zou overigens ook – in het licht van ‘het bijzondere is belangrijker dan het algemene’ – kunnen duiden op een mogelijkheid dat een dergelijke beperking bij het betreffende delict juist (wel) mogelijk of aangewezen is en dat ‘wederrechtelijk’ voor de restgevallen wordt gebezigd.

77 Kelk & De Jong 2019, p. 162; Schaffmeister & Heijder 446.

78 Noyon/Langemeijer/R Emmelink, aant. 3 bij ‘Wederrechtelijkheid’.

Raad te worden gehanteerd.⁷⁹ In deze opvatting is de betekenis van de wederrechtelijkheid als bestanddeel ‘steeds min of meer gelijk’ aan de betekenis van de wederrechtelijkheid als element.⁸⁰ Bovendien komt de inhoud overeen met de betekenis die wordt gegeven aan de onrechtmatigheid ex ar. 6:162 BW, inclusief de daaraan in het Lindenbaum/Cohen-arrest⁸¹ gegeven uitbreiding van het indruisen tegen hetzij de goede zeden, hetzij de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁸² Het toetsingskader hierbij is dus het geheel aan geldende rechtsregels. Bij de eis dat een gedraging wederrechtelijk moet zijn gaat het dan om gedrag waarvan wordt vastgesteld dat dit in strijd is met het objectieve recht: in strijd met normen die in beginsel afkomstig kunnen zijn uit het gehele geschreven en ongeschreven recht.⁸³

Daar waar het verschil in inhoudelijke betekenis tussen de wederrechtelijkheid als bestanddeel en als element marginaal is, is het verschil in straf(proces)rechtelijke benadering groot. Als er sprake is van wederrechtelijkheid als bestanddeel, ziet dit, materieelstrafrechtelijk gezien, op de wettelijke delictsomschrijving en is het de vraag of de menselijke gedraging kan worden aangemerkt als wederrechtelijk. In strafprocesrechtelijke zin houdt dit in dat (wanneer de wettelijke termen op juiste wijze in tenlasteleggingen worden opgenomen) de wederrechtelijkheid wettig en overtuigend moet worden bewezen om te kunnen veroordelen. De wederrechtelijkheid als element ofwel als voorwaarde voor strafbaarheid wordt voorondersteld aanwezig te zijn wanneer de gedraging beantwoordt aan de wettelijke delictsomschrijving; die vooronderstelling kan teniet worden gedaan doordat een rechtvaardigingsgrond (‘slechts’) aannemelijk wordt (gemaakt). Hiermee wordt het belang van de leer van de materiële wederrechtelijkheid onderstreept: de concrete werkelijkheid is eenmaal genuanceerder dan *in abstracto* door wettelijke bepalingen ten volle kan worden voorzien.⁸⁴

79 Zie bijvoorbeeld HR 16 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8609, NJ 1991/153 m.nt. Th.W. van Veen; HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1425, NJ 2014/40; Lindenbergh & Wolswijk 2021, p. 103-104; volgens hen is het overigens niet zeker of dat standpunt voor alle delicten geldt, met verwijzing naar HR 14 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3763, NJ 1987/361 en naar Lindenbergh 2007, p. 249 e.v.

80 Kelk & De Jong 2019, p. 162.

81 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161 m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (Lindenbaum/Cohen).

82 De Doelder & Van Dorst 1977, p. 165 (uiteraard verwijzend naar de oude bepaling aangaande de onrechtmatige daad, art. 1401 BW). Iets voorzichtiger zijn Kelk & De Jong: ‘De ruime opvatting over wederrechtelijkheid gaat dus uit van een interpretatie van het begrip wederrechtelijk *die enigszins parallel loopt* [mijn cursivering, SB] aan wat volgens de jurisprudentie over de onrechtmatige daad in het privaatrecht onder “onrechtmatig” moet worden verstaan’, Kelk & De Jong 2019, p. 162.

83 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 446.

84 Kelk & De Jong 2019, p. 170.

Vermoedens, zoals het vermoeden van wederrechtelijkheid, moeten immers (in uitzonderingsgevallen, bijvoorbeeld in bijzondere contexten) kunnen worden weersproken om recht te doen aan (de bijzonderheid) van de gedraging of de situatie. Volgens Van Binsbergen wordt de strafrechtspleging daarmee ‘behoed (...) voor vervreemding van de maatschappelijke werkelijkheid’,⁸⁵ omdat rechters nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen kunnen verdisconteren in hun oordeel omtrent de wederrechtelijkheid in het concrete, bijzondere geval, want:

‘Elke regeling is nu eenmaal als zodanig een generalisering, die afgestemd is op het doorsnee-geval. Bij het stellen van de regel weet men bij voorbaat, dat deze niet altijd en voor iedereen zal gelden (...). En (...) ongeschreven recht kan die situatie tweevleugelen, bijvoorbeeld het algemeen erkende recht van ouders om hun kinderen zondig een draai om hun oren te geven of het accepteren van de politieke karikatuur als een geoorloofd middel tot een geoorloofd doel, waardoor het eventueel beledigende karakter ervan wegvalt. Concluderend kunnen we het derhalve zo formuleren: de wederrechtelijkheid in abstracto van een strafbaar feit wordt enkel bepaald door de wettelijke strafbepaling. De wederrechtelijkheid kan echter in concreto wegvallen doordat andere bepalingen van geschreven recht óf regels van ongeschreven recht de voorrang hebben.’⁸⁶

In het navolgende wordt, zoals uit de te bespreken volgorde van de voorwaarden voor strafbaarheid, verder stilgestaan bij de derde voorwaarde voor strafbaarheid, de (materiële) wederrechtelijkheid. In de doctrine en rechtspraak zijn verschillende modaliteiten aan de orde gekomen om tot het oordeel te komen dat de wederrechtelijkheid in materiële zin ontbreekt, zonder dat formele wetgeving voorziet in een grond waarop de gedraging als gerechtvaardigd kan worden aangemerkt: de leer van (het ontbreken van) de materiële wederrechtelijkheid en – de bijzondere verschijningsvorm ervan – de leer van de sociale adequatie.⁸⁷

2.2.3.2 *De leer van (het ontbreken van) de materiële wederrechtelijkheid*

2.2.3.2.1 *Formele en materiële wederrechtelijkheid*

Als gezegd, was in de voorstelling van de wetgever met de strafbaarheid van een feit volgens de delictsomschrijving de wederrechtelijkheid van het feit gegeven: wie een feit begaat dat in een strafbepaling is omschreven handelt per definitie wederrechtelijk.⁸⁸ Deze notie vloeit voort uit een

85 Van Binsbergen 1976, p. 98. Vgl. Mevis 2000, i.h.b. par. 4.

86 Van Binsbergen 1976, p. 96-97.

87 In het navolgende ligt de nadruk dus ook op factoren die zien op *inperking* van strafrechtelijke aansprakelijkheid en niet (of slechts in geringe mate) op factoren die zien op *uitbreiding* van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

88 Dolman 2006, p. 19; Van Bemmelen & Van Hattum 1953, p. 223.

positieve uitleg van het legaliteitsbeginsel: geen feit is strafbaar dan uit kracht van een (daaraan voorafgegane) strafbepaling. Ook volgens Simons was elk strafbaar feit als overtreding van een wettelijk gebod of verbod een onrechtmatige handeling: 'Die onrechtmatigheid vloeit van zelf voort uit het feit, dat de handeling met het voorschrift der wet in strijd is, en vormt als regel niet een afzonderlijk bestanddeel van het strafbare feit.'⁸⁹ Het wederrechtelijkheidsoordeel werd met hantering van deze notie (slechts) formeel ingevuld.⁹⁰

Onder andere het schuldbeginsel – strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat pas wanneer iemand iets kan worden verweten – ligt ten grondslag aan de idee dat er pas gestraft wordt wanneer iemand *iets verkeerd* heeft gedaan. *Niet-verkeerd* gedrag is immers nooit verwijtbaar. Het 'strafrechtelijk' *verkeerd* zijn van gedrag wordt ook wel met de term 'wederrechtelijk' aangeduid.⁹¹ Het schuldbeginsel omvat daarmee ook: geen strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder wederrechtelijk gedrag, zij het dat er ruimte bestaat om die wederrechtelijkheid formeel in te vullen. De vraag rijst of nog gesproken kan worden van wederrechtelijk gedrag wanneer een gedraging als *niet-verkeerd* kan worden beschouwd, terwijl het wel (in elk geval naar de letter) onder de reikwijdte van een wettelijke delictsomschrijving valt.

Zevenbergen maakte, als aanhanger van de Duitse dogmatiek, al onderscheid tussen een formeel en een materieel begrip van onrechtmatigheid. Hij leerde ons (reeds voorafgaand aan de Veearts-jurisprudentie) dat, om de onrechtmatigheid ('onrechtmatigheid in formeelen zin') van een gedraging vast te stellen, er moet worden getoetst aan het positieve recht en dat in dat kader:

'niet (...) nodig noch mogelijk [is], dat wij ons daartoe afvragen of zij beantwoordt aan het middellijk of onmiddellijk doel, waaraan de norma agendi wordt geacht dienstbaar te zijn (materieele begrip). In deze tweede opvatting wordt dan b.v. gevraagd of de, aan de wettelijke omschrijving beantwoordende, handeling een richtig middel voor een richtig doel is of ook, of zij krenking van of gevaar voor rechtsgoederen oplevert, of wel, of de handeling door de cultuurnormen ge- of verboden wordt.'⁹²

89 Simons 1917, p. 94. Simons hanteerde overigens wel een ruime opvatting ten aanzien van rechtvaardigingsgronden waarbij met civielrechtelijke en andere rechtsnormen rekening mocht worden gehouden bij de invulling van geoorloofdheid van handelingen.

90 Dupont 1993, p. 136.

91 Lindenberg 2007, p. 84.

92 Zevenbergen 1924, p. 84.

2.2.3.2.2 De Veearts-jurisprudentie

Het onderscheid tussen formele en materiële wederrechtelijkheid kwam in de strafrechtspraktijk tot uiting in de Veearts-jurisprudentie.⁹³ Naar aanleiding van het (tweede)⁹⁴ Veearts-arrest merkt Taverne (die het arrest mede had gewezen en zelf het arrest had voorzien van een annotatie) op dat 'het arrest (...) iets nieuws en in zekeren zin niet overeenkomstig ons wettelijk systeem [is]' en dat het 'm.i. als rechtsverfijning [mag] gelden dat hier door den rechter de onrechtmatigheid als zelfstandigen factor voor de strafbaarheid in een concreet geval is erkend, in diën zin, dat bij het wegvallen der onrechtmatigheid niet gestraft kan worden.'⁹⁵ Naar aanleiding van onder andere deze opmerkingen wordt deze hantering van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid aangeduid als de 'Taverniaanse variant'.⁹⁶ Over de 'geboorte' en de toepassing van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als algemene ongeschreven strafuitsluitingsgrond zijn de meningen verdeeld. Tot op de dag van vandaag bestaat geen eenduidigheid over de precieze betekenis van de Veearts-arresten en de wijze van verwerking van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid.

De Huizense veearts die met veterinair juiste bedoelingen⁹⁷ gezond vee in contact bracht met met mond-en-klauwzeer besmet vee handelde, naar de letter, in strijd met het bepaalde in art. 82 Veewet (oud), het opzettelijk in verdachte toestand brengen van vee. De gedraging werd bewezen geacht,⁹⁸ maar de veearts werd echter ontslagen van alle rechtsvervolging, daar waar

93 In de civiele praktijk werd de oude legistische benadering al gebroken in het arrest HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161 m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

94 Voorafgaand aan het bekende arrest was in dezelfde zaak al een beslissing genomen: HR 27 juni 1932, NJ 1933, p. 60 (*Veearts I*). Zie ook de zaak bij het hof na terugwijzing: Hof Amsterdam 25 november 1932, W. 12545 m.nt. M.P. Vrij. In de woorden van Enschedé: '(...) daarmee is destijds die enige echte en onvervalste Huizer veeartszaak begonnen die zoveel pennen in beweging bracht en brengt. (...) een voor de voortgang van het recht belangwekkend arrest.' Enschedé 1985a, p. 34. Zie ook: Enschedé 1985b, p. 27 e.v., p. 39 e.v. en p. 67 e.v.

95 Taverne 1936, p. 253.

96 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1991, p. 323.

97 Doordat de veearts de koeien in contact bracht met besmette koeien toen ze droog stonden (nog geen melk gaven) had hij gehandeld in het belang van de eigenaar en de veestapel en bovendien gehandeld volgens erkende regelen van de veterinaire wetenschap en in de geest van de Veewet. De veearts handelde niet ter bevoordeling van de boer die een slachtvergoeding zou krijgen van overheidswege (die soms hoger was dan de marktprijs) in tijden van een slechte economische situatie. Zie ook: Vermunt 1984a, p. 109-120 en Vermunt 1984b, p. 712-724; Dolman 2006, p. 54.

98 De Hoge Raad heeft volgens Strijards waarschijnlijk *sec* beoordeeld of de arts de koeien heeft verplaatst naar een stal met met mond-en-klauw-zeer besmette koeien, zonder meteen naar het achterliggende rechtsgoed te kijken. Met die benadering werd geoordeeld dat de feitelijke gedraging door de Veewet wordt verboden. Het achterliggende rechtsgoed (de gezondheid van de veestapel) en het dienen ervan zijn pas in de fase van de excepties verdisconteerd, aldus Strijards. Strijards 1987, p. 74.

een wettelijke strafuitsluitingsgrond niet voorhanden was.⁹⁹ De Hoge Raad overwoog dat:

‘niet met vrucht kan worden aangevoerd dat iemand, die een met straf bedreigde handeling verricht, in elk geval strafbaar is, wanneer niet de wet zelf met zoovele 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.’¹⁰⁰

De leer van de materiële wederrechtelijk laat dus toe dat – buiten de gevallen van wettelijke rechtvaardiging¹⁰¹ – gronden aan het licht kunnen komen die de onrechtmatigheid of de ontoelaatbaarheid van gedragingen die aan een wettelijke delictsomschrijving beantwoorden wegnemen.¹⁰² Of die ‘niet-onrechtmatigheid’ of ‘niet-ontoelaatbaarheid’ is ingegeven door *lege artis* handelen¹⁰³ in de uitoefening van het beroepsrecht, door het dienen van het achterliggende belang of door een combinatie van beide, blijkt niet expliciet uit het arrest; of het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid daartoe beperkt is evenmin.

Het ontslag van alle rechtsvervolging kon in het Veearts-arrest zijn oorzaak hebben gevonden in de niet-toepasselijkheid van art. 82 Veewet op de Huizense veearts: een kwalificatiekwesitie. Bogert laat, in navolging op Vos,¹⁰⁴ zien dat de veearts kon worden ontslagen van alle rechtsvervolging als gevolg van de werking van art. 1 van de ‘Wet van den 8sten Julij 1874, tot regeling van de uitoefening der veeartsenijkunst’¹⁰⁵ op de toepasselijkheid

99 Dit laatste werd door Hazewinkel-Suringa en Pompe genuanceerd. Hazewinkel-Suringa beschreef in de oudere drukken van haar handboek *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht* dat de veearts handelde ter uitvoering van een wettelijk voorschrift, vgl. Hazewinkel-Suringa 1953, p. 196; Pompe beschreef in zijn *Handboek van het Nederlandse Strafrecht* dat een beroep op overmacht (met ruime uitleg) in de rede lag, vgl. Pompe 1959, p. 111.

100 HR 20 februari 1933, NJ 1933, p. 918 m.nt. B.M. Taverne (*Veearts II*).

101 Immers: die kunnen het geval niet dekken en kunnen niet verder worden opgerekt, Van Veen 1978, p. 509.

102 Dupont 1993, p. 131.

103 Naast het handelen naar juiste veterinaire inzichten, had hij tevens telefonisch toestemming gevraagd aan en gekregen van de inspecteur van de Veeartsenijkundige Dienst en had hij contact opgenomen met de burgemeester van Huizen. Enschedé 1985a, p. 35.

104 Vos 1950, p. 173.

105 ‘Wet van den 8sten Julij 1874, tot regeling van de uitoefening der veeartsenijkunst’, *Stb.* 1874, 98. Per abuis vat Bogert deze bepaling op als art. 1 Veewet, Bogert 2005, p. 47. Art. 1 Veewet was echter toegespitst op het toezicht: ‘Het veeartenijkundig Staatstoezicht omvat: a. de zorg voor den algemeenen gezondheidstoestand van den veestapel; b. de wering en bestrijding van besmettelijke veeziekten; (...) e. hetgeen door Ons wordt bepaald verder tot dat toezicht te behooren.’

van art. 82 Veewet. In het (tweede) Veearts-arrest wordt overwogen dat in art. 1 'reeds een aanwijzing is gelegen voor de juistheid van de stelling, dat – tenzij de wet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt – een veearts, die, naar juist wetenschappelijk inzicht, in het welbegrepen belang van vee, op dat vee een zekere behandeling toepast, zich niet schuldig maakt aan een strafbare gedraging.'¹⁰⁶ Dat art. 1 dat bepaalde moet dan overigens wel worden ingelezen in de bepaling 'Uitoefening der veeartsenijkunst, waaronder de wet het verlenen van genees- en heelkundigen raad of bijstand voor vee als bedrijf verstaat, is alleen geoorloofd aan hen, die na afgelegd examen hier te lande, eene akte van bevoegdheid tot die uitoefening hebben verkregen.'¹⁰⁷ Volgens Bogert betreft de problematiek het antwoord op de vraag of art. 82 Veewet een bepaling is die 'uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt'. Volgens Bogert werd de algemene norm hier gebruikt om de aard en strekking van een specifieke norm – het niet in verdachte toestand brengen van vee – vast te kunnen stellen, nu gebleken was dat er voor het specifieke geval geen bestaande wettelijke strafuitsluitingsgrond van toepassing was:

'De algemene norm van het toenmalige art. 1 Veewet wordt derhalve gebruikt om het bereik van de norm van de verbodsbepaling van art. 84 Veewet nader vorm te geven en in de aard en strekking van de Veewet te passen. Indien er voor het schenden van een verbodsbepaling eveneens vereist is dat het door de verbodsbepaling beschermde rechtsbelang wordt geschonden, vervalt de strafbaarheid wanneer er in overeenstemming met de aan de wet ten grondslag liggende norm(en) wordt gehandeld, zoals de veearts in casus heeft gedaan.'¹⁰⁸

Hiermee heeft de toepassing van de materiële wederrechtelijkheid invloed op de reikwijdte van de strafbepaling en betreft het de constructie van een kwalificatie-uitsluitingsgrond. In deze visie heeft de in de wet opgenomen bepaling aangaande de uitoefening van de veeartsenijkunst – een blijk van het beroepsrecht – op indirecte wijze een beperkende werking op de reikwijdte van het verbod en is uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet volledig ingegeven door gronden die zijn gelegen buiten de wet. Zo ook Machielse: 'Het Huizense-Veeartsarrest (...) levert niet de ongeschreven rechtvaardigingsgrond op, maar wijst op niet-toepasbaarheid van de delictsomschrijving. (...) De HR (...) erkent expliciet de mogelijkheid dat het betrokken wetsartikel op de letterlijk wél onder de delictsomschrijving vallende handeling niet van toepassing is.'¹⁰⁹

106 HR 20 februari 1933, NJ 1933, p. 918 m.nt. B.M. Taverne (*Veearts II*).

107 Art. 1 Wet van den 8sten Julij 1874, tot regeling van de uitoefening der veeartsenijkunst, *Stb.* 1874, 98.

108 Bogert 2005, p. 50. Het gaat hier overigens om art. 1 van de Wet van den 8sten Julij 1874, tot regeling van de uitoefening der veeartsenijkunst, *Stb.* 1874, 98. Per abuis vat Bogert deze bepaling op als art. 1 Veewet. Tevens gaat het niet om art. 84 Veewet, maar om art. 82 Veewet.

109 Machielse 1979, p. 41-42. Zie ook het commentaar van Machielse in Noyon/Lange-meijer/Rommelink, aant. 5 bij 'Wederrechtelijkheid'.

Vermunt presenteert twee mogelijke constructies die hebben geleid tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Veearts-arrest.¹¹⁰ De eerste constructie betreft die van het inperken van het tekstuele bereik van de strafbepaling door een extra bestanddeel in te lezen; de tweede constructie betreft die van restrictieve interpretatie van de delictsomschrijving doordat er een 'expressis verbis' in de wet genoemd bestanddeel wordt gevonden dat voor restrictie in aanmerking komt.

In de eerste constructie gaat het om het bij de interpretatie meenemen van de 'kwaliteit' van degene die heeft gehandeld. Volgens Vermunt stond in het Veearts-arrest niet zozeer de preventieve behandelingsmethode (gezonde koeien plaatsen bij zieke koeien als equivalent van inenten) als zodanig ter discussie, als wel de handelingsvrijheid van de bevoegde veearts, 'welke handelingsvrijheid is beperkt door de grenzen van de *lex artis* en door eventuele uitdrukkelijke wettelijke verboden.'¹¹¹ Door het beroepsmatige aspect (i.c. het ontbreken van een bepaalde hoedanigheid) toe te voegen als negatief impliciet bestanddeel aan de reikwijdte van de delictsomschrijving – immers: het is een tegennatuurlijke opvatting om iemand, die bevoegd is en handelt volgens de regelen der kunst, te straffen die het belang van de wet dient – valt de handeling van iemand met de hoedanigheid van bevoegd veearts niet onder de delictsomschrijving. Volgens deze constructie van Vermunt moet men 'de bepaling dus zodanig (...) lezen dat de beroepsmatige handelingen van hen die de kwaliteit "bevoegd veearts" hebben er niet onder vallen.'

Waar bij de eerste constructie sprake is van een toevoeging aan de delictsomschrijving – de afwezigheid van handelen in het kader van een bepaalde hoedanigheid – welke vervolgens niet van aanwezig wordt geacht, is er bij de tweede constructie sprake van een beperkte uitleg van een bestaand uitdrukkelijk delictsbestanddeel. In deze tweede constructie ligt eveneens de nadruk op de verhouding tussen de handeling en het handelend subject en wel in het licht van de uitleg van het delictsbestanddeel 'in verdachte toestand brengen'. Omdat de handelingen van een bevoegd veearts per definitie binnen het maatschappelijke 'normaal-beeld' vallen en dergelijke handelingen een grensoverschrijdend karakter ontberen, kan er volgens Vermunt geen sprake zijn van een 'in verdachte toestand brengen als bedoeld in art. 82 Veewet'.¹¹² De rechter kon het bestanddeel 'in verdachte toestand brengen' bewezen verklaren, maar omdat het geen 'in verdachte toestand brengen oplevert *als bedoeld in* [mijn cursivering, SB] art. 82 Veewet', diende hij ontslag van alle rechtsvervolgung uit te spreken.¹¹³

110 Vermunt 1984a, p. 116-117.

111 Vermunt 1984a, p. 116.

112 Vermunt 1984a, p. 119.

113 Vermunt 'prefereert' deze tweede methode, zie nader: Vermunt 1984a, p. 120 en Vermunt 1984b, p. 712.

2.2.3.2.3 *De dogmatische plaats van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid*
 In de literatuur zijn (mede ingegeven door een aantal sociaal geladen zaken, zoals hulpverlening aan weggelopen kinderen,¹¹⁴ het kraken van leegstaande panden¹¹⁵ en het vertonen van pornografisch materiaal¹¹⁶) in normatieve zin verschillende visies gegeven op de verwerking van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid. Hoewel het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid vaak wordt aangemerkt als (ongeschreven) strafuitsluitingsgrond, in het bijzonder een (ongeschreven) rechtvaardigingsgrond, geven diverse auteurs er de voorkeur aan de kwestie te benaderen in het licht van de interpretatie van de delictsomschrijving. Zo prefereert Van Veen om, bij afwezigheid van een toepasselijke geschreven strafuitsluitingsgrond, in de gevallen waarin een beroep wordt gedaan op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid, uitsluitel te brengen via een interpretatie van de delictsbestanddelen in het licht van de bedoeling van de wetgever:

‘Omdat door de delictsomschrijvingen een strafbaar feit met woorden omljnd moet zijn, kan het gebeuren dat die woorden gedrag binnen de delictsomschrijving brengen en dus strafbaar verklaren, dat de wetgever niet heeft bedoeld strafbaar te stellen. Er kunnen zich dus gevallen voordoen, waarin een gedraging wel naar de letter van een strafbepaling strafbaar is, maar niet naar de bedoeling die de wetgever met die bepaling heeft gehad of moet hebben gehad. Dan zegt men dat het feit formeel wel wederrechtelijk is, maar materieel niet.’¹¹⁷

Het moet volgens Van Veen gaan om een situatie waarbij kan worden betoogd ‘dat het niet de bedoeling van de wetgever kón zijn geweest, dat de strafbepaling op de gegeven situatie zou worden toegepast.’¹¹⁸ Wanneer het gaat om gevallen die de wetgever niet bekend waren, dan zal de rechter zich moeten afvragen of de wetgever, bekend met de situatie, de tenlastelegging als dan niet strafrechtelijk geboden of verboden zou beschouwen in het licht van zijn delictsomschrijving.¹¹⁹

Ook Schaffmeister en Heijder hebben, zoals weergegeven in paragraaf 2.2.2.2, bepleit dat door middel van (creatieve) interpretatie een oplossing kan worden gevonden voor de wederrechtelijkheidskwestie. De concretisering van de wederrechtelijkheid dient eerst te geschieden door een op het wederrechtelijkheidsoordeel vooruitlopende interpretatie van de delictsomschrijving zelf, waarbij de concrete gedraging wordt getoetst aan

114 HR 16 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB5022, NJ 1974/29 (*Sosjale Joenit*) en HR 11 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB4463, NJ 1976/538 m.nt. Th.W. van Veen (JAC).

115 HR 2 februari 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB3474, NJ 1971/385 m.nt. C. Bronkhorst (*Kraker*).

116 HR 17 november 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB5129, NJ 1971/373 m.nt. C. Bronkhorst (*Chick*); HR 28 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6417, NJ 1979/93 m.nt. Th.W. van Veen (*Deep throat*).

117 Van Bemmelen & Van Veen 1986, p. 100 e.v.

118 Van Veen 1978 p. 515.

119 Dupont 1993, p. 138.

het achterliggende rechtsgoed. Wanneer dat achterliggende rechtsgoed niet wordt geschonden in dat concrete geval, moet dat tot de conclusie leiden dat deze gedraging buiten de delictsomschrijving valt – dus zonder dat een beroep moet worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond.¹²⁰ Zowel Van Veen als Schaffmeister en Heijder lijken geen voorstander van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid in de hoedanigheid van een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond.

Van Eikema Hommes is stellig in zijn bewoordingen: ‘de vraag naar de materiële wederrechtelijkheid [mag] niet binnen het kader van de rechtvaardigingsgronden worden behandeld.’¹²¹ De vraag naar de materiële wederrechtelijkheid heeft volgens hem geen zin als exceptief verweer, maar slechts als vraag naar de strekking van de wettelijke delictsomschrijving. Wanneer de strafrechtelijke wederrechtelijkheid in materieel-juridische zin moet worden opgevat, kan de vraag of een gedraging aan de wettelijke delictsomschrijving beantwoordt (de zogenaamde *Tatbestandmässigkeit*) volgens Van Eikema Hommes slechts aan de hand van ‘materieel-juridische onrechtmatigheidscriteria’ worden beantwoord. Het onderscheid tussen het wegvallen van de materiële wederrechtelijkheid enerzijds en de rechtvaardigingsgronden (waar hij het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid dus niet onder schaaft) anderzijds is volgens hem gelegen in het feit dat

‘bij het wegvallen van de materiële wederrechtelijkheid van de gedraging – omdat geen sprake is van inbreuk op het publieke rechtsbelang dat in het strafwettelijk voorschrift beschermd wordt – in het algemeen de wettelijke delictsbepaling voor de gedraging niet geschreven is, terwijl bij een rechtvaardigingsgrond sprake is van een gedraging, die in het algemeen wel wederrechtelijk is, maar in dit bijzondere geval, gezien de concrete omstandigheden, niet.’¹²²

Strijards sluit zich hierbij aan en vindt dat er geen ruimte is voor het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als exceptie, in de vorm van een rechtvaardigingsgrond.

‘Ik denk, dat een dergelijke exceptie naar Nederlands strafrecht geen bestaansrecht heeft. Indien inderdaad als een paal boven water staat dat de dader door zijn optreden het door de strafwet veiliggestelde belang heeft gediend – zoals de veearts in casu deed – kan er nooit van een strafrechtelijke zorgplichtschending sprake zijn. Er is dus geen gedraging in strafrechtelijke zin.’¹²³

Een andere benadering zou een paradoxaal resultaat met zich brengen: nadat (in de terminologie van Strijards) een zorgplichtschending is aangenomen, moet vervolgens worden aanvaard dat aan de zorgplicht volgens de beste beginselen is voldaan.

120 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 457.

121 Van Eikema Hommes 1980, p. 169.

122 Van Eikema Hommes 1980, p. 169.

123 Strijards 1987, p. 74.

Remmelink erkent dat de Hoge Raad in beginsel de mogelijkheid van toepassing van een algemene ongeschreven strafuitsluitingsgrond niet principieel verwerpt, maar zelf zou hij ook willen erkennen

‘dat de rechter soms aan de positieve rechtsorde (waaronder niet alleen het strafrecht dient te worden verstaan, maar ook het civiele recht, het administratieve recht, het volkenrecht enz.) een (ongeschreven) contrariërende norm ontleent, krachtens welke onder bepaalde omstandigheden de strafbepaling niet meer van toepassing kan worden geacht. Zo’n norm kan bijvoorbeeld zijn een beginsel.’¹²⁴

Het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid dient te worden gevonden in een contrariërende norm, resulterend in het oordeel dat de toepassing van de strafbepaling achterwege dient te blijven. Als voorbeeld noemt Remmelink een zaak die speelde bij de Bijzondere Raad van Cassatie aangaande het dienst nemen bij de vijand, hetgeen plaatsvond om Nederlandse belangen te behartigen.¹²⁵ In die zaak werd de gedraging niet onrechtmatig geacht, omdat de gedraging het juiste middel was om het juiste doel te bereiken. Remmelink stelt echter ‘dat de grondslag van het vrijuitgaan gezocht moet worden in het verzetsrecht, derhalve in een contrariërende norm.’¹²⁶ Het gaat hierbij dus niet om het inlezen van een extra aspect (een interveniërende norm) voordat aan strafbaarheid kan worden gekomen, maar om het terzijdestellen van een strafrechtelijk beschermde norm vanwege een aan de positieve rechtsorde ontleende, contrariërende norm.¹²⁷ Hiermee wordt aansluiting gezocht bij de idee dat voor een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid ‘iets meer’ nodig is dan het (in hoofdstuk 4 uitgebreider aan de orde komende) juiste middel om het juiste doel te bereiken, omdat het handelen het achterliggende, te beschermen rechtsgoed niet raakt of zelfs dient. Dat ‘iets meer’ kon in het geval van de veearts worden gedestilleerd uit het veterinair beroepsrecht. Het enkele feit dat de gedraging van de veearts het achterliggende rechtsgoed (juist) diende, zou dan niet voldoende zijn, omdat het handelen (als aanvullende eis) ook overeenkomstig de ‘regelen van de veeartsenijkunst’ zou moeten zijn (hetgeen in die casus ook was).

Een iets andere visie wordt verdedigd door De Waard. Volgens hem zijn twee situaties denkbaar waarin een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid aanvaardbaar voorkomt: (a) de situatie waarin het achterliggende rechtsgoed juist door het gedrag wordt gediend¹²⁸ en (b) de situatie waarin de gedraging het achterliggende rechtsgoed niet raakt.

124 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 350.

125 BRvC 12 april 1950, NJ 1951/176.

126 Hazewinkel-Suringa/Remmelink, 1996, p. 351.

127 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 350-353.

128 Vgl. Jonkers 1984, p. 56-58; Frielink 1987, p. 372.

‘In beide gevallen mag ervan worden uitgegaan dat de wetgever bij het formuleren van de delictomschrijving er niet op bedacht is geweest dat de betrokken situatie zich zou kunnen voordoen, doch het verschil tussen beide categorieën bestaat hierin dat in situatie (a) het beschermde rechtsbelang nog duidelijk “in het beeld” is en het telastegelegde daarmee rechtstreeks te maken heeft, terwijl in situatie (b) het tegenovergestelde het geval is.’¹²⁹

Anders dan bijvoorbeeld Van Eikema Hommes en Schaffmeister en Heijder heeft De Waard bedenkingen bij de (creatieve) interpretatie als te hanteren methode om de wederrechtelijkheid te concretiseren. Op die manier wordt volgens hem het gevaar in het leven geroepen dat men tot een uitleg komt die niet meer strookt met hetgeen de wetgever bij het formuleren van de delictomschrijving heeft bedoeld, met name als *in abstracto* een norm wordt gesteld voor een aantal per definitie niet in één formule te vatten specifieke casus.¹³⁰ Creatieve interpretatie doet volgens De Waard afbreuk aan de rechtszekerheid, doordat de uitleg van wettelijke begrippen mede afhankelijk wordt van allerlei bijzondere, niet door de wetgever voorziene omstandigheden. Als voorbeeld hanteert hij het bestanddeel ‘aanstotelijk voor de eerbaarheid’. Sinds het *Chick*-arrest gold eerbaarheid als een ‘algemeen begrip, opgevat naar de hier te lande heersende zeden, welke worden bepaald door de bij een belangrijke meerderheid van het Nederlandse volk op dit punt levende opvattingen.’¹³¹ Door de toepassing van creatieve interpretatie in het *Deep Throat*-arrest¹³² werd dit algemene begrip in de woorden van De Waard:

‘echter in relatie gebracht met de personen die de afbeeldingen (in casu de film) te zien kregen, en wel in dier voege dat het delictsbestanddeel “aanstotelijk voor de eerbaarheid” – ongeacht hoe hard de porno was – niet was vervuld, indien de toeschouwers uitsluitend behoorden tot een categorie personen van wie mocht worden aangenomen dat zij aan het aanschouwen van de film geen aanstoot zouden nemen. Zo onverhuld als de porno was, zo verhullend was echter de herinterpretatie van genoemd delictsbestanddeel.’¹³³

129 De Waard 1985, p. 392.

130 De Waard 1985, p. 395; Dupont 1993, p. 139-140.

131 HR 17 november 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB5129, NJ 1971/373 (*Chick*).

132 HR 28 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6417, NJ 1979/93 m.nt. Th.W. van Veen (*Deep throat*).

133 Verhuld werd immers dat het in werkelijkheid niet ging om een veranderde rechtsopvatting omtrent het algemene begrip ‘aanstotelijk voor de eerbaarheid’ als hoedanigheid van de film, maar om een beperking van het terrein waarover het door art. 240 Sr beschermde rechtsbelang zich uitstreekte. Voorheen werden de zedelijkheidsgevoelens van alle burgers beschermd, maar nu strekte die bescherming zich niet meer uit over personen van boven 19 jaar van wie mocht worden aangenomen dat zij het aanschouwen van de film juist hebben gewild.

De oplossing had volgens De Waard moeten liggen in het bewezen verklaren van de tenlastelegging en oordelen dat de wederrechtelijkheid ontbrak, omdat het bewezenverklarde buiten het terrein van het door art. 240 Sr beschermde rechtsgoed lag.

De Waard zet zijn standpunt kracht bij met het argument dat het ook meer overeenkomstig het systeem van het strafproces is om zoveel mogelijk eerst de feiten vast te stellen om vervolgens pas de rechtsvragen aan de orde te stellen. Hij vraagt zich af:

‘Waarom zou bij de bewijslevering moeten worden vooruitgelopen op de vraag of het tenlastegelegde wel wederrechtelijk is, indien de bewoordingen waarin de telastelegging is gesteld op zichzelf beschouwd hiertoe geen aanleiding geven? Waarom zou de wederrechtelijkheid al moeten worden ingelezen in delictbestanddelen waarin dit element taalkundig niet tot uitdrukking is gebracht?’

Hij stelt uitdrukkelijk voor om ten aanzien van de wederrechtelijkheid op dezelfde wijze te werk te gaan als ten aanzien van de schuld, namelijk om

‘voor zover deze elementen niet duidelijk in de woorden van de telastelegging tot uitdrukking zijn gebracht, pas na een eventuele bewezenverklaring na te gaan of de vooronderstelde wederrechtelijkheid en schuld ook inderdaad kunnen worden vastgesteld, dan wel hetzij wegens een geschreven strafuitsluitingsgrond hetzij wegens omw of avas het bewezene of de verdachte niet strafbaar moet worden verklaard en de verdachte mitsdien moet worden ontslagen van alle rechtsvervolging.’¹³⁴

In het verlengde hiervan ligt de notie die Dupont presenteert omtrent de materiële wederrechtelijkheid.¹³⁵ Volgens hem moet ervoor worden gewaakt dat de materiële wederrechtelijkheid wordt ondergebracht bij de beoordeling van de weder*wett*elijkheid of de formele wederrechtelijkheid. Hij vindt dat auteurs die de creatieve interpretatie van de delictomschrijving aanmoedigen zich op gevaarlijk terrein begeven, omdat wetsinterpretatie dan al de uitnodiging kan inhouden om uitspraak te doen over de afwezigheid van wederrechtelijkheid bij een vraag die daar niet voor bedoeld zou zijn:

‘De enkele omstandigheid dat vastgesteld wordt dat een gedraging formeel aan een delictomschrijving beantwoordt dwingt overigens nog geenszins tot het besluit dat deze gedraging ook materieel gezien wederrechtelijk is. De finale toets van de wederrechtelijkheid dient te geschieden op een ander niveau dan dat van de delictomschrijving (eerste niveau), ook al kan incidenteel, naar aanleiding

134 De Waard 1985, p. 396-397.

135 In zijn bijdrage aan de afscheidsbundel van Jules D’Haenens verricht Lieven Dupont een rechtsvergelijkende analyse omtrent de (materiële) wederrechtelijkheid. Het navolgende ziet op zijn beschrijving en analyse van de wederrechtelijkheid in de Nederlandse strafrechtsdogmatiek.

van de interpretatie van de delictsomschrijving, de wederrechtelijkheidsproblematiek reeds aan de orde zijn geweest. De wederrechtelijkheid als constitutief element van het misdrijf is o.i. het voorwerp van een beoordeling op een tweede niveau, waarbij een gedraging niet enkel meer vanuit delictstypisch perspectief, maar in het kader van de rechtsorde op haar (on)rechtmatigheid wordt beoordeeld, rekening houdend met alle concrete omstandigheden van het geval.¹³⁶

Daargelaten de situatie waarbij de wetgever voorzien had dat de reikwijdte van de bepaling te groot wordt of kan worden en dus 'wederrechtelijk' in de delictsomschrijving heeft opgenomen,¹³⁷ dient volgens Dupont de materiële wederrechtelijkheid apart te worden behandeld, nadat de wederwettelijkheid of formele wederrechtelijkheid is vastgesteld: 'Delictstypisch onwettig gedrag is per se nog geen wederrechtelijk gedrag,' hetgeen volgens hem moet resulteren in een hanteringswijze waarbij het toetsen van een gedraging aan een wettelijke delictsomschrijving enkel kan leiden tot (a.) een voorlopige aanduiding van het bestaan van delictstypische (formele) wederrechtelijkheid en daarmee een indicatie van materiële wederrechtelijkheid of (b.) straffeloosheid wegens het niet vervuld zijn van de delictstypische constitutieve bestanddelen. Pas bij het oordeel over de materiële wederrechtelijkheid wordt een finale uitspraak gedaan over de (on)rechtmatigheid van de gedraging.¹³⁸

(Floor) Bakker lijkt in haar dissertatie ook aan een exceptie-benadering de voorkeur te geven boven een interpretatie-benadering, (zeker) wanneer deze laatste benadering ten grondslag ligt aan, wat zij noemt, 'gekunstelde' interpretaties of interpretaties die te ver afwijken van de bedoeling van de wetgever.¹³⁹ Illustratief zijn de zaken die door zeer extensieve interpretatie een smaak krijgen van analogie. Zo spreekt zij van een gekunstelde uitleg toen de Hoge Raad het bezit van hasjiesj, waarvan de hars verkregen was uit de *ongedroogde* toppen van de cannabisplant gelijkstelde met het bezit van hasjiesj waarvan de hars was verkregen uit *gedroogde* toppen (hetgeen slechts volgens de tekst van de Opiumwet strafbaar was).¹⁴⁰ In het kader van interpretatie die te ver afwijkt van de bedoeling van de wetgever wijst zij op het arrest *Mensenroof*.¹⁴¹ Hoewel de ter zake relevante zijnde strafbepaling (art. 278 Sr), volgens de Memorie van Toelichting, ziet op ontvoering vanuit Nederland naar het buitenland ('over de grenzen van het Rijk in Europa voert'), bracht de Hoge Raad ook de situatie onder de bepaling waarbij vanuit het buitenland naar Nederland werd gevoerd. Het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel (art. 1 Sr) en het beginsel van getrouwe wetstoepassing (art. 11 Wet AB) moesten er volgens haar aan in

136 Dupont 1993, p. 144.

137 Welke vanwege de grondslagleer aan de orde dient te komen bij de bewijsvraag.

138 Dupont 1993, p. 140.

139 Bakker 2018, p. 88-93 en 325-326.

140 HR 29 februari 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB6305, NJ 1972/347 m.nt. C. Bronkhorst.

141 Bakker 2018, p. 88-93 en 325-326; HR 20 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2809, NJ 2003/632 m.nt. P.A.M. Mevis & R. de Lange.

de weg staan dat de Hoge Raad de wet zo (onwenselijk) ruim uitlegt dat de bedoeling van de wetgever uit het oog wordt verloren. Ten aanzien van het ruim interpreteren van (straf)bepalingen stelt zij daarom voor dat dezelfde eisen dienen te gelden als bij de toepassing van ongeschreven en wettelijke uitzonderingen: 'Dergelijke interpretaties mogen slechts worden gemaakt vanwege door de wetgever niet-verdisconteerde omstandigheden, opdat zij het oordeel van de wetgever over verenigbaarheid van wetstoepassing in het concrete geval met het ongeschreven recht niet doorkruisen.'¹⁴² Dit past in de visie van Mevis die het 'op zichzelf acceptabel' vindt 'dat de Hoge Raad door interpretatie van bestaande regels aanvult wat de wetgever evident over het hoofd heeft gezien en ongetwijfeld geregeld zou hebben, als hij beter had nagedacht, zeker als het om strafuitsluiting gaat,'¹⁴³ maar huiverig is voor vergaande rechtsvorming: 'daarmee is niet gezegd dat het de strafrechter is die de volle ruimte heeft om het tekort in de bewoordingen op te vangen. De wet staat ook voor de systematiek, en op dat punt kan de rechter het verhaal van de wetgever niet vertellen.'¹⁴⁴

2.2.3.2.4 *Toegevoegde waarde?*

De vraag of het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als exceptie daadwerkelijk toegevoegde waarde heeft, wordt veelal negatief beantwoord. Zo sluit De Hullu¹⁴⁵ zich aan bij het standpunt van Van Dorst die heeft bepleit dat de Hoge Raad de exceptie zou moeten bijzetten 'in het magazijn der rechtshistorie', want 'aan leerstukken als het onderhavige die zo oeverloos (elke exegeet heeft er zijn eigen interpretatie aan) en zo onvruchtbaar zijn (als er beroep op wordt gedaan, moet de rechter het beantwoorden, maar hij mag het niet aanvaarden) heeft de praktijk noch de theorie van het strafrecht enige behoefte.'¹⁴⁶ Of in stelligere bewoordingen van Enschedé: 'De Huizer veearts is een unicum gebleven, een hapax. Zodat we nu (...) kunnen zeggen: de leer van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid is dood en begraven.'¹⁴⁷

Lindenberg en Wolswijk gaan minder rigoureuus om met het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als exceptie. Er bestaat volgens hen niet helemaal onbegrijpelijk huiver tegen de erkenning van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als algemene rechtvaardigingsgrond, maar de algemene exceptie kan worden verdedigd voor gevallen waarin het handelen van de dader 'richtiges Mittel zum richtigen Zwecke' was geweest. Het is dan echter wel de vraag wie moet uitmaken wat dat 'juiste

142 Bakker 2018, p. 92.

143 Noot van Mevis onder HR 6 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9819, NJ 2001/498.

144 Mevis 2000, p. 34.

145 De Hullu 2021, p. 351.

146 Conclusie van AG Van Dorst voor HR 27 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZS0180, NJ 1995/711.

147 Enschedé 1985b, p. 29.

middel' voor het juiste doel is.¹⁴⁸ Dat moet in een democratie niet in de rechtszaal worden uitgevochten, maar in het parlement, waardoor het zal neerkomen op het 'afgesproken middel'¹⁴⁹ waarbij de minderheid zich moet neerleggen bij het oordeel van de meerderheid. Wanneer de rechter openingen zou bieden, dreigt volgens De Hullu ook voor die rechter zelf een verstoring van een juiste verhouding met de wetgever.¹⁵⁰ Desalniettemin menen Lindenberg en Wolswijk dat niet kan worden gesproken van bezwaar tegen erkenning van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als aanvulling op de wettelijke rechtvaardigingsgronden, op voorwaarde dat het ontbreken van die wederrechtelijkheid moet voortvloeien uit het geldend recht.¹⁵¹ Het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid kan dan (met inachtneming van grote behoedzaamheid)¹⁵² over verschillende banden leiden tot niet-strafbaarheid van het feit.

Los van de kwestie omtrent de wijze waarop het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid *als exceptie* dient te worden verwerkt in het strafvorderlijk beslissingsmodel, is er ruimte, aandacht en draagvlak voor de leer van de materiële wederrechtelijkheid. Niet elke vervulling van een delictsomschrijving levert strafbaarheid op. Blijkend uit jurisprudentie van rechtbanken en gerechtshoven¹⁵³ lijkt er (weliswaar beperkte, maar) enige ruimte voor het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als vorm van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar in elk geval biedt de leer van materiële wederrechtelijkheid als concept nuttige inzichten voor de bepaling van de dogmatische positie van excepties in het algemeen, van de rol van het strafrecht in de maatschappij en van de grenzen van strafwaardigheid en strafbaarheid.¹⁵⁴ Het voelt onrechtvaardig de letter van de wet te volgen, terwijl de bijzondere omstandigheid of de maatschappelijke toelaatbaarheid maakt dat de handeling niet strafwaardig of niet strafbaar zou moeten zijn. Zo pleit onder andere Rozemond voor hantering van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid in dergelijke gevallen.¹⁵⁵ In paragraaf 4.2.2.3 wordt nader verkend in hoeverre het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid (als exceptie) als toereikende modaliteit van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden beschouwd met het oog op de in dit onderzoek centraal staande contexten.

148 Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 226; zie ook: Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 350. Dit zal volgens Lindenberg en Wolswijk met name het geval zijn bij rechtens erkende bijzondere rechtvaardigingen, zoals het medisch beroepsrecht en, in bepaalde omstandigheden, de toestemming van het slachtoffer.

149 Van Veen 1971b, p. 233.

150 De Hullu 2021, p. 346.

151 Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 227.

152 Van Bemmelen & Van Hattum 1953, p. 225.

153 Zie voor een overzicht: Bakker 2018, p. 244-247.

154 Bogert 2005, p. 157.

155 Rozemond in zijn noot onder HR 18 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3291, NJ 2015/211.

De vraag of een gedraging strafwaardig of strafbaar is, hangt volgens diverse auteurs overigens (mede) samen met de kwestie hoe het handelen moet worden beoordeeld in een sociale context. De leer van de sociale adequatie kan in dit licht in zekere zin als bijzondere verschijningsvorm van de leer van de materiële wederrechtelijkheid worden beschouwd.

2.2.3.3 De leer van de sociale adequatie

Als gezegd bestaat *formele* wederrechtelijkheid in de zin van *wederwettelijkheid* als een delictsomschrijving op een bewezenverklaard feit van toepassing is. Een gedraging is volgens Ter Heide *materieel* wederrechtelijk als deze

‘in het kader van het handelingsstelsel niet doelmatig en stelselmatig is, kortom als zij niet in het stelsel, gezien de geldende spelregels en de rol die de verdachte speelde, past. Past de gedraging wél in het stelsel, dan wordt geen straf uitgesproken, ook in de gevallen waar de wet geen strafuitsluitingsgrond heeft. Straffeloosheid past dan in het stelsel der wet. Ook in deze gevallen is de rechtvaardiging op de wet gebaseerd.’

Niet alleen ziet Ter Heide ruimte voor het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als grond voor straffeloosheid,¹⁵⁶ ook legt hij, in navolging op de Duitse strafrechtjurist en filosoof Welzel,¹⁵⁷ de nadruk op een bijzondere verschijningsvorm van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid: de leer van de sociale adequatie.¹⁵⁸

De samenleving kan, in de benadering van Ter Heide, worden gezien als een gecompliceerd speelveld met talloze deelstructuren, waarin het handelen van mensen met elkaar planmatig en volgens onderlinge interactiepatronen verloopt.¹⁵⁹ Wanneer dat menselijke handelen in zijn sociale context waartoe deze behoort en waaraan deze zijn betekenis ontleent als vertrekpunt wordt genomen, kan met een rechtssociologische bril de (in

156 Met als versterkend argument dus dat de straffeloosheid nog steeds is gebaseerd op de wet, vgl. de hiervoor aangehaalde notie van Lindenberg en Wolswijk dat het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als aanvulling op gronden voor niet-bestrafing kan gelden op voorwaarde dat het ontbreken van die wederrechtelijkheid moet voortvloeiën uit het geldend recht, Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 227.

157 De leer van de sociale adequatie vindt zijn oorsprong in de Duitse strafrechtsdogmatiek. Zie nader: Welzel 1939, p. 491-566, i.h.b. p. 514; Welzel 1969, p. 55-57.

158 De link met het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid wordt concreet, wanneer hij omtrent het Veearts-arrest stelt: ‘Straffen is confrontatie met de maatschappelijke zinloosheid of onzinnigheid van het gedrag; dit is de reden waarom materiële wederrechtelijkheid vereist is: de onstelselmatigheid. Wanneer de veearts doet wat hij moet, kan hij niet worden gestraft. Bleef hij beneden zijn rolniveau, dan is hij strafrechtelijk verantwoordelijk. De veearts vervulde zijn rol, handelde geïntegreerd in de sociale orde en al bracht hij opzettelijk vee in verdachte toestand (...), hij kon niet worden gestraft. Hij voldeed immers aan de legitieme rolverwachting.’ Ter Heide 1965, p. 133.

159 Ter Heide 1965, p. 59-60; Kelk & De Jong 2019, p. 182.

beginsel strafbare) gedraging worden verklaard en (al dan niet juridisch) worden gelegitimeerd. Alle handelingen waarin zich het maatschappelijk leven overeenkomstig zijn historisch bepaalde ordening afspeelt leveren sociaal adequate handelingen op.¹⁶⁰ Het gaat dan bijvoorbeeld om handelingen in het licht van de beroepsuitoefening, alsmede om handelingen die worden verricht in het kader van het vervullen van 'een bepaalde sociale positie bij het verrichten van een bepaalde sociale taak, al dan niet op een bepaalde plaats en al dan niet in het verband van een groep', zoals gedragingen in het kader van de sportbeoefening.¹⁶¹ Die handelingen passen dan in het verwachtingspatroon van de maatschappelijke participanten en zijn daarmee niet grensoverschrijdend, wat volgens Vermunt nimmer tot de conclusie kan leiden dat sprake is van 'onrecht' in strafrechtelijke zin.¹⁶² Immers: de wetgever heeft om wenselijke sociale toestanden en rechtsgoederen te beschermen (ofwel om het onwenselijke, schadelijke handelen van de mens te voorkomen) strafbepalingen geformuleerd. Iedere strafbepaling veronderstelt dus afkeuring van een bepaalde situatie; datgene wat *niet* geacht kan worden de door de wet bedoelde, ongewenst geoordeelde schending van het rechtsgoed te zijn, moet dan ook buiten de werking van de strafbepaling vallen.¹⁶³

Enigszins in afwijking van Ter Heide en Vermunt, menen Kelk en De Jong, indachtig de waarde die moet worden gehecht aan wat de wetgever zelf met bepaalde strafbaarstellingen (na zorgvuldige afwegingen) heeft bedoeld, dat het sociale karakter van bepaalde handelingen veelal niet een voldoende grond is om een (in beginsel) strafbare gedraging te rechtvaardigen en de strafbaarheid op te heffen. Daar waar Ter Heide en Vermunt de sociale adequatie plaatsen in de sfeer van (de omvang van) strafrechtelijke aansprakelijkheid en de reikwijdte van strafrechtelijke normen, zien Kelk en De Jong de sociale adequatie eerder als een reden om lager of niet te straffen (over de band van het rechterlijk pardon), vanwege de bijzondere bedoelingen van de wetsovertreder in het kader van zijn sociale verantwoordelijkheid.¹⁶⁴

De leer van de materiële wederrechtelijkheid, met – in zekere zin – de leer van de sociale adequatie als bijzondere verschijningsvorm, toont dat wet en norm niet identiek hoeven te zijn.¹⁶⁵ De wet (of preciezer: de delictsomschrijving) omvat een beschrijving van 'door de wetgever vertypiseerd onrecht' en indiceert slechts de wederrechtelijkheid, onafhankelijk van de persoon van de concrete dader en van een concrete feitelijke en juridische

160 Kelk & De Jong 2019, p. 181.

161 Kelk & De Jong 2019, p. 182.

162 Vermunt 1984, p. 120.

163 Machielse 1979, p. 38.

164 Kelk & De Jong 2019, 183-184.

165 Ter Heide 1965, p. 118.

handelingssituatie.¹⁶⁶ De norm kan met die vooronderstelling overeenkomen, maar kan ook afwijken, bijvoorbeeld omdat de norm wordt ingekleurd door gezichtspunten van geoorloofdheid, met inachtneming van alle reële elementen van de concrete situatie in het licht van (ook niet strafrechtelijke) regels van en contextuele factoren binnen de gehele rechtsorde.

De wetgever heeft bepaalde gedragingen strafbaar willen stellen die (nagenoeg) overeenkomen met de opvattingen die heersen in een samenleving; de wetgevende macht wordt immers mede gevormd door de volksvertegenwoordiging. Dat de redactie van de strafbepaling en de bedoeling van de wetgever (en daarmee de heersende opvatting in de samenleving) niet altijd overeen (lijken te) komen is echter een gegeven. Normen worden niet alleen gebaseerd op de 'zedelijke overtuiging der natie', maar (ook) op het resultaat van samenhandelen tussen subjecten.¹⁶⁷ Termen als mishandeling, ontucht en wederrechtelijk zijn relatief open normen en multi-interpretabel (zeker in het licht van bijzondere contexten). De strafrechter zal dus moeten nagaan of de gedraging naar zijn aard en in zijn context overeenkomt met de delictsbestanddelen of de betekenis van wederrechtelijkheid in de betreffende casus. Bij interpretatie van bestanddelen en/of de wederrechtelijkheid is aandacht voor de aard en context van de gedraging essentieel. Beantwoording van de vraag of de gedraging heeft plaatsgevonden binnen het verwachtingspatroon van de maatschappelijke participanten heeft, in de visie van Ter Heide, zijn weerslag op het oordeel omtrent de toepasselijkheid van de strafrechtelijke norm ofwel de wettelijke delictsommschrijving.

Dat werpt de vraag op of een oordeel van de rechter over de maatschappelijke wenselijkheid van gedrag in het kader van restrictieve interpretatie past in het staatsrechtelijk bestel in het licht van de scheiding der machten. Mevis is in dit kader huiverig voor de situatie waarbij de rechter 'zijn mening (...) stelt in plaats van dat van de wetgever. Daarmee gaat hij zijn positie, maar ook zijn taak, te buiten.'¹⁶⁸ Voor de gevallen waarin de wetgever bij het 'vertypiseren' van het onrecht, de betreffende situatie heeft verdisconteerd¹⁶⁹ lijkt er weinig ruimte voor rechterlijk activisme. Als het betreffende geval de wetgever niet voor ogen stond bij het opnemen van de strafbepaling in de strafwet (of wanneer de wetgever reeds expliciet heeft geduid dat daaronder het betreffende geval niet moet worden begrepen) lijkt de ruimte voor de rechter om tot restrictieve interpretatie over te gaan groter. Daar waar het nooit de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest dat de strafbepaling op een concreet geval zou worden toegepast, is de ruimte voor restrictieve interpretatie door de rechter het grootst. Het is dan echter de rechter zelf die dat zal moeten inschatten.

166 Dupont 1993, p. 134.

167 Ter Heide 1965, p. 75-76.

168 Mevis 2000, p. 30.

169 En er dus daadwerkelijk sprake is van 'in plaats van'.

De vraag hoe een gedraging als sociaal adequaat kan worden aangemerkt en de kwestie in hoeverre de sociale adequatie als grondslag kan dienen voor straffeloosheid bij gedragingen die zijn verricht in bijzondere contexten komen in hoofdstuk 4 aan de orde.

2.2.4 Verwijtbaarheid

2.2.4.1 Verwijtbaarheid als element

Een menselijke gedraging die onder een wettelijke delictsomschrijving is te brengen en wederrechtelijk is, moet om strafrechtelijk relevant te zijn ook aan de verdachte verweten kunnen worden: de verdachte moet in staat zijn geweest de (niet gerechtvaardigde) rechtsgoedkrenking of gevaarstelling te vermijden.¹⁷⁰ Het gaat bij de beoordeling hiervan niet om de objectieve mogelijkheid dat voor een andere gedraging had kunnen worden gekozen, maar om een op de persoon van de dader toegesneden oordeel, om de keuzemogelijkheid die hij, mede gelet op zijn (subjectieve) kennis van de werkelijkheid, had.¹⁷¹ Als de verdachte, gezien de (subjectieve) kennis van de werkelijkheid, heeft besloten tegen de rechtsnorm in te gaan, terwijl hij in staat was die te volgen, is sprake van verwijtbaarheid.¹⁷² Relevant in dezen is dus of de normovertreding was te vermijden ofwel of door verdachte anders kon worden gehandeld.¹⁷³ In de woorden van Kelk en De Jong: het gaat erom of hij ‘het kon helpen’ dat hij de norm heeft overtreden.¹⁷⁴

Ter Heide onderscheidt in dezen materiële schuld van formele schuld: ‘De formele schuld is het “kunnen moeten” van de normale mens. De materiële schuld is het “kunnen moeten” van de verdachte in het concrete “gebeuren”.’¹⁷⁵ De belangrijkste vraag bij de beoordeling van de verwijtbaarheid, welke overigens net als het element wederrechtelijkheid wordt voorondersteld wanneer aan de eerste twee voorwaarden voor strafbaarheid is voldaan, is wat in dat concrete ‘gebeuren’ van de verdachte kan worden geëist. Jonkers stelt aan de hand van een concreet voorbeeld:

‘Mijn vriend geeft mij toestemming met “zijn” auto naar Amsterdam te rijden. Die auto heeft hij echter gestolen, hetgeen ik onmogelijk kon weten of bevroeden. Door met die auto te rijden handel ik objectief fout; ik mag immers niet zonder toestemming van de rechthebbende diens auto gebruiken. Aangezien ik echter wist noch kon weten, dat ik objectief fout was, ga ik subjectief vrijuit.’¹⁷⁶

170 Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 57.

171 Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 51.

172 Vellinga 1982, p. 43-44.

173 Pompe 1959, p. 145; Politoff & Koopmans 1988, p. 99.

174 Kelk & De Jong 2019, p. 242. Zo ook Pompe: ‘Dit verwijt is mogelijk, omdat de dader *het helpen kon* [mijn cursivering, SB], dat hij wederrechtelijk handelde (...)’ Pompe 1959, p. 145.

175 Ter Heide 1965, p. 122-123. Volgens hem loopt de onderscheiding tussen materiële en formele schuld parallel met die van de wederrechtelijkheid in materiële en formele wederrechtelijkheid.

176 Jonkers 1984, p. 19.

Aan deze benadering ligt ten grondslag het adagium ‘geen straf zonder schuld’: de overheid kan haar strafmacht niet uitoefenen zonder dat de te bestraffen burger een verwijt kan worden gemaakt.¹⁷⁷ Als uitgangspunt geldt in het strafrecht ‘het mensbeeld van de toerekenbare en verantwoordelijke persoon’.¹⁷⁸ Dit uitgangspunt kan teniet worden gedaan ingeval er gegronde redenen zijn aan de juistheid van de veronderstelling te twijfelen, bijvoorbeeld wanneer sprake is van een schulduitsluitingsgrond.¹⁷⁹

In dit onderzoek ligt de nadruk op de strafwaardigheid en strafbaarheid van de gedraging in of vanwege de context. Dat brengt met zich dat (niet de ogen ervoor zullen worden gesloten, maar dat) in mindere mate aandacht zal zijn voor van de verdachte afhankelijke factoren die zien op de verwijtbaarheid. Het is namelijk, zoals ook explicieter zal blijken in hoofdstuk 4, te danken aan bijzondere kenmerken van de context dat gedragingen die daarin verricht zijn anders (moeten) worden beoordeeld. Het gaat er dan om of de bijzonderheid van de context maakt dat niet kan worden gesproken van onrecht, ofwel: strafwaardig of strafbaar gedrag. Het gaat er niet om ‘of van de dader in de context van de omstandigheden van het geval redelijkerwijze mocht worden gevergd dat hij anders – en wel: niet-wederrechtelijk – had gehandeld dan hij heeft gedaan.’¹⁸⁰ De rechter komt zelfs niet meer aan een beoordeling omtrent die kwestie toe, indien vanwege de bijzonderheid van de context reeds geen sprake is van onrecht en (daardoor) strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt uigesloten. Een en ander neemt overigens niet weg dat een beroep op afwezigheid van alle schuld, in het bijzonder dwaling omtrent de vraag of sprake is van een verrichte gedraging in een bijzondere context, in uitzonderingsgevallen in de rede kan liggen. Echter is het algemene, gangbare beoordelingskader van dwaling omtrent de feiten of dwaling omtrent het recht van toepassing en niet een op de context gedifferentieerde benadering van strafwaardigheid of strafbaarheid, zoals die zal blijken in het vervolg van dit onderzoek.

2.2.4.2 *Culpa*

Schuld in de zin van verwijtbaarheid betreft het veronderstelde element en laatste voorwaarde voor strafbaarheid. Indien schuld echter als bestanddeel is opgenomen in de tenlastelegging, spreekt men van *culpa* en heeft er, in de opvatting van de Hoge Raad, een wijziging plaatsgevonden in de structuur van het strafbare feit, in die zin dat schuld – de grove onachtzaamheid,¹⁸¹ ofwel verwijtbare en aanmerkelijke onvoorzichtigheid¹⁸² – een te bewijzen

177 Keupink 2011, p. 44.

178 Kelk & De Jong 2019, p. 243.

179 Zie hieromtrent nader: par. 2.3.4.2.

180 Kelk & De Jong 2019, p. 242.

181 Kelk & De Jong 2019, p. 296.

182 De Hullu 2021, p. 251.

(subjectief) bestanddeel betreft. Daarmee ziet *culpa* op de eerste voorwaarde voor strafbaarheid: de menselijke gedraging.

Ter onderscheiding van schuld in de zin van verwijtbaarheid – het element, de laatste voorwaarde voor strafbaarheid – is een korte duiding van schuld als bestanddeel en (in het bijzonder) de voor dit onderzoek relevante aspecten ervan desalniettemin aangewezen. *Culpa* bestaat uit een objectieve zijde (die de wederrechtelijkheid van de gedraging omvat en daarmee de aanmerkelijke onvoorzichtigheid behelst) en een subjectieve zijde (die de verwijtbaarheid van de verdachte omvat en daarmee de verwijtbare onvoorzichtigheid behelst). Indien er een culpoos delict is of lijkt te zijn gepleegd in of vanwege een bijzondere context en als de verdachte zich moet verantwoorden voor zijn gedrag ten overstaan van de strafrechter, zal bij de beoordeling van de objectieve zijde onder andere worden stilgestaan bij de kwestie of sprake is van een (aantal) normoverschrijding(en) en de vraag of verdachte ter zake anders had moeten handelen.¹⁸³ In dit kader kan de bijzondere context waarin de gedraging is verricht worden meegenomen. De bijzonderheid van de context kan immers relevant zijn bij de beoordeling of sprake is van een ‘geoorloofd risico’. De aanmerkelijke onvoorzichtigheid kan namelijk alleen worden vastgesteld ‘door het gedrag van de dader te toetsen aan een in de gegeven omstandigheden toepasselijke zorgplicht of zorgvuldigheidsnorm.’¹⁸⁴ Het nemen van risico’s is in het maatschappelijk verkeer echter onvermijdelijk en het is heel wel mogelijk dat het gedrag dat plaatsvindt in of vanwege een bijzondere context binnen de (voor die betreffende context geldende) marges blijft van het geoorloofde risico.¹⁸⁵ Het feit dat de gedraging heeft plaatsgevonden in of vanwege een bijzondere context kan dus onder omstandigheden in de weg staan aan het oordeel dat sprake is van een normoverschrijding ofwel van ‘anders moeten handelen’, hetgeen meebrengt dat de gedraging niet aanmerkelijk onvoorzichtig is.

Verwijtbaarheid als voorwaarde voor strafbaarheid vormt samen met wederrechtelijkheid als voorwaarde voor strafbaarheid – immers: zonder wederrechtelijkheid kan er geen sprake zijn van een strafrechtelijk verwijt – als het ware het te bewijzen bestanddeel ‘schuld’, dat in delictsom schrijvingen tot uiting komt in termen als ‘aan wiens schuld te wijten’, ‘weet of redelijkerwijs moet vermoeden’, ‘ernstige reden heeft om te vermoeden’ en ‘onachtzaamheid’.

183 Of de verdachte anders had *kunnen* handelen betreft een vraag die wordt beantwoord in het kader van de beoordeling van de subjectieve zijde van culpa, de eerder besproken verwijtbaarheid.

184 Kelk & De Jong 2019, p. 301.

185 In de context van sport en spel liggen de marges van het geoorloofde risico bijvoorbeeld anders dan daarbuiten.

2.2.4.3 'Zumutbarkeit'?

In de Duitse doctrine komt de figuur voor die wordt aangeduid als de leer van de *Zumutbarkeit*. Deze leer is weliswaar niet algemeen aanvaard, maar heeft volgens Langemeijer wel meer aanhang gevonden dan bijvoorbeeld de leer van de materiële wederrechtelijkheid.¹⁸⁶ Ten grondslag aan deze leer ligt de idee dat er een kloof bestaat tussen de schuld als legitimering voor straf en de schuld als positiefrechtelijk begrip. Freudenthal constateerde:

'Jury's komen soms tot vrijspraak in gevallen waarin wij volgens de geldende wet tot een veroordeling gekomen waren. Velen onder ons zullen dan als jurist verontrusting maar als mens bevrediging hebben gevoeld, indien onder de omstandigheden alleen een farizeeër de beklaagde een verwijt had kunnen maken van zijn gedrag dat voor ons volkomen begrijpelijk is.'¹⁸⁷

Hij stelde een mogelijkheid voor om de dader ongestraft te laten wanneer het *niet* begaan van het delict *niet* van de dader kon worden geveegd. Met andere woorden: schuld zou ook 'vergbaarheid' omvatten. Wanneer de rechter oordeelt dat de (toch) verrichte daad, gezien de omstandigheden, redelijk was, zou hij de verdachte, van wie niet kon worden geveegd anders te handelen, niet veroordelen.

Langemeijer legt de leer van de *Zumutbarkeit* uit als een soort billijkheidscorrectie:

'De leer der *Zumutbarkeit* loochent de schuld in die gevallen waarin de dader wel het feitelijk karakter van zijn doen overzag, ook wel zich van het ongeoorloofde ervan bewust was, ook volkomen toerekeningsvatbaar is en ook niet onder een zo overweldigende druk van omstandigheden heeft gestaan dat normale besluitvorming uitgesloten was, maar waarin men zich toch af kan vragen of veel mensen de moed zouden hebben gehad anders te handelen.'¹⁸⁸

Illustratief zijn twee zaken die hebben gespeeld bij het *Reichsgericht*. De eerste zaak betreft het zogenaamde '*Leinenfänger-fall*'. Een koetsier moest van zijn baas, die dreigde hem te ontslaan als hij het niet zou doen, een gevaarlijk paard mennen. Het paard had de gewoonte om geregeld de lijnen tussen staart en achterbeen te 'grijpen'. Hoewel de koetsier bewust was van het mogelijke gevaar (en zelfs zijn baas op het gevaar had gewezen), reed hij uit en veroorzaakte hij, vanwege het daadwerkelijk grijpen van de lijn door het paard en het niet meer kunnen bedwingen van het paard, een ongeluk waarbij een voorbijganger werd aangereden en verwond.

De andere zaak betrof het geval waarin een vader, uit piëteit voor de wens van zijn overleden vrouw en op dringend smeken van de 15-jarige

186 Langemeijer 1950, p. 10.

187 Freudenthal 1922, p. 1; vertaling ontleend aan: Politoff & Koopmans 1991, p. 49.

188 Langemeijer 1950, p. 10.

zieke dochter zelf, er niet toe te bewegen was zijn dochter tijdig naar het ziekenhuis te brengen. De dochter sterft uiteindelijk aan de gevolgen van een bloedvergiftiging.¹⁸⁹ In beide gevallen komt de vraag terug of van de betreffende verdachte kon worden gevergd anders te handelen; het *Reichsgericht* oordeelde van niet.¹⁹⁰

De vraag rijst of in de strafrecht dogmatiek ‘ten onzent’ ruimte is (of zou moeten zijn) voor een dergelijke leer, bijvoorbeeld om recht te doen aan het bijzondere karakter van de gedraging die past binnen een context waarin die tot uiting komt. De vraag of er ruimte *is* lijkt zeer genuanceerd te moeten worden beantwoord. De vergaardheid kan weliswaar als gezichtspunt worden betrokken bij de beoordeling van *culpa*, omissiedelicten en/of de vereisten van strafuitsluitingsgronden, maar een negatief antwoord op de vraag of van verdachte, gezien de omstandigheden, kon worden gevergd anders te handelen, levert op zichzelf geen schuld uitsluiting op.¹⁹¹ De correctie zou verder eventueel kunnen worden toegepast bij de strafoplegging door een lagere straf op te leggen of door het rechtelijk pardon van art. 9a Sr toe te passen.¹⁹² De vraag of er ruimte *zou moeten zijn* gaat het bereik van dit onderzoek te buiten.¹⁹³ Als gezegd staan in dit onderzoek centraal de strafwaardigheid en strafbaarheid van de gedraging in of vanwege de context, hetgeen op iets anders ziet dan de schuld van de dader.

2.2.5 Vrij en R Emmelink: de leer van de subsocialiteit en ‘pure’ strafuitsluitingsgronden

In zijn afscheidsrede ‘Ter effening’ bij het aftreden als hoogleraar aan de Universiteit van Groningen op 25 oktober 1947 introduceerde Vrij ‘het subsociale’ als mogelijk derde element van het delict.¹⁹⁴ Volgens Knigge poogde Vrij ‘een brug te slaan tussen het klassieke strafrecht en de moderne richting door de doelmatigheid van de straf in dat klassieke strafrecht een

189 Beschrijvingen ontleend aan Van Bemmelen 1931, p. 15

190 Reichsgericht 23 maart 1897, rep. 576/97, *RGSt* 30, 25 (*Leinenfänger*); Reichsgericht 20 januari 1903, rep. 5017/02, *RGSt* 36, 78 (*Blutvergiftung*).

191 Het Nederlandse art. 40 Sr bevat naast de overmacht in de zin van noodtoestand en psychische overmacht geen derde vorm van overmacht, de zogenaamde ‘verontschuldgbare noodtoestand’, aldus het Hof ‘s-Hertogenbosch 31 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:345 en de HR 16 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:598, *NJ* 2019/336 m.nt. P.A.M. Mevis; Vgl. de conclusie van AG Bleichrodt inzake Heringa, PHR 18 december 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1385, onderdelen 61-65, de noot van Mevis onder Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3444, *TvGR* 2015, afl. 6, p. 472-490, i.h.b. onderdeel 14 en zijn noot onder HR 16 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:598, *NJ* 2019/336, onderdeel 3.

192 In een eerder stadium kunnen de omstandigheden uiteraard maken dat de vraag of überhaupt moet worden vervolgd negatief moet worden beantwoord.

193 Zie voor een overzicht van opvattingen: Politoff & Koopmans 1991, p. 165-182.

194 Zie Vrij 1948.

eigen plaats te geven naast wederrechtelijkheid en schuld'.¹⁹⁵ Daar waar de wederrechtelijkheid ziet op onrecht en de schuld ziet op de verwijtbaarheid, ziet de subsocialiteit op het gevaar dat door overtreding van een wettelijk voorschrift in het leven wordt geroepen voor de maatschappij.¹⁹⁶ Als dit gevaar nihil is of ontbreekt, waarbij geen herhalingsdrang van de delinquent bestaat en geen sprake zal zijn van onvoldaanheid bij het slachtoffer, navolgingsneiging van derden en/of ontdaanheid bij vierden, dan dient volgens Vrij strafrechtelijk optreden achterwege te blijven en dient er geen strafrechtelijke aansprakelijkheid te worden aangenomen.¹⁹⁷

De dogmatische aandacht voor de subsocialiteit heeft zich met name geconcentreerd op de plaats die zij moet krijgen in de structuur van het strafbare feit.¹⁹⁸ Omdat men daarvoor geen mogelijkheden of noodzaak ziet, wordt de subsocialiteit doorgaans niet als element erkend, maar subsocialiteit kan wel worden verwerkt in de beoordeling omtrent de normatieve vereisten of de strafrechtelijke aspecten van de wederrechtelijkheid (en de schuld).¹⁹⁹

De leer van subsocialiteit kan worden beschouwd als een uitwerking van de *ultimum remedium*-gedachte die, hoewel die primair is gericht aan de wetgever,²⁰⁰ in de structuur van het strafbare feit met een omweg een plek zou kunnen krijgen en die (daardoor) toegepast zou kunnen worden door de strafrechter. Hoewel Vrij de subsocialiteit presenteerde als element voor bestraffing, naast wederrechtelijkheid en schuld, wordt in de literatuur de subsocialiteit veelal gekoppeld aan de door het openbaar ministerie te beantwoorden opportuniteitsvraag of de mogelijkheid te veroordelen zonder strafoplegging op grond van art. 9a Sr. Vrij heeft zelf overigens aangaande de laatste mogelijkheid eens instemmend gereageerd:

'De vraag naar het subsociale kan, voorzover de rechter de aanwezigheid van dit onmisbaar element in concreto zou willen ontkennen, naar ons positief recht slechts een voorvraag der straftoemeting (bepaling "dat geen straf zal worden toegepast" door de Kantonrechter, art. 398, 9° Sv.) zijn, terwijl het mij geenszins vaststaand lijkt te zijn, dat er de iure constituendo behoefte aan zal bestaan, haar aan de vragen omtrent het strafbaar feit toe te voegen.'²⁰¹

195 Knigge 1993, p. 36-37.

196 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 252.

197 Vrij 1948, p. 17.

198 De Hullu 2021, p. 371-372; Langemeijer 1950, p. 6-18; Van Veen 1952, p. 122-138; Röling 1953, p. 259-287; Nagel 1955, p. 1-26, i.h.b. p. 19; Van Veen 1957, p. 31-52; Mulder 1957, p. 216-245; Rozemond 1965, p. 89-90; Peters 1966, p. 284-287; Van Veen 1973, p. 485-499; Goppel 1973, p. 480-489; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 252; Bogert 2005, p. 150-157; Geelhoed 2013, p. 343-353.

199 De Hullu 2021, p. 372; Van Veen 1973, p. 485-499.

200 Crijns 2012, p. 12. De *ultimum remedium*-gedachte komt in de literatuur met name aan de orde in de context van de criteria voor strafbaarstelling.

201 Vrij 1953, p. 64, voetnoot 15.

In latere publicaties heeft Vrij overigens de subsocialiteit ‘zonder omwegen’ als element van het delict aangemerkt.²⁰²

Met betrekking tot de in dit onderzoek centraal staande bijzondere contexten en bijbehorende excepties, ‘naar ons positief recht’, lijkt het, zoals hierna en in het vierde hoofdstuk zal blijken, mogelijk de subsocialiteit (net als het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid) te betrekken in de kwestie of de gedraging (nog) is aan te merken als gedrag dat binnen de reikwijdte van de strafbepaling valt.²⁰³ Formeelstrafrechtelijk gezien zou de subsocialiteit, anders dan waar in de literatuur de subsocialiteit veelal aan wordt gekoppeld, van belang kunnen zijn bij de kwalificatievraag.²⁰⁴ Dat neemt overigens niet weg dat de subsocialiteit (nog steeds en ook) van belang kan zijn bij de vervolgingsbeslissing en de straftoemeting.

Vanzelfsprekend dient het openbaar ministerie bij de vervolgingsbeslissing rekening te houden met (en te anticiperen op) de te verwachten uitspraak van de rechter. Zo houdt het openbaar ministerie ook rekening met de aannemelijkheid van strafuitsluitingsgronden bij de invulling van de opportuniteitsvraag. Wanneer de kwestie aangaande de subsocialiteit louter een vervolgingskwestie zou zijn, heeft na het instellen van vervolging de rechter geen handvatten die subsocialiteit nog ergens te verwerken. Tevens wordt in deze veronderstelling over het hoofd gezien dat de redenen waarom door het openbaar ministerie wordt of zou moeten worden vervolgd, niet per definitie dezelfde hoeven te zijn als die waarom moet worden gestraft.²⁰⁵ Indien de kwestie aangaande de subsocialiteit slechts aan de orde kan komen bij de vervolgingsvraag en/of bij de straftoemingsvraag, miskent men dat de subsocialiteit iets zegt of kan zeggen over de strafrechtelijke aansprakelijkheid (stelling). Subsocaliteit is namelijk gepresenteerd als *voorwaarde* voor strafbaarheid, *naast* de elementen wederrechtelijkheid en schuld. Een *voorwaarde* om tot bestraffing over te kunnen gaan betreft niet de *invulling* van de straftoemingsvraag, maar is een *vereiste* voordat over straftoemeting wordt nagedacht: voorafgaand aan de toepassing van het rechterlijk pardon moet strafrechtelijke aansprakelijkheid reeds vaststaan. In de woorden van Knigge: ‘Naar mijn mening kan inderdaad gesproken worden van drie afzonderlijke ‘elementen’ (...). Dat de drie te onderscheiden oordelen voor een groot deel gebaseerd zijn op dezelfde feitelijke gegevens is een andere zaak.’²⁰⁶ Linksom of rechtsom brengt dit per saldo mee dat, in geval van gebrek aan subsocialiteit, de

202 Knigge 1987, p. 295, voetnoot 17. Een voorbeeld van een dergelijke publicatie betreft Vrij 1956, p. 473: ‘Ihre sozialpsychische Anwesenheit in engerem oder weiterem Kreis ist das Subsoziale und ergibt dem Delikt sein drittes Element. (...) Diese Minuslage im Sozialen ist ein Teil des Delikts.’

203 Ter Heide meent dat de materiële wederrechtelijkheid en de subsocialiteit qua werking ‘vrijwel identiek’ zijn: Ter Heide 1965, p. 118.

204 Zie hierover nader par. 4.2.1.2.2.

205 Vgl. Peters 1966, p. 286; Kelk & De Jong 2019, p. 35.

206 Vgl. Knigge 1987, p. 295, voetnoot 16.

verdachte niet wordt gestraft. Er is wel een verschil: bij een gebrek aan subsocialiteit, opgevat als het ontbreken van een element, is er geen sprake van strafrechtelijke aansprakelijkheid en wordt verdachte ontslagen van alle rechtsvervolging;²⁰⁷ bij een gebrek aan subsocialiteit, opgevat als een ‘strafcorrectie’ wordt verdachte als dader veroordeeld, maar niet gestraft.²⁰⁸ Deze laatste route hoeft niet onjuist of onzuiver te zijn – bijvoorbeeld indien de kwestie aangaande de subsocialiteit een ‘voorraag’ zou kunnen zijn voorafgaand aan strafoplegging – maar in sommige gevallen, bijvoorbeeld in bijzondere contexten, is er heel wat voor te zeggen de subsocialiteitskwestie te betrekken bij de voorwaarden voor bestraffing.²⁰⁹ Het strafvorderlijk beslissingsmodel lijkt alleen niet veel ruimte²¹⁰ te bieden voor verwerking van subsocialiteit als element, hetgeen wellicht ten grondslag ligt aan het feit dat Vrij de subsocialiteitskwestie – blijkend uit het hiervoor geciteerde – ‘naar ons positief recht’ als ‘voorraag der straftoemeting’ wilde hanteren.

Hand in hand met de idee van Vrij gaat de leer van de ‘pure’ strafuitsluitingsgronden van Rammelink.²¹¹ Ook daarbij spelen de maatschappelijke gevolgen een centrale rol bij de beoordeling of sprake is van strafbaarheid. Een verdachte dient volgens Rammelink namelijk straffeloos te blijven indien hij, ondanks het zich in beginsel schuldig maken aan een strafbaar feit, heeft bewerkstelligd dat het maatschappelijk meest ongewenste of fatale gevolg (‘het grootste onrecht’) van zijn handelen uitblijft.²¹² In beginsel strafbaar handelen moet volgens Rammelink worden beoordeeld in zijn maatschappelijke context. Wanneer iemand bijvoorbeeld de partner met succes ertoe brengt om het kind te verdrinken, maar als het kind reeds in het water ligt en dreigt te verdrinken, hij de ander ertoe brengt om het alsnog weer uit het water te halen, is er weliswaar sprake van uitlokking tot doodslag, maar volgens Rammelink kan dit niet worden geacht strafbaar te zijn, nu er sprake is van een ‘pure’ strafuitsluitingsgrond. Het optreden van de dader na het plegen van het strafbare feit zou moeten leiden tot straffeloosheid, zonder dat dat optreden zag op de wederrechtelijkheid van de gedraging of de verwijtbaarheid van de dader. Het uitblijven van het grootste onrecht, in andere woorden: het uitblijven van krenking van het rechtsgoed, maakt dat een strafrechtelijke reactie dient uit te blijven.

207 Vgl. Knigge 1993, p. 37.

208 Vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 186. Het verschil in benadering brengt wel gevolgen met zich. Zie hierover nader par. 5.2.5.

209 Ingegeven door de kenmerken van subsocialiteit kan bijvoorbeeld worden gesteld dat de norm niet voor het betreffende geval geschreven is. Van de veronderstelde subsocialiteit blijkt in het betreffende geval geen sprake. Zie hierover nader par. 4.2.1.2.2.

210 Maar wel enige ruimte. De kwestie omtrent subsocialiteit kan namelijk in relatie worden gebracht met de vraag of er sprake is van een krenking of gevaarstelling van een achterliggend rechtsgoed. Dit kan raken aan de kwestie of sprake is van formele en materiële wederrechtelijkheid. Zie nader par. 4.2.1.2.2, 4.2.2.2.1 en 4.2.2.3.

211 Hazewinkel-Suringa/Rammelink 1996, p. 268.

212 Hazewinkel-Suringa/Rammelink 1996, p. 268.

Het gaat bij de 'pure' strafuitsluitingsgronden dus niet zozeer om het van straf vrijwaren van de pleger die 'geen schuld had' of 'iets wederrechtelijks deed', als wel om het in het vooruitzicht stellen van straffeloosheid, ondanks schuld aan een wederrechtelijke gedraging.²¹³ Hieruit blijkt opnieuw de gelijkenis met de subsocialiteit van Vrij.

Als voorbeeld hanteert R Emmelink het (in 1994 vervallen) tweede lid van art. 134bis Sr, waarin het ontbreken van de vrijwillige terugtred was geformuleerd als bestanddeel van de poging.²¹⁴ Tegenwoordig kan als voorbeeld dienen de regeling omtrent de vrijwillige terugtred van art. 46b Sr die meer als exceptie ofwel bijzondere strafuitsluitingsgrond²¹⁵ is geformuleerd: 'Vorbereiding noch poging bestaat indien het misdrijf niet is voltooid ten gevolge van omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk.' De precieze aard van de exceptie (door Machielse gedefinieerd als 'een pure, utilitaire strafuitsluitingsgrond')²¹⁶ is aan discussie onderhevig,²¹⁷ maar een beroep op de vrijwillige terugtred wordt in formeelstrafrechtelijk beschouwd als verweer waarop op grond van art. 358, derde en vijfde lid, en art. 359, tweede en achtste lid, bij het niet aanvaarden daarvan bepaaldelijk een met redenen omklede beslissing moet worden gegeven en dat bij het wel aanvaarden leidt tot ontslag van alle rechtsvervolgning.²¹⁸

Volgens Van Veen is er 'veel voor te zeggen' alle algemene geschreven strafuitsluitingsgronden als 'pure' strafuitsluitingsgronden te beschouwen.²¹⁹ Volgens hem eist de wet niet dat *alle* verwijtbaarheid ontbreekt of dat de wederrechtelijkheid *in het geheel* is uitgesloten, maar zijn er door de wetgever omstandigheden genoemd die ten grondslag kunnen liggen aan straffeloosheid. Als de geschreven strafuitsluitingsgronden als 'pure' strafuitsluitingsgrond worden opgevat, wordt erkend dat strafuitsluiting gekoppeld is aan die omstandigheden en dat een nog aanwezig restje wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid – 'geen schrijver, geen rechter stelt de eis, dat de verdachte (...) de allerbeste manier van reageren heeft gekozen' – bij adequaat handelen in de door de wetgever aangewezen omstandigheden aanvaardbaar is en niet *per se* tot straf behoort te leiden.²²⁰ Er komt volgens hem geen element te ontbreken, maar er wordt vergeven ofwel: er wordt straffeloosheid beloofd.

213 Van Veen 1978, p. 512.

214 Knigge 1987, p. 290; Wolswijk 2001, p. 701-703.

215 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 406; Kelk & De Jong 2019, p. 453.

216 Machielse 2005, p. 420.

217 De Hullu prefereert een behandeling als ('pure') strafuitsluitingsgrond, De Hullu 2021, p. 409; Lindenberg en Wolswijk prefereren een behandeling als een kwalificatie-uitsluitingsgrond, Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 270-271.

218 HR 12 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6095, *NbSr* 2005/195; Rb. Groningen 20 januari 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BP1497; Rb. Noord-Holland 1 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:9430;

219 Van Veen 1978, p. 513.

220 Van Veen, p. 512 en 513.

Volgens Kelk kan van de ‘pure’ strafuitsluitingsgrond worden gezegd dat deze een bijzondere categorie vormt die gelijkenissen vertoont met de in 1946 ‘geïntroduceerde’ noodzakelijkheid de overspanning van het strafrecht te vermijden.²²¹ Het ging in deze schrijvende zaak²²² weliswaar om een beroep op psychische overmacht en de rol van de *Garantenstellung* bij de beoordeling daarvan, maar de Bijzondere Raad van Cassatie overwoog dat in casu aansprakelijkheid voor de werking van het strafrecht begrensd is. Om met de woorden van Kelk te spreken: een bepaald soort situaties ‘leent zich eigenlijk niet meer voor een oordeel van de aardse rechter en dient daarvan te worden ontheven.’²²³

2.3 VORM: MODALITEITEN VAN UITSLUITING VAN STRAFRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID

2.3.1 Inleiding

Aan de hand van de voorwaarden voor strafbaarheid is in het voorgaande een overzicht geschetst van de inhoudelijke, materieelstrafrechtelijke aspecten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De vervulling van de voorwaarden voor strafbaarheid vormt de basis voor legitimering van strafoplegging. Het niet laten plaatsvinden van strafoplegging kan dus (mede) mogelijk worden gemaakt door het betwisten van een (of meerdere) voorwaarde(n). Hoe een en ander formeelstrafrechtelijk plaats krijgt in het ‘realiseren’ van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid verdient net zo goed nadere aandacht: zonder strafprocesrechtelijke effectuering kan immers geen recht worden gedaan aan de bijzonderheid van de contexten die centraal staan in dit onderzoek. Naast de *inhoud* is de *vorm* net zo van essentiële waarde. In het navolgende wordt daarom, voor zover relevant voor dit onderzoek, een overzicht (in vogelvlucht) gegeven van de strafprocesrechtelijke aspecten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, met bijzondere aandacht voor de verschillende modaliteiten die de rechter kan toepassen om in concrete strafzaken tot niet-strafbaarheid te concluderen. In de beschrijving wordt kort en in algemene

221 BRvC 24 juni 1946, *NJ* 1947/149; Kelk & De Jong 2019, p. 409–410.

222 Beschrijving ontleend aan Kelk & De Jong 2019, p. 359: een illegaal werker is, na door de *Sicherheitsdienst* te zijn gearresteerd en te zijn mishandeld, gedwongen te spreken over de verzetsgroep waartoe hij behoorde. De *Sicherheitsdienst* oefende druk uit op de verzetsman door te dreigen dat van twee jonge Joodse kinderen voor zijn ogen en in het bijzijn van hun moeder de armen en benen zouden worden afgebroken. Hij zwichtte nadat de moeder op de verzetsman afvloog, hem trapte en sloeg en hem had toegeschreeuwd toch te spreken. De Bijzondere Raad van Cassatie oordeelde dat het in casu een overspanning van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zou betekenen als aan de verzetsman, ondanks de hogere eisen die aan hem moeten worden gesteld, in deze omstandigheden de eis van zelfopoffering te stellen.

223 Kelk & De Jong 2019, p. 359.

zin de diversiteit aan modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid geduid. De juridisch-systematische zoektocht naar de (juiste) plaats(en) van contextgebonden excepties wordt hiermee van een basis voorzien. Deze wordt in hoofdstuk 5 verder (normatief) uitgewerkt, waarin de relevante modaliteiten nader worden toegelicht en geproblematiseerd, waarbij de verschillende modaliteiten in relatie worden gebracht met de contextgebonden excepties.

Zoals in het voorgaande is gememoreerd, heeft de wetgever niet bedoeld een *stelsel* van excepties in het Wetboek van Strafrecht op te nemen. Bewust is aan de wetenschap en de rechter op het terrein van de dogmatiek de nodige ruimte gegeven, daar waar de wetgever zich, indien mogelijk, heeft ver gehouden van een keuze voor een bepaalde dogmatische opvatting.²²⁴ Tegenwoordig kennen we (mede dankzij diverse strafvorderlijke regels) een bestendig systeem, dat desalniettemin niet vrij is van onduidelijkheden. Diverse concrete strafzaken laten zien dat scherpe grenzen tussen excepties lijken te ontbreken en (dus) verschillend wordt omgegaan met contextgebonden excepties.²²⁵ Zo kunnen ze verschillende gedaanten aannemen of toegedicht krijgen, zoals bewijsuitsluitingsgronden,²²⁶ kwalificatieuitsluitingsgronden,²²⁷ en strafuitsluitingsgronden, hetgeen – bij succesvolle beroepen daarop – leidt tot verschillende einduitspraken. Volgens Bogert, en in navolging daarop ook De Hullu, hangt deze problematiek vermoedelijk samen met het feit dat de wetgever niet een principiële indelingsmechanisme lijkt te hebben gehanteerd.²²⁸ De vraag blijft overeind hoe contextgebonden uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid gestalte kan krijgen.

In het navolgende overzicht wordt daartoe in kaart gebracht welke aspecten in het beslissingsschema van art. 350 Sv in het geding kunnen zijn. De (naar *inhoud* van elkaar te onderscheiden) verschillende modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid zullen worden gerubriceerd onder (naar *vorm* van elkaar te onderscheiden) ‘bewijsuitsluitingsgronden en -verweren’, ‘kwalificatie-uitsluitingsgronden en -verweren’ en ‘strafuitsluitingsgronden en -verweren’.

224 Van Veen 1986, p. 350, 351.

225 In de hoofdstukken 3 en 4 worden deze strafzaken gepresenteerd en geanalyseerd.

226 De bewijsuitsluitingsgrond ziet op het strafprocesrechtelijke aspect dat (een delictsbestanddeel niet kan worden bewezen en daarmee) het ten laste gelegde feit niet kan worden bewezen. Op die manier wordt strafrechtelijke aansprakelijkheid uitgesloten, en wel over de band van de eerste vraag van art. 350 Sv.

227 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 bewezenverklarde (tweede vraag van art. 350 Sv), terwijl het succesvol inroepen van een bewijsuitsluitingsgrond leidt tot het niet kunnen worden bewezen van de ten laste gelegde gedraging.

228 Bogert 2005, p. 55-142; De Hullu 2021, p. 286-287.

2.3.2 Bewijsuitsluitingsgronden en -verweren

Diverse gronden kunnen leiden tot de conclusie dat niet alle ten laste gelegde (en daarmee: te bewijzen) bestanddelen kunnen worden bewezen. De bewijsuitsluitingsgronden en -verweren zien daarmee op de eerste materiële vraag van art. 350 Sv. Indien het ten laste gelegde feit niet kan worden bewezen, dient de verdachte op grond van art. 352, eerste lid, Sv te worden vrijgesproken. De gronden kunnen zien op (de betrouwbaarheid van) het bewijs van de bestanddelen zelf, alsmede op de betekenis die moet worden toegekend aan de afzonderlijke bestanddelen. Deze gronden kunnen een formeel en een materieel karakter te hebben. Bij een *formele* bewijsuitsluitingsgrond moet worden gedacht aan de situatie waarin (een bestanddeel van) de tenlastelegging wegens een strafvorderlijke oorzaak niet kan worden bewezen, bijvoorbeeld omdat sprake is van een onrechtmatig verkregen bewijsmiddel dat vanwege de onrechtmatigheid van die verkrijging wordt uitgesloten. Bewijsuitsluiting kan op grond van art. 359a Sv volgen indien, kort gezegd, sprake is van een onherstelbaar vormverzuim. Bij de beoordeling hieromtrent dient rekening te worden gehouden met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat door het onherstelbare vormverzuim wordt veroorzaakt.

Voor dit onderzoek vragen niet de *formele* bewijsuitsluitingsgronden, maar juist de *materiële* bewijsuitsluitingsgronden de focus. De te bespreken contextgebonden excepties houden namelijk verband met de materiële aspecten van bewijsuitsluiting: het vanwege inhoudelijke gronden niet kunnen bewijzen van de expliciet en impliciet ten laste gelegde beschuldiging.

2.3.2.1 *Delictsbestanddeelsluitingsgrond en Dakdekkerverweer*

De rechter dient op grond van art. 350 Sv ‘op den grondslag der telastlegging en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting’ te beraadslagen over (onder andere) de vraag of het bewezen is dat het feit door de verdachte is begaan. De rechter is door de grondslagleer strikt gebonden aan de tenlastelegging die leidend is voor het proces van bewijzen,²²⁹ waarbij bewijzen kan worden omschreven als het ‘aantonen dat in redelijkheid niet kan worden getwijfeld aan de juistheid van het verwijt dat aan de verdachte wordt gemaakt’.²³⁰ De te bewijzen aansprakelijkheidsvoorwaarden in de tenlastelegging omvatten veelal de bestanddelen van de relevante delictsomschrijving. Voor de rechter komt het bij de bewijsbeslissing geregeld aan op het invullen van eventuele interpretatieruimte om recht

229 Taverne en Melai kenmerkten die strikte gebondenheid als de ‘onredelijke tirannieke macht der dagvaarding’ of ‘de tyrannie’ van de tenlastelegging: Taverne 1918, p. 31; Melai, 1963, p. 480-496. Zie ook: Boksem 1996, p. 140.

230 Zie Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 795.

te doen aan de te beoordelen gedraging. Indien met succes (op zijn minst) twijfel kan worden gezaaid over de bewijsbaarheid van een bestanddeel, behoort de verdachte het voordeel van de twijfel te genieten en dient hij door de rechter te worden vrijgesproken. De verdediging zal dus veelal op zoek gaan naar mogelijkheden twijfel te zaaien omtrent een te bewijzen bestanddeel of zelfs alternatieve scenario's aandragen om te voorkomen dat de tenlastelegging in zijn geheel kan worden bewezen.

Naast de feitelijke verweren omtrent het al dan niet vervullen van een bestanddeel, bestaan verweren die zien op de materieelrechtelijke inhoud en betekenis van het te bewijzen bestanddeel.²³¹ In dat geval ontkent de verdachte niet dat hij zich als zodanig heeft gedragen, maar verweert hij zich door de betekenis van een term in de tenlastelegging, die aan de wet is ontleend, in twijfel te trekken: het verweer strekt er dan toe, dat aan de betreffende term een bepaalde juridische betekenis moet worden toegekend en dat uitgaande van die betekenis het ten laste gelegde feit niet bewezen kan worden verklaard.²³² Het aspect van kwalificatie wordt, vanwege het feit dat de betreffende term is opgenomen in de tenlastelegging, 'gepromoveerd' tot aspect van bewijs. Dit verweer, wordt naast 'Dakdekkerverweer',²³³ daarom ook pseudo-bewijsverweer, pseudo-kwalificatieverweer of impliciet kwalificatieverweer genoemd.

2.3.2.2 Meer en Vaart-verweren

Een ander voorbeeld van een interpretatief verweer als het Dakdekkerverweer is het Meer en Vaart-verweer.²³⁴ Een dergelijk verweer duidt op de situatie dat de verdachte een verweer voert dat ertoe strekt een bewezenverklaring achterwege te laten op grond van een lezing van de gebeurtenissen die niet strijdig is met (en dus niet weerlegd wordt door) de bewijsmiddelen.²³⁵ Er is dan sprake van een 'gat' in de bewijsvoering dat niet door de bewijsmiddelen is opgevangen. Er is sprake van een (succesvol) Meer en Vaart-verweer als de verdachte een niet te onwaarschijnlijk (alternatief) scenario aandraagt dat niet onverenigbaar is met – naar achteraf blijkt – de gebezigde bewijsmiddelen, terwijl uitgaande van dat scenario niet tot een bewezenverklaring van het wel aangenomen scenario kan worden gekomen nu het geschetste alternatief daar te waarschijnlijk is of in elk geval te weinig onwaarschijnlijk.²³⁶

231 Zie in dit kader ook Grapperhaus & De Rooij 1989, p. 115-135.

232 Zie Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 919.

233 HR 16 februari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC7516, NJ 1982/411.

234 HR 1 februari 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3369, NJ 1974/450 m.nt. Th.W. van Veen; AA 1973, p. 514 m.nt. G.E. Mulder.

235 Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 917.

236 Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 917-919.

2.3.2.3 *Daderschapsuitsluitingsgrond/aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond*

Met betrekking tot enkele, specifieke strafbaarstellingen kunnen zich ook specifieke gronden voordoen die zorgen voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. In gevallen waarin de wet bijvoorbeeld een zorgplicht oplegt, moet degene tot wie de zorgplicht gericht is de nodige maatregelen treffen om te voldoen aan die zorgplicht. Met name in oude bijzondere (economische ordenings)wetgeving komen dergelijke zorgplichten voor. Een in de literatuur veelbesproken voorbeeld betreft het oude art. 76, tweede lid, Arbeidswet, waarin aan de werkgever de plicht werd opgelegd om ervoor te zorgen dat in zijn onderneming niet in strijd met de wet wordt gewerkt en de regelingen omtrent arbeidstijden in acht worden genomen.²³⁷ De strafbaarheid van de werkgever wordt geconstrueerd via een daderschapsvermoeden, maar indien het fatale gevolg is ingetreden en de werkgever kan aantonen dat hij de nodige maatregelen heeft getroffen en het nodige toezicht heeft gehouden, dan wordt hij desalniettemin geacht wèl te hebben gezorgd in de zin van de wet.²³⁸ Daarmee kan het ten laste gelegde feit niet worden bewezen. Vergelijkbare bepalingen in dezen zijn het oude art. 29, tweede lid, Veiligheidswet en het oude art. 3 Rijttijdenwet.

2.3.2.4 *'Culpa'-uitsluitingsgrond en 'wederrechtelijkheid-als-bestanddeel'-uitsluitingsgrond*

Indien sprake is van een culpoos delict of van een delict waarin de wederrechtelijkheid (expliciet of impliciet) is opgenomen in de tenlastelegging, worden de verweren die tot doel hebben het elimineren van die betreffende bestanddelen – hoewel zij normaal gesproken doorgaan als strafuitsluitingsgronden, die zien op de elementen wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid – aangemerkt als verweren die zien op de bewijsbaarheid van het ten laste gelegde feit. Dat is de aanleiding dat enkele auteurs zogenaamde *culpa*-uitsluitingsgronden of gronden die zien op de wederrechtelijkheid als bestanddeel apart benoemen van de strafuitsluitingsgronden.²³⁹ Zo stelt Strijards in het kader van culpoze delicten dat het meestal voldoende

²³⁷ Zie uitgebreider: Keupink 2011, p. 277-280.

²³⁸ Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 271; Strijards 1987, p. 29-30. Strijards neemt waar dat het per abuis vóórkomt dat een ontslag van alle rechtsvervolgning wordt uitgesproken in plaats van een vrijspraak, omdat de beweringslast, die weliswaar ziet op het bewijs, heel veel lijkt op de beweringslast bij een verweer aangaande de strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld (maximaal te vergen zorg). Remmelink geeft echter ook aan dat is te verdedigen dat 'aansprakelijkheid' niet 'meetelt' en dat men dat ook niet in de tenlastelegging hoeft op te nemen, zodat dan bedoeld beroep als een bijzondere strafuitsluitingsgrond 'werkt'. Zie hieromtrent ook de noot van Mevis onder HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0399, NJ 2015/277 aangaande de ouderlijke zorgplicht in het licht van art. 2 Leerplichtwet 1969 en de modaliteit van de bijzondere strafuitsluitingsgrond.

²³⁹ Zie bijvoorbeeld Strijards 1987, p. 30-32.

is dat de dwaling wordt bewezen en dat wanneer de dwaling bewezen is het redelijk is de onverschoonbaarheid ervan te veronderstellen. Als zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die maken dat de dwaling (toch) verschoonbaar is, dan is er volgens hem sprake van een *culpa*-uitsluitingsgrond. Dat levert geen verweer op volgens art. 358, derde lid, Sv, maar een bewijsverweer.²⁴⁰

2.3.2.5 Verweer aangaande causaliteitsgebrek

Het veroorzaken van een kwaad gevolg door op een bepaalde manier (niet) te handelen, vormt vaak de essentie van het strafrechtelijk verwijt. Het leerstuk van de causaliteit heeft met name betrekking op delictsomschrijvingen waarin een bepaald gevolg als bestanddeel is opgenomen en wordt gekenmerkt door termen als 'veroorzaken', 'ten gevolge hebben', 'bewegen tot', 'verleiden', '(erop) volgen' en 'te wijten aan'.²⁴¹ De Hoge Raad hanteert bij de vaststelling van causaliteit de leer van de redelijke toerekening.²⁴² De vraag die centraal staat is of een resultaat redelijkerwijs als gevolg van het (niet)²⁴³ handelen aan de dader zou kunnen worden toegerekend. Een succesvol verweer dat ertoe strekt dat geen sprake is van een causaal verband, leidt tot niet-bewezenverklaring van het feit en dus tot vrijspraak van de verdachte.²⁴⁴ Omdat de bijzonderheid van de context geen invloed heeft op het bepalen van causaliteit, zal deze modaliteit van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet nader worden uitgewerkt.

2.3.3 Kwalificatie-uitsluitingsgronden en -verweren

De kwalificatie-uitsluitingsgronden en -verweren zien, in tegenstelling tot de bewijsuitsluitingsgronden en -verweren, op de tweede vraag van art. 350 Sv. Volgens die kwalificatievraag dient de rechter te beraadslagen over de vraag welk strafbaar feit het bewezen verklaarde volgens de wet oplevert. Volgens Pelser moet de rechter bij de beantwoording van deze vraag nagaan of de gedraging, 'zoals deze is ten laste gelegd en bij de bewijsbeslissing bewezen verklaard, behoort tot de categorie van gedragingen die door de wetgever strafbaar zijn gesteld' in een geldende strafbepaling.²⁴⁵ Diverse, hierna te

240 De wetgever geeft de normadressaat de mogelijkheid het bewijs van de tenlastelegging te doen stranden. Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 5 bij 'Titel III, Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid'; HR 17 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9752, NJ 1987/771 m.nt. G.E. Mulder.

241 De Hullu 2021, p. 172.

242 Vgl. HR 12 september 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC2616, NJ 1979/60 m.nt. Th.W. van Veen (*Letale longembolie*); HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6362, NJ 2012/301 (*Groninger HIV*).

243 Zie HR 20 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9666, NJ 2005/69 m.nt. G. Knigge (*Nalatige vader/Shaken baby*).

244 Zie nader: Mulder 1980, p. 179-196; Witjens 2011; Machielse 2014, p. 181-233.

245 Pelser 1995, p. 4.

bespreken gronden kunnen leiden tot de vaststelling dat de gedraging niet behoort tot de categorie van gedragingen die door de wetgever strafbaar zijn gesteld, en daarmee tot niet-kwalificeerbaarheid van het bewezenverklarde feit. Wanneer dat het geval is, dient de verdachte, op grond van art. 352, tweede lid, Sv te worden ontslagen van alle rechtsvervolging.

Net als bij de hiervoor besproken bewijsuitsluitingsgronden is een onderscheid te maken tussen formele gronden en materiële gronden. Vanwege de zeer beperkte relevantie van de formele gronden voor dit onderzoek, zullen deze zeer beknopt worden geduid. De (relevante) materiële gronden voor niet-kwalificatie worden van een uitgebreidere beschrijving voorzien.

2.3.3.1 *Bewezenverklaring refereert niet aan alle bestanddelen van de delictsomschrijving*

De situatie waarin sprake is van een bewezenverklaring die niet refereert aan alle bestanddelen van de delictsomschrijving is een formele aanleiding tot niet-kwalificatie, waaraan een (menselijke) fout ten grondslag ligt. Indien niet alle bestanddelen uit een delictsomschrijving zijn overgenomen in de tenlastelegging, kan hetgeen is ten laste gelegd misschien wel bewezen worden, maar levert het bewezenverklarde nog geen strafbaar feit op. Als de officier van justitie bijvoorbeeld in een tenlastelegging ter zake van het rijden zonder gebruik te maken van een autogordel vergeet op te nemen dat de verdachte daadwerkelijk heeft gereden, levert het bewezenverklarde niet het strafbare feit op, daar waar de van toepassing lijkende delictsomschrijving het bestanddeel bevat dat de bestuurder met het voertuig daadwerkelijk heeft gereden.²⁴⁶

2.3.3.2 *Ten laste gelegd feit kan niet worden gekwalificeerd op grond van een wet(sartikel)*

Diverse bepalingen kunnen ten grondslag liggen aan het niet kunnen kwalificeren van bewezenverklarde gedragingen. Allereerst is te denken aan de bepaling uit het tweede lid van art. 1 Sr. Indien verandering van wetgeving heeft plaatsgevonden na het tijdstip waarop het strafbare feit is begaan, worden de voor de verdachte gunstigste bepalingen toegepast. Op grond van deze bepaling verliest de 'ongunstige' bepaling haar kracht. De bewezenverklarde gedraging kan niet als zodanig worden gekwalificeerd, omdat een andere bepaling dan de betreffende bepaling van toepassing is. Omdat deze modaliteit van niet-kwalificatie geen rol speelt bij de uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in of vanwege bijzondere contexten, zal nadere bespreking ervan achterwege blijven.²⁴⁷

²⁴⁶ Vgl. HR 20 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6146, NJ 1978/594.

²⁴⁷ Zie omtrent niet-kwalificatie vanwege verandering van wetgeving uitgebreider: Knigge 1984; Pelsler 1995, hoofdstuk 6.

Naast de regeling ten aanzien van verandering van wetgeving kunnen ook andere wetartikelen in de weg staan aan kwalificatie. Diverse bepalingen in het Wetboek van Strafrecht kennen een formulering waaruit volgt dat een strafbaarstelling of verbod 'niet van toepassing is'. Zo is de delictsomschrijving van het eerste lid van art. 280 Sr, aangaande het verbergen van een van huis weggelopen kind of het geheim houden van de verblijfplaats van dat kind voor politie of justitie, niet van toepassing op bijvoorbeeld degene die handelt in het kader van zorgvuldige hulpverlening aan de minderjarige of degene die de Raad voor de Kinderbescherming de verblijfplaats mededeelt, vanwege het tweede lid van dat artikel. Volgens Bogert ligt deze zogenaamde 'toepassingsvariant' van de bijzondere strafuitsluitingsgrond ten grondslag aan het niet kunnen kwalificeren van bewezenverklaard gedrag (dus – met een verwijzing naar de titel van zijn dissertatie – 'vóór rechtvaardiging en schulduitsluiting').²⁴⁸ Machielse is iets voorzichtiger en stelt: 'Bij de door Bogert genoemde toepassingsvariant of bij de variant waarin de wetgever vaststelt dat een delict niet eens bestaat als aan bepaalde voorwaarden is voldaan *ligt het eerder voor de hand* [mijn cursivering, SB] om aan te nemen dat niet meer kan worden gekwalificeerd.'²⁴⁹ Zie hieromtrent nader paragraaf 2.3.4.3.

2.3.3.3 Een strafbepaling wordt niet toegepast vanwege strijd met hoger recht

De strafrechter mag strafbepalingen uit het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in formele zin niet toetsen aan de grondwet, het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden en algemene rechtsbeginselen. Op grond van art. 120 Gw mag de rechter niet treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten in formele zin (en verdragen). Uit staatsrechtelijke jurisprudentie vloeit voort dat hetzelfde geldt ten aanzien van de toetsing van wetten in formele zin aan het Statuut en algemene rechtsbeginselen.²⁵⁰ Dit toetsingsverbod brengt mee dat het de strafrechter niet is toegestaan om strafbepalingen van wetten in formele zin, zoals het Wetboek van Strafrecht, buiten toepassing te laten vanwege strijd met hoger (nationaal) recht, zij het dat het op het eerste gezicht strenge toetsingsverbod enigszins kan worden genuanceerd.

248 Bogert 2005, p. 225. Volgens Bogert dienen overigens ook andere varianten, zoals de strafbaarheidsvariant (bijvoorbeeld blijkend uit 'niet strafbaar is') te worden aangemerkt als kwalificatie-uitsluitingsgronden. Zie nader par. 2.3.4.3.

249 Noyon/Langemeijer/Remmeling, aant. 5 bij 'Titel III, Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid', voetnoot 4.

250 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewet*); het toetsingsverbod strekt zich overigens ook uit tot de toetsing van de *totstandkoming* van wetten in formele zin. Het is de rechter niet toegestaan te toetsen of wetten in formele zin conform de in de Grondwet omschreven procedure tot stand zijn gekomen. Zie HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059, NJ 1963/248 m.nt. D.J. Veegens (*Prof. van den Bergh*).

Allereerst sluit het toetsingsverbod volgens de Hoge Raad niet uit dat in bepaalde gevallen een bepaling van een wet in formele zin buiten toepassing kan worden gelaten op de grond 'dat toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (...) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel.'²⁵¹ Het feit dat een omstandigheid in de wetgeschiedenis niet ter sprake komt betekent volgens (Floor) Bakker overigens nog niet dat gesproken kan worden van een niet verdisconteerde omstandigheid: 'tijdens het wetgevingsproces kan immers onmogelijk expliciet worden ingegaan op alle mogelijke omstandigheden waaronder de wet zal gelden.'²⁵² De kwestie of een omstandigheid (niet) verdisconteerd is en of die omstandigheid in het concrete geval moet leiden tot de conclusie dat wetstoepassing onverenigbaar is met een fundamenteel rechtsbeginsel zal de rechter moeten beoordelen met inachtneming van zijn traditionele plaats in het staatsbestel en de idee dat het primaat bij de wetgever ligt.²⁵³ De beslissing hieromtrent mag het oordeel van de wetgever daarover niet doorkruisen. Als de rechter tot het oordeel komt dat er sprake is van een niet verdisconteerde omstandigheid en dat wetstoepassing in strijd zou zijn met een fundamenteel rechtsbeginsel wordt de geldigheid van de wet(telijke bepaling) niet aangetast; er is immers niet eens sprake van een interpretatieconflict tussen wetgever en rechter. Volgens Schutgens staat de functie van het toetsingsverbod 'er niet aan in de weg, dat de rechter in *deze* gevallen 'recht op maat' biedt, in plaats van 'blindelings' de wet toe te passen.'²⁵⁴ De rechter komt slechts tot de conclusie dat de wet niet voor de betreffende situatie is geschreven. In het concrete geval wordt de in eerste instantie van toepassing geachte strafbepaling (die bijvoorbeeld is verwerkt in de tenlastelegging door het openbaar ministerie) buiten toepassing gelaten, waardoor een eventuele bewezenverklaring niet kan worden gekwalificeerd.

Daarnaast kunnen 'een ieder verbindende bepalingen van Verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties' op grond van art. 94 Gw in de weg staan aan de toepassing van nationale wettelijke voorschriften. Diverse internationale verdragen, zoals het EVRM, bevatten rechten en vrijheden waarop een beroep kan worden gedaan door een verdachte. Als deze rechten en vrijheden op de voet van art. 93 Gw naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden en dus rechtstreekse werking hebben, genieten zij voorrang boven nationale bepalingen.²⁵⁵ In EU-verband geldt dat het

251 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewet*), r.o. 3.9.

252 Bakker 2018, p. 57.

253 Schutgens is overigens van opvatting dat de rechter anders dan de wetgever mag oordelen over de verenigbaarheid van de wet met fundamentele rechtsbeginselen indien hij het oordeel van de wetgever vanwege gewijzigde maatschappelijke opvattingen als achterhaald beschouwt, Schutgens 2009, p. 183.

254 Schutgens 2009, p. 183.

255 Zie ook: HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, NJ 1986/688 m.nt. P.A. Stein (*Spoorwegstaking*).

communautaire recht uit zijn eigen aard directe werking heeft in de nationale rechtsorde van lidstaten²⁵⁶ en voorrang geniet ten opzichte van nationaal recht.²⁵⁷ Om een bepaling van communautair recht in te kunnen roepen voor een nationale rechter – waarmee deze dus rechtstreekse werking heeft – dient de bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig te zijn, waarmee deze naar zijn aard en inhoud geschikt is om door de nationale rechter te worden toegepast.²⁵⁸ De bepaling moet zich, met andere woorden, lenen voor adequate hantering door de rechter, zonder dat de wetgever de bepaling nader hoeft uit te werken. Indien nationale (straf)bepalingen daadwerkelijk in strijd zijn met de hiervoor bedoelde internationale en Europese bepalingen, kan de strafrechter die nationale bepaling buiten toepassing laten.

Toetsing van (straf)bepalingen van wetten in formele zin aan bepalingen van internationaal en Europees recht is op basis van het voorgaande (dus) wel mogelijk. Dat brengt mee dat de inhoud en uitleg van deze internationaal- en Europeesrechtelijke bepalingen een rol kunnen spelen in het toetsingskader dat de nationale rechter hanteert bij de beoordeling van een specifieke zaak, in het bijzonder bij de kwalificatiebeslissing.²⁵⁹ Het is daarbij mogelijk dat een regeling of strafbepaling (voor de betreffende zaak) buiten toepassing blijf vanwege strijd met hoger recht. Het ‘opzij zetten’ van de nationale bepaling zorgt ervoor dat de gedraging niet kan worden gekwalificeerd, waardoor het bewezenverklaarde geen strafbaar feit oplevert.²⁶⁰ Indien een bepaling van internationaal of Europees recht van invloed is op de betekenis van begrippen uit een nationale bepaling, kan ook sprake zijn van een gedraging die niet te bewijzen is, waardoor straffeloosheid volgt door negatieve beantwoording van de eerste vraag van

256 Zie ook: HvJ EG 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

257 Zie ook: HvJ EG 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*). De voorrang van communautair recht mag overigens geen schending van fundamentele rechten van betrokkenen opleveren: HvJ EG 26 september 1996, ECLI:EU:C:1996:363 (*Arcaro*); HvJ EU 8 september 2015, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*).

258 HvJ EG 19 januari 1982, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*), r.o. 25. Richtlijnen kunnen naast Verdragen en EU-wetgeving als Verordeningen en Besluiten ook rechtstreekse werking hebben, zij het dat als aanvullende voorwaarde geldt dat de omzettingstermijn moet zijn verstreken.

259 Van Noorloos 2014, p. 205-235.

260 Zie bijvoorbeeld HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:220, *NJ* 2017/259 m.nt. E.J. Dommering (en daarvoor Hof Amsterdam 1 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:299, *NJFS* 2016/82). In deze zaak bleef het ontslag van alle rechtsvervolgving van een antiquair in stand die ‘ter verspreiding’ antiquarische exemplaren van het boek ‘Mein Kampf’ van Adolf Hitler in voorraad had (art. 137e Sr). Volgens de Hoge Raad heeft het hof ‘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 bewezenverklarde 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.’

art. 350 Sv. Als een ten laste gelegd delictsbestanddeel, door de nationale rechter bijvoorbeeld zo verdragsconform beperkt wordt geïnterpreteerd dat daardoor het betreffende delictsbestanddeel niet kan worden bewezen, dient verdachte te worden vrijgesproken.²⁶¹

Naast de hiervoor uiteengezette ‘strijd met hoger recht’, kan er ook sprake zijn van ‘strijd met hoger recht’ in de verhouding tussen (straf)bepalingen van lagere, decentrale overheden (zoals APV-bepalingen) enerzijds en bepalingen uit hoger recht (zoals het Wetboek van Strafrecht, de Grondwet, Verdragsbepalingen of algemene rechtsbeginselen) anderzijds. Zo kunnen gemeentelijke voorschriften in het algemeen onverbindend worden geacht of in een concreet geval buiten toepassing worden verklaard. Bij een onverbindend voorschrift is sprake van een voorschrift dat *zelf* onrechtmatig is (en door die onverbindendheid kan een bewezenverklaarde gedraging niet worden gekwalificeerd)²⁶² en bij een voorschrift waarvan alleen de toepassing onrechtmatig is, moet ook ‘buiten toepassing’ worden gelaten, maar is het voorschrift niet onverbindend.²⁶³ In geval van dit laatste wordt gesproken van het ‘blote buiten toepassing laten’ (wat eveneens leidt tot het niet kunnen kwalificeren van een bewezenverklaarde gedraging).²⁶⁴

2.3.3.4 *Generale strafbepaling wordt niet toegepast vanwege toepassing speciale strafbepaling*

Als een bewezenverklaring verwijst naar een delictsomschrijving die door een *lex specialis* is verdrongen, dient het bewezenverklaarde niet meer als

261 Zie bijvoorbeeld HR 29 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6731, NJ 2012/37 m.nt. E.J. Dommering (en daarvoor Hof Amsterdam 17 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL4528). In deze zaak bleef de vrijspraak van een columnist van het studentenblad ‘Havana’ in stand, daar waar belediging van een groep mensen ten laste was gelegd (art. 137c Sr) vanwege (o.a.) de uitlating ‘sinds de nazi-tijd is het niet echt cool om negatieve dingen te zeggen over joden, maar soms snap ik best hoe het in 1937 allemaal zo ver heeft kunnen komen.’ Het Hof kon volgens de Hoge Raad tot deze vrijspraak komen doordat de context – kort gezegd: een column, waarbij de columnist op basis van art. 10 EVRM een zekere vrijheid van artistieke expressie geniet – het beledigende karakter zou ontnemen, waardoor het delictsbestanddeel ‘beledigend uitlaat’ niet kon worden bewezen.

262 Hiervan was bijvoorbeeld sprake bij het zogenaamde ‘sisverbod’ in art. 2:1a APV Rotterdam. Dit voorschrift is door het Hof Den Haag onverbindend geacht vanwege strijd met art. 7, derde lid, Gw en art. 10, tweede lid, EVRM. Het is de gemeentelijke wetgever niet toegestaan om dergelijk gedrag strafbaar te stellen. Slechts de wetgever in formele zin is daartoe bevoegd, omdat mogelijk de vrijheid van meningsuiting (mogelijk) wordt beperkt. Zie Hof Den Haag 19 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3293, NJ 2020/146.

263 Sillen 2010, p. 72-73.

264 Een voorbeeld betreft KB 18 januari 1985, ECLI:NL:XX:1985:AM8364, AB 1985/422 m.nt. R.M. van Male, waarin de toepassing van het derde lid van art. 148f APV De Bilt volgens de Kroon onrechtmatig was en de betreffende bepaling (bloot) buiten toepassing werd gelaten. In de woorden van annotator Van Male: ‘Zij ecarteert de bepaling niet.’

zodanig te worden gekwalificeerd.²⁶⁵ De ratio van deze vorm van kwalificatie-uitsluiting is niet zo zeer gelegen in het voorkomen van meervoudige aansprakelijkstelling, als wel in het kwalificeren van het feitencomplex onder de best op de situatie passende strafbaarstelling²⁶⁶ en (daarmee) het voorkomen dat het openbaar ministerie het bij de vervolgingsbeslissing in zijn macht zou hebben de door de wetgever op bijzondere situaties toepasselijk geachte bijzondere regels buitenspel te zetten.²⁶⁷ Art. 55, tweede lid, Sr bepaalt dan ook dat indien voor een feit dat in een algemene strafbepaling valt een bijzondere strafbepaling bestaat, deze (laatste) alleen in aanmerking komt.²⁶⁸ Omdat deze modaliteit van niet-kwalificatie geen rol speelt bij de uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in of vanwege bijzondere contexten, zal nadere bespreking ervan achterwege blijven.²⁶⁹

2.3.3.5 *Een feit kan niet worden gekwalificeerd, omdat delictsomschrijving ter zake nog niet / niet meer bestaat*

Een bewezenverklaard feit kan niet worden gekwalificeerd als een delictsomschrijving ter zake nog niet bestaat. Hoewel dit slechts een theoretische mogelijkheid van niet-kwalificatie lijkt, hebben zich daadwerkelijk in de jurisprudentie dergelijke gevallen voorgedaan. In bijvoorbeeld de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van de Hoge Raad van 4 november 1975 is door de officier van justitie een feit ten laste gelegd op een dag dat de regeling die de betreffende delictsomschrijving bevatte nog niet in werking was getreden.²⁷⁰

Vaker is voorgekomen dat een feit was ten laste gelegd dat niet meer in een geldende delictsomschrijving was terug te vinden. Meestal hangt dit samen met verandering van wetgeving, hetgeen aan de orde is gekomen in paragraaf 2.3.3.2. Indien die nieuwe bepaling gunstiger is dan de oude bepaling, dient de verdachte te worden ontslagen van alle rechtsvervolging indien de gedraging die was omschreven in de oude, voor de verdachte ongunstige bepaling was ten laste gelegd, vanwege niet-kwalificeerbaarheid. Omdat deze modaliteit van niet-kwalificatie geen rol speelt bij de uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten, zal nadere bespreking ervan achterwege blijven.

265 Zie HR 6 december 1960, NJ 1961/54 (*Verhuishwagen*); Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 932; Enschedé 1963, p. 171-191.

266 De Graaf 2018, p. 298.

267 Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 932.

268 Zie voor nuances en uitzonderingen Pelser, in: T&C Strafrecht, art. 55 Sr, aant. 5-10.

269 Zie omtrent niet-kwalificatie vanwege *lex specialis derogat legi generali* uitbreider: Pelser 1995, hoofdstuk 5.

270 HR 4 november 1975, ECLI:NL:HR:1975:AD6924, NJ 1976/173 m.nt. W.F. Prins.

2.3.3.6 *Het geheel aan bestanddelen levert niet de 'delictsinhoud' op*²⁷¹

De wetgever heeft onder andere de taak om voor een delictomschrijving de juiste woorden te kiezen om te duiden welk ongeoorloofd gedrag strafbaar wordt gesteld (en welk gedrag dus niet). Niet-ongeoorloofd (of: geoorloofd) gedrag dient niet onder de reikwijdte van de strafbepaling te vallen. Het is echter niet eenvoudig om te bepalen en, niet minder belangrijk, te omschrijven wat een ongeoorloofde daad is. Als uitgangspunt dient te gelden 'dat het strafrecht zich richt tegen min of meer abnormale gedragingen. In het algemeen mag niemand gestraft worden, die niet anders handelt dan elk normaal persoon in zijn omstandigheden zou hebben kunnen handelen,' aldus Vos.²⁷² Dat neemt niet weg dat er delictomschrijvingen bestaan met een ruim bereik, bijvoorbeeld vanwege het gebruik van abstracte of vage termen. Gedragingen die rechtens of maatschappelijk geoorloofd zijn, kunnen soms (met grammaticale interpretatiemethode) onder de delictomschrijvingen worden geschaard, terwijl die gedragingen moeten kunnen rekenen op straffeloosheid. In vergelijkbare zin stellen De Doelder en Strijards: 'De wetgever was van mening dat adequaat optreden in het algemeen geen bestraffing verdiende. Dergelijke, immers niet wederrechtelijke, daden die een delictomschrijving vervullen, blijken niet strafbaar te zijn.'²⁷³ De Hoge Raad heeft, in het licht van redelijke wets-toepassing, kwalificatie-uitsluitingsgronden ontwikkeld.²⁷⁴ In dit kader komt de in paragraaf 2.2.2.1 aangekondigde *Typizität* aan de orde. Deze doet dienst als toets ter omgrenzing van de reikwijdte van een delictomschrijving: het bewezenverklaarde dient dan aan te sluiten bij het 'typische' van een bepaalde, mogelijkkerwijs toepasselijke delictomschrijving.²⁷⁵

In zijn noot onder het Hohner muziekinstrumenten-arrest van de Hoge Raad vestigde Pompe voor het eerst (impliciet) aandacht aan de zogenaamde *Typizität*.²⁷⁶ In de casus die leidde tot dit arrest 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

271 Enkele passages in deze paragraaf zijn ontleend aan eerder werk van mijn hand: Van de Wetering, Eckhardt & Bakker 2018, par. 3.2.

272 Vos 1950, p. 136.

273 De Doelder & Strijards 1979, p. 247. De Doelder en Strijards gebruiken deze notie als uitgangspunt voor hun visie dat adequaat optreden voldoende is om niet strafbaar te zijn, hetgeen een 'overkoepelende rechtvaardigingsgrond' oplevert.

274 Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 955.

275 De Jong 2009, p. 404.

276 Pompe in zijn noot bij HR 21 februari 1938, NJ 1938/929 (*Hohner muziekinstrumenten*).

van een valse hoedanigheid in geen verhouding staan tot de wederrechtelijkheid van het gedrag van de grossier die de offerte uitbracht. Hij geeft kritiek op het feit dat wordt getoetst aan de afzonderlijke bestanddelen van het delict, en 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 deelen. Het geheel bevat immers een structuur van de gezamenlijke deelen, welke in de bijeenvoeging der deelen op zich zelf niet gegeven is.' Om deze reden is Pompe de mening toegedaan dat niet slechts afgegaan moet worden op de omschrijving van bestanddelen, maar dat daarnaast ook aandacht geschonken moet worden aan de samenvattende kwalificatie in een strafbepaling.

In zijn noot bij het (eerste) Gevangenisvoedsel-arrest borduurde Pompe verder voort op deze gedachtegang.²⁷⁷ In deze zaak had iemand anders dan de aangewezen dader zich gemeld aan de gevangenispoort om aan de straf van de dader te voldoen. De onterecht gedetineerde persoon werd vervolgd voor oplichting. Middels een valse hoedanigheid had hij bewerkstelligd voedsel te krijgen 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.

Omtrent de *Typizität*, de aandacht voor de situatie waarin een bepaalde gedraging wel naar haar bestanddelen een delict oplevert, maar *dem Wesen nach* niet aan het delictstype beantwoordt (en er dus geen sprake zou moeten zijn van *Tatbestandmässigkeit* ofwel: een vervulling van een delictsomschrijving), stelt ook Van Bemmelen 'dat bij tal van delicten het wezen der strafbare feiten soms nog wel uit iets meer bestaat dan uit de in de wet genoemde elementen.'²⁷⁸ Röling sluit zich daarbij aan en geeft in dat kader een voorbeeld aangaande zware mishandeling (art. 302 Sr): 'Immers het zwaar lichamelijk letsel toebrengen zonder meer zegt niets, dat kan zinvol, redelijk zijn; (...) het onredelijke daarvan bepaalt het karakter van de mishandeling. Die beperking is eerst te halen uit de qualificatie, die deze beperking in zich sluit.'²⁷⁹

Indien deze opvatting wordt gevolgd is slechts het strafrechtelijk vervatte ongeoorloofde strafwaardig en om te bepalen wat daaronder wordt verstaan kan als beoordelingskader gelden de zogenaamde *Wesensschau*, of met een ander Duits woord geduid: *Typizität*. Wanneer men spreekt over

277 Pompe in zijn noot bij HR 14 oktober 1940, NJ 1941/87 (*Gevangenisvoedsel I*).

278 Van Bemmelen 1937, p. 679. Tegenwoordig zou men spreken over 'bestanddelen' in plaats van over 'in de wet genoemde elementen'.

279 Röling 1941, p. 121.

Typizität, gaat het zodoende om gevallen waarin aan alle bestanddelen van de delictomschrijving is voldaan, 'maar waarin desondanks met kwalificatie van dat handelen geen recht wordt gedaan aan het type gedragingen waar de delictomschrijving betrekking op heeft c.q. slechts op zou moeten hebben.'²⁸⁰ De *Typizität* beperkt hier als het ware de reikwijdte van het delict: slechts het vervullen van de bestanddelen lijkt onvoldoende recht te doen aan de toetsing van de bewezenverklaarde gedraging aan de delictomschrijving. Kelk vindt aansluiting bij het door Pompe gesignaleerde, en gaat in zijn mening zelfs nog verder.²⁸¹ Waar Pompe meent dat de beperkende inzet van de *Typizität* alleen dan moet plaatsvinden wanneer deze *ad bonam partem* werkt, ten gunste van de verdachte, stelt 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.'²⁸² Dit sluit overigens wel aan bij het door Pompe gestelde, 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.²⁸³

Een hulpmiddel bij het beantwoorden van de vraag of een bepaalde gedraging overeenkomt met de essentie (*Wesen*) van het delict of het typische (*Typizität*) van het delict, kan worden gevonden in het achterliggende rechtsgoed, bijvoorbeeld blijkend uit in de totstandkomingsgeschiedenis geformuleerde te beschermen belangen of uit het opschrift van de Titel van het Wetboek van Strafrecht waarin de strafbepaling is opgenomen.²⁸⁴ In het licht van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid bij bijzondere contexten zal deze benadering uitgebreider voor het voetlicht worden gebracht; zie nader hoofdstuk 4 en hoofdstuk 6. Hoewel Kelk in het leerstuk van de *Typizität* een goede toets ziet om de reikwijdte van de delictomschrijving in te perken,²⁸⁵ is er in de literatuur ook tegengeluid waar te nemen. Zo voorziet De Hullu een knelpunt in de rol van de rechter bij het onderscheiden van 'het wezen' van het delict. Hij meent dat, in die situaties waarin de wetgever niet duidelijk van een beperking wilde weten, het doorgaans voor de rechter ingewikkeld is een restrictieve interpretatie of een kwalificatie-uitsluitingsgrond te rechtvaardigen, vanwege het daarvoor ontbreken van harde ijkpunten.²⁸⁶

280 Van de Wetering, Mevis & Van der Heide 2019, p. 243-244.

281 Kelk 2013, p. 323-341.

282 Kelk 2013, p. 329-330.

283 Pompe in zijn noot bij HR 14 oktober 1940, NJ 1941/87 (*Gevangenisvoedsel I*).

284 Van de Wetering, Eckhardt & Bakker 2018, p. 138-167.

285 Kelk & De Jong 2019, p. 110-111.

286 De Hullu 2021, p. 97.

2.3.4 Strafuitsluitingsgronden

In het voorgaande is stilgestaan bij de modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid die zien op de bewijsbaarheid van de gedraging en de kwalificatie van het bewezenverklaarde. De modaliteit die misschien wel het meest tot de verbeelding spreekt in het licht van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid is de modaliteit van strafuitsluiting. Daar waar in het voorgaande de nadruk lag op het al dan niet zijn begaan van de gedraging die is omschreven in een wettelijke delictsomschrijving en de toepasselijkheid van die wettelijke delictsomschrijving, ligt bij de strafuitsluitingsgronden de nadruk op de kwestie of sprake is van een ‘uitzonderingssituatie’ die aan de basis ligt van straffeloosheid (ondanks het zijn begaan van een gedraging die is vervat in een toepasselijke wettelijke delictsomschrijving).

Diverse ‘uitzonderingssituaties’ die in beginsel op alle delictsomschrijvingen van toepassing kunnen zijn, zijn wettelijk verankerd en vormen gezamenlijk de wettelijke strafuitsluitingsgronden. De wetgever sprak bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht slechts in zijn algemeenheid over ‘het ontbreken van toerekenbaarheid van het feit aan de dader’.²⁸⁷ Hij had geen onderscheid voor ogen tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden; de strafuitsluitingsgronden zouden een enigszins bonte verzameling excepties vormen die vooral op zichzelf moeten worden beschouwd en op eigen merites moeten worden beoordeeld.²⁸⁸ Overigens maakte de wetgever wel een feitelijk onderscheid tussen psychische of inwendige oorzaken enerzijds en fysieke of uitwendige oorzaken anderzijds.²⁸⁹ Onder de eerste groep oorzaken schaarde hij een abnormale toestand van de geestvermogens en de jeugdige leeftijd en onder de tweede groep de overige strafuitsluitingsgronden. Dit onderscheid is echter van geringe betekenis voor de huidige strafrechtstheorie en -praktijk. Pas sinds de toegenomen aandacht voor de leer van de elementen wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid²⁹⁰ en gebruikmaking van het strafvorderlijk beslissingsmodel, is in de literatuur en jurisprudentie een onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden ontwikkeld.²⁹¹ Dat onderscheid, dat als een ‘tot op grote hoogte *dogmatische* innovatie’²⁹² kan worden bestempeld, ziet, kort gezegd, op de kwestie of in een concrete casus de strafbaarheid van de gedraging (de wederrechtelijkheid) wordt

287 Smidt 1881-1886, dl. 1, p. 364.

288 De Hullu 2021, p. 281 en 373.

289 Strijards 1987, p. 33.

290 Van Veen en Van Bemmelen noemen Vrij en Mulder als grondleggers van de leer van de elementen, zie Van Veen 1978, p. 509; Vrij heeft met name de afwezigheid van alle schuld in zijn preadvies voor de NJV in de opbouw van het strafbaar feit verankerd. Zie Vrij 1930.

291 De Waard 1950, p. 59; Hartmann 2013, p. 424.

292 Kelk & De Jong 2019, p. 325.

weggenomen, of dat de strafbaarheid van de verdachte (verwijtbaarheid) ontbreekt.²⁹³ Indien het ten laste gelegde feit kan worden bewezen en als zodanig kan worden gekwalificeerd als wettelijk strafbaar feit, wordt namelijk verondersteld dat sprake is van een wederrechtelijk feit en een verwijtbare verdachte. Als de rechter het aannemelijk acht dat de verdachte handelde in een uitzonderingssituatie, kan de veronderstelling van wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid worden tenietgedaan. Afhankelijk van het ten laste gelegde feit kan dan vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgning volgen. Indien een culpoos feit ten laste is gelegd, leidt een succesvol beroep op zowel een rechtvaardigingsgrond als een schulditsluitingsgrond tot vrijspraak; wanneer een feit is ten laste gelegd waarin wederrechtelijkheid als bestanddeel is opgenomen, leidt (alleen) een succesvol beroep op een rechtvaardigingsgrond tot vrijspraak en leidt een succesvol beroep op een schulditsluitingsgrond tot ontslag van alle rechtsvervolgning. Ingeval een feit ten laste is gelegd waarin culpa en wederrechtelijkheid geen deel uitmaken van de delictsomschrijving leidt zowel een succesvol beroep op een rechtvaardigingsgrond als een succesvol beroep op een schulditsluitingsgrond tot ontslag van alle rechtsvervolgning.

In Titel III van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafrecht staan de door de wetgever geformuleerde algemene gronden voor strafuitsluiting. Op basis van jurisprudentie²⁹⁴ kunnen twee ongeschreven algemene strafuitsluitingsgronden worden toegevoegd aan de lijst van gronden op basis waarvan iemand die in beginsel wel de bestanddelen van een delictsomschrijving vervult toch straffeloos kan blijven: het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid²⁹⁵ en de afwezigheid van alle schuld. De toepassing van strafuitsluitingsgronden kenmerkt zich, gezien de erkenning van een grote diversiteit aan niet op de wet berustende gronden van strafuitsluiting, dus door een open karakter.²⁹⁶

Naast de algemene strafuitsluitingsgronden, die in beginsel voor alle feiten kunnen gelden, zijn in het Wetboek van Strafrecht ook bijzondere strafuitsluitingsgronden opgenomen die slechts van toepassing zijn op specifieke delicten. In paragraaf 2.3.3.2 is al kort aandacht besteed aan de door Bogert²⁹⁷ genoemde ‘toepassingsvariant’ van de bijzondere strafuitslui-

293 De dogmatische discussie omtrent de plaats van de strafuitsluitingsgronden, in het bijzonder die van de rechtvaardigingsgronden, in het beslissingsmodel komt aan de orde in par. 5.2.1.

294 HR 14 februari 1916, ECLI:NL:HR:1916:BG9431, NJ 1916, p. 681 (*Melk en water*); HR 27 juni 1932, NJ 1933, p. 60 (*Veearts I*), Hof Amsterdam 25 november 1932, W. 12545 m.nt. M.P. Vrij en HR 20 februari 1933, NJ 1933, p. 918 m.nt. B.M. Taverne (*Veearts II*).

295 Op basis van het voorgaande zou de discussie kunnen worden voortgezet in hoeverre deze ‘strafuitsluitingsgrond’ al dan niet een kwalificatie-uitsluitingsgrond kan opleveren. Zie hieromtrent nader par. 4.2.2.3.

296 Van Veen 1986, p. 349-361; Ten Voorde, in: T&C Strafrecht, Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid, inl. opm., aant. 2.

297 Bogert 2005, p. 291.

tingsgronden. Na de bespreking van de rechtvaardigingsgronden en de schulduitsluitingsgronden zullen de bijzondere, geschreven strafuitsluitingsgronden van een nadere duiding worden voorzien.

2.3.4.1 *Rechtvaardigingsgronden*

De rechtvaardigingsgronden betreffen gronden die het wederrechtelijke karakter van het feit wegnemen. Het Wetboek van Strafrecht kent de volgende algemene, geschreven rechtvaardigingsgronden: overmacht in de zin van noodtoestand (art. 40), noodweer (art. 41, eerste lid), het wettelijk voorschrift (art. 42) en het ambtelijk bevel (art. 43, eerste lid). In de literatuur wordt het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid veelal als ongeschreven rechtvaardigingsgrond toegevoegd aan de lijst van algemene rechtvaardigingsgronden. Indien aan de voorwaarden van een betreffende rechtvaardigingsgrond is voldaan, is het bewezenverklarde feit (dat kan worden gekwalificeerd) gerechtvaardigd en daarmee niet strafbaar. De gedraging beantwoordt dan weliswaar aan de bestanddelen van de delictsomschrijving,²⁹⁸ maar omdat het feit door de rechtsorde in de betreffende situatie kan worden toegejuicht, goedgekeurd of geoorloofd verklaard, is die gedraging gerechtvaardigd en niet 'weder het recht'. Of in de woorden van Van Rest:

'Van een rechtvaardigingsgrond is sprake wanneer de daarin aangegeven omstandigheden met zich meebrengen dat de verdachte mocht handelen zoals hij dat heeft gedaan. Zijn gedraging omvatte weliswaar alle bestanddelen van een delictsomschrijving, maar is gezien de bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd, niet wederrechtelijk.'²⁹⁹

Nederland kent niet een (geschreven) rechtvaardigingsgrond, waarbij de strafbaarheid van het feit wordt weggenomen door gebruikmaking van een (wettelijk) toekomstend recht.³⁰⁰ Wanneer die grond ruim wordt geïnterpreteerd is een wettelijke grondslag of bevoegdheid (en geen voorschrift, zoals in art. 42 (Nederlands) Wetboek van Strafrecht) reeds voldoende om gerechtvaardigd te handelen. Mede om die reden is bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht ervan afgezien een dergelijke bepaling op te nemen:³⁰¹ 'De grote moeilijkheid bij de redactie van het artikel' leveren volgens Bosch 'allerlei daden van eigenrichting op, die niet onder de bescherming van de strafuitsluitingsgrond mogen vallen.'³⁰² Hoewel gebruikmaking van een toekomstend recht dus niet als strafuitsluitingsgrond

298 De uitzondering daargelaten dat sprake is van een culpoos delict of van een delict waarin de wederrechtelijkheid is opgenomen. In een dergelijk geval kan het ten laste gelegde feit niet worden bewezen.

299 Van Rest 1991, p. 160.

300 In bijvoorbeeld België bestaat een dergelijke variant wel. Zie art. 70 Strafwetboek.

301 Smidt/Smidt 1891-1902, dl. II, p. 571; Bosch 1965, p. 145-146.

302 Bosch 1965, p. 146.

in de wet is opgenomen, wordt deze figuur wel in verband gebracht met verschillende excepties. Polak stelt dat in bijzondere gevallen (wel) rechtvaardiging voor sommige handelingen kan worden gevonden, wanneer gebruik wordt gemaakt van een toekomstend recht:

‘Aldus kan dan de rechtvaardiging worden gevonden van het ingrijpen van medici in de lichamelijke integriteit (...); van de ouderlijke tuchtiging, van de handeling van den besnijder, van den vivisector. Want op al deze gebieden heeft de wetgever het door deze mensen nagestreefde doel reeds erkend (zij het niet in zijn hoedanigheid van strafwetgever), hetzij dat hij de bevoegdheden van de medici regelde, hun beroep erkende, voor hun wetenschappelijke opleiding zorgde, de volksgezondheid onder staatstoezicht bracht; hetzij hij aan de ouders de taak oplegde hun kinderen op te voeden; hetzij hij de kerkgenootschappen erkende of door de Wet op het Hooger Onderwijs en de geneeskundige wetten blijk gaf wetenschappelijke mannen, methoden en doeleinden te erkennen.’³⁰³

Deze notie is, zoals uit het citaat zelf blijkt, relevant voor de in dit onderzoek centraal staande contextgebonden excepties. Aan het toekomstende recht als grondslag voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid zal daarom nader aandacht worden besteed in paragraaf 4.2.1.1.1.

2.3.4.2 *Schulduitsluitingsgronden*

De schulduitsluitingsgronden betreffen gronden die de verwijtbaarheid en (daarmee) de strafbaarheid van de verdachte wegnemen. Het Wetboek van Strafrecht kent de volgende wettelijke schulduitsluitingsgronden: ontoerekenbaarheid (art. 39), psychische overmacht (art. 40), noodweerexces (art. 41, tweede lid), en het onbevoegd gegeven ambtelijk bevel (art. 43, tweede lid). Als gezegd, is sinds het arrest ‘Melk en Water’³⁰⁴ de afwezigheid van alle schuld als ongeschreven schulduitsluitingsgrond toegevoegd aan de lijst van algemene schulduitsluitingsgronden. Indien aan de voorwaarden van een betreffende schulduitsluitingsgrond is voldaan, is het bewezenverklaarde feit (dat kan worden gekwalificeerd) niet verwijtbaar en is de verdachte niet strafbaar. Anders dan rechtvaardigingsgronden werken schulduitsluitingsgronden overigens in beginsel ‘persoonlijk’: slechts degene die zich op een schulduitsluitingsgrond kan beroepen blijft straffeloos, eventuele deelnemers blijven strafbaar.³⁰⁵

Zoals eerder vermeld in het kader van de verwijtbaarheid, ligt in dit onderzoek de nadruk met name op de strafwaardigheid en strafbaarheid van de gedraging in of vanwege de context. Dat brengt met zich dat er in mindere mate aandacht zal zijn voor van de dader afhankelijke factoren die zien op de subjectieve zijde van het delict en de verwijtbaarheid als element.

303 Polak 1912, p. 70-71.

304 HR 14 februari 1916, ECLI:NL:HR:1916:BG9431, NJ 1916, p. 681.

305 Van Rest 1991, p. 158. Zie voor uitzonderingen op deze benadering overigens: Holland 1989, p. 244; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 266-267.

De schulduitsluitingsgronden zullen in het navolgende min of meer naar de achtergrond verdwijnen. Bij de objectieve zijde van het delict, waartoe de wederrechtelijkheid behoort, is er meer ruimte om de bijzondere context waarbinnen de gedraging plaatsvindt mee te nemen in de beoordeling.³⁰⁶

2.3.4.3 *Bijzondere, geschreven strafuitsluitingsgronden*

Naast de algemene strafuitsluitingsgronden bestaan ook geschreven gronden die uitsluiting van strafbaarheid tot stand brengen met het oog op specifieke strafbare feiten of enkele onderling verwante strafbare feiten. De definitie van Bogert luidt: ‘artikelleden of artikelen – anders dan een delictsomschrijving – in het Bijzonder deel van het Wetboek van Strafrecht die blijken hun bewoordingen uitsluiting van strafbaarheid beogen’.³⁰⁷ Voor wat betreft bewoording en vormgeving lijkt de wetgever bij het opstellen van de bijzondere strafuitsluitingsgronden geen volledige consistentie te hebben betracht: ‘niet strafbaar is hij die’ (de zogenaamde strafbaarheidsvariant) kan weliswaar qua formulering worden onderscheiden van ‘[artikel(lid)] is niet van toepassing’ (de zogenaamde toepassingsvariant), maar het gaat er volgens Bogert kennelijk niet om hoe een en ander wordt verwoord, zolang de formulering maar recht doet aan de aard en de strekking van datgene wat geregeld dient te worden en de redenen om de delictsomschrijving te beperken.³⁰⁸

De bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn volgens Van Veen moeilijk in het patroon van rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden te passen.³⁰⁹ Bogert concludeert zelfs:

‘het [is] vanwege de gewenste terminologische precisie ter duiding van juridische fenomenen, gewenst de term bijzondere strafuitsluitingsgrond [...] op te vatten als of te vervangen door de term kwalificatie-uitsluitingsgrond, waarmee de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de tweede vraag van art. 350 aan bod dient te komen.’³¹⁰

306 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 21 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2324 en (in cassatie) HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, *NbSr* 2018/319 m.nt. S.R. Bakker & J.P. Cnossen, aangaande de bijzondere context sport en spel: de omstandigheid dat een gedraging is verricht in een sport- of spelsituatie brengt – volgens vaste jurisprudentie – niet mee dat bij de beoordeling of sprake is van opzet (de subjectieve zijde van het delict) andere maatstaven gelden dan buiten die situatie. Voor wat betreft de objectieve zijde van gedraging wordt gesteld dat de regels van sport en spel mede van belang zijn voor het bepalen van de grenzen van de wederrechtelijkheid.

307 Bogert 2005, p. 289.

308 Bogert 2005, p. 291.

309 Van Veen 1986, p. 358.

310 Bogert 2005, p. 225.

Machielse spreekt echter de voorkeur uit om de 'regel-uitzonderingverhouding'³¹¹ in ere te houden, 'in ieder geval bij de door Bogert onderscheiden strafbaarheidsvariant', maar hij ziet, zoals beschreven in paragraaf 2.3.3.2 ruimte Bogert te volgen voor wat betreft de toepassingsvariant of bij de variant waarin de wetgever vaststelt dat een delict niet eens 'bestaat' als aan bepaalde voorwaarden is voldaan.³¹²

2.4 VRIJHEID, BEPERKING EN UITZONDERING; GEDRAG, DELICTSOMSCHRIJVING EN ACHTERLIGGENDE NORM

In het voorgaande is ingegaan op de inhoud en vormgeving van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daarbij is stilgestaan bij de benadering die bestendig is in de literatuur: die van regel en uitzondering.³¹³ Men gaat uit van afkeuring via concrete aansprakelijkheidstelling als regel en excepties als uitzondering. Er kunnen echter vraagtekens worden gezet bij een benadering waarbij afkeuring of strafbaarheid van bepaalde gedragingen op grond van een delictsomschrijving geldt als regel en de uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid (vanwege een bijzondere omstandigheid) geldt als uitzondering. Wanneer vanuit het perspectief van (fundamentele) vrijheden de vormgeving van straf(baarheids)uitsluiting wordt gezien, kan namelijk worden verdedigd dat wat nu onder de regel wordt verstaan de uitzondering vormt en dat wat nu wordt geacht uitzondering te zijn een bevestiging van de regel inhoudt. Dan rijst de vraag wat dan 'de regel' is.

De basis van het recht (en dus ook van het strafrecht) ligt in bescherming van belangen (zoals belangen aangaande het menselijk leven, de lichamelijke integriteit, de veiligheid, de openbare orde, de zeden etc.) en het realiseren en kanaliseren van (fundamentele) vrijheden (zoals de vrijheid van meningsuiting/expressie, het zelfbeschikkingsrecht, de vrijheid van godsdienst etc.). Als zo'n te beschermen belang of vrijheid als 'de regel' wordt beschouwd, vormt afkeuring of strafbaarheid van gedrag (dat indruist tegen ofwel een beperking vormt van deze vrijheden) de uitzondering.³¹⁴

Een beroep op een exceptie komt veelal neer op de bewering dat is gehandeld op basis van een vrijheid, dat niet in strijd is gehandeld met een strafrechtelijk beschermd belang of dat (juist) in het belang van een

311 Het gaat hierbij dus om een regel-uitzonderingverhouding vanuit het perspectief van het (nationale) strafrecht: de delictsomschrijving is de regel; de exceptie is de uitzondering. Zie voor een nuancering hierop vanuit het perspectief van (fundamentele) vrijheden par. 2.4.

312 Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 5 bij 'Titel III, Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid', voetnoot 4.

313 Vgl. Vellinga 1985, p. 359-368, i.h.b. par. 2.

314 Vgl. de beperkingssystematiek van mensenrechten en fundamentele vrijheden die wordt gehanteerd ten aanzien van EVRM-bepalingen.

strafrechtelijk beschermd belang is gehandeld. Een dergelijk beroep roept de vraag op of de beperking van ofwel de uitzondering op de vrijheid – de afkeuring van gedrag – wel aangewezen is, door het benadrukken van het betreffende te beschermen belang of de betreffende vrijheid. *In concreto* kan dit betekenen dat bijvoorbeeld de strafbepaling niet van toepassing zou moeten zijn op dit geval of dat er in dit geval sprake is van een uitzonderingssituatie die maakt dat de gedraging die is omschreven in de strafbepaling mócht worden verricht.

Een voorbeeld: een kunstenaar die in de uitoefening van zijn vrijheid van expressie ogenschijnlijk de bestanddelen van een delictsoomschrijving vervult door bijvoorbeeld iemand te beledigen door middel van zijn kunstwerk, kan onder voorwaarden daarvoor ter verantwoording worden geroepen en worden gestraft. Zijn vrijheid is het uitgangspunt ofwel ‘de regel’; de afkeuring van gedrag is de inperking van de vrijheid ofwel ‘de uitzondering’. Een succesvol beroep op de kunstexceptie wordt daarmee niet ‘een uitzondering op de regel’, maar ‘een uitzondering op de uitzondering’ (die dus in feite een bevestiging van de regel – de vrijheid van artistieke expressie – omvat).

In de volgende hoofdstukken zal met betrekking tot andere excepties ook de link worden blootgelegd met diverse (fundamentele) vrijheden en te beschermen belangen, hetgeen aan de basis kan liggen van een zuiver(der)e benadering en verwerking van contextgebonden excepties.

In het licht van een zuiver(der)e benadering van excepties komt dan ook betekenis toe aan de kwestie of achterliggende normen van delictsoomschrijvingen worden geraakt. Immers: ‘Ons recht kent (...) naast elke delictsoomschrijving een norm, een gedragsregel.’³¹⁵ Het bijzonder deel van het Wetboek van Strafrecht bevat hoofdzakelijk delictsoomschrijvingen en geen bevelen of normen. Die delictsoomschrijvingen verwijzen niet expliciet naar een (elders beschreven) rechtsnorm, maar impliceren slechts een norm. Enschedé stelt dat in het licht van de idee dat ‘het vanzelfsprekende niet in de wet [hoeft] te worden neergelegd’, de wetgever ervoor heeft gekozen om in het Wetboek van Strafrecht niet de normen of gedragsregels onder woorden te brengen naast de delictsoomschrijvingen.³¹⁶ Met andere woorden: een overtreding van een norm, die als een beschrijving van een gedraging (met mogelijk bijkomende voorwaarden) is vormgegeven, is volgens de wet strafbaar, maar de precieze verhouding tot die achterliggende norm blijkt niet uit de wet. Dat neemt echter niet weg dat de achterliggende norm van belang is bij de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid. Voor de beslissing of in het concrete geval het strafrecht moet worden ingezet ofwel of van strafwaardigheid of strafbaarheid kan worden gesproken, is het daarom volgens Enschedé van belang

315 Enschedé 1979, p. 62.

316 Enschedé 1979, p. 61-62.

‘dat de strafrechter zich rekenschap geeft van de vraag of een in het strafproces rijzende interpretatievraag, van een deliktsomschrijving of strafuitsluitingsgrond, nu wel of niet ook de achterliggende norm raakt. Daartoe heeft hij in de eerste plaats helder inzicht nodig in de hier geschetste verhouding tussen deliktsomschrijvingen in verschillende gedaanten, en normen’.³¹⁷

Zeker voor de in dit onderzoek centraal staande excepties is deze notie van grote waarde. Inzicht in de verhouding tussen de gedraging en de deliktsomschrijving, alsmede de door Enschedé benadrukte verhouding tussen de gedraging en de achterliggende norm is van essentieel belang bij de systematische vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten. De kwestie of de achterliggende norm wordt geraakt is bijvoorbeeld van invloed op de zuivere hantering van de in dit hoofdstuk aan de orde gekomen modaliteiten. Zo zal een geslaagd beroep op een contextgebonden exceptie waarbij tot uiting wordt gebracht dat de achterliggende norm (überhaupt) niet is geraakt anders worden behandeld dan een dergelijk beroep waarbij tot uiting wordt gebracht dat de achterliggende norm wel is geraakt, maar dat dit heeft plaatsgevonden onder gerechtvaardigde of rechtvaardigende omstandigheden.

Na de duiding van de afzonderlijke contextgebonden excepties in het volgende hoofdstuk, wordt in hoofdstuk 4 nader aandacht besteed aan de verhouding tussen gedrag, deliktsomschrijvingen en achterliggende normen en de wijze(n) waarop in het kader van de beoordeling van contextgebonden excepties de door Enschedé gewenste aandacht voor achterliggende normen kan worden benut.

2.5 AFSLUITENDE OPMERKINGEN EN DEELCONCLUSIE

Omdat het in dit onderzoek in het bijzonder gaat om (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten, zijn de mogelijkheden voor de rechter onderzocht om, bij gebrek aan wettelijke houvast, recht te (kunnen) doen aan de bijzonderheid van de context en de gedragingen die daarin plaatsvinden. Daar waar de wetgever (te) veel aan de rechter heeft overgelaten, bleek een overzicht van modaliteiten die de rechter kan gebruiken om tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te (kunnen) komen belangrijk. In dit hoofdstuk is daarom in kaart gebracht hoe uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in zijn algemeenheid in het Nederlandse strafrecht is vormgegeven, hoe daarover in de literatuur wordt gedacht en gediscussieerd, alsmede bij welke modaliteiten contextgebonden excepties door de rechter kunnen worden geplaatst.

Bij die verkenning zijn verschillende modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid gepresenteerd die nader kunnen worden gerubriceerd in drie categorieën: bewijsuitsluitingsgronden, kwalificatie-

317 Enschedé 1979, p. 63.

uitsluitingsgronden en strafuitsluitingsgronden. De eerste categorie ziet op gronden die leiden tot de onmogelijkheid het ten laste gelegde feit bewezen te kunnen verklaren. Een geslaagd beroep op een bewijsuitsluitingsgrond leidt in principe tot vrijspraak. De tweede categorie ziet op gronden die leiden tot de onmogelijkheid het bewezenverklaarde feit te kwalificeren als strafbaar feit. Een geslaagd beroep op een kwalificatie-uitsluitingsgrond leidt in principe tot ontslag van alle rechtsvervolging. De derde categorie ziet op gronden die leiden tot de onmogelijkheid de dader te straffen, vanwege de afwezigheid van wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid. Een geslaagd beroep op een strafuitsluitingsgrond leidt in principe tot ontslag van alle rechtsvervolging. Deze benadering hangt samen met de materiële vragen van art. 350 Sv.

Op basis van het in kaart gebrachte wordt reeds duidelijk dat één uniforme wijze voor het ‘realiseren’ van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten niet voor de hand ligt en in elk geval niet aanwezig is. Immers, of en hoe uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt ‘gerealiseerd’, in geval van een gedraging die is verricht in een bijzondere context, is afhankelijk van diverse factoren, zoals de formulering van de van toepassing zijnde delictsomschrijving en van de tenlastelegging, de betekenis die wordt gegeven aan de bestanddelen en elementen, de strekking en reikwijdte van de in het geding zijnde strafbepaling, de omstandigheden van het geval en de context waarbinnen de situatie zich heeft voorgedaan. Daarmee lijken contextgebonden excepties vooralsnog geen vaststaande en duidelijke plaats in ons strafrechtelijk stelsel te hebben. In het verlengde daarvan is het niet eenvoudig om een rechterlijk ‘beslissingsmoment’ aan te wijzen waarbij de kwestie of het strafrecht überhaupt een rol zou moeten spelen ofwel een functie heeft te vervullen bij de beoordeling van gedrag, kan worden geplaatst.³¹⁸ Niettemin staat vast dat de strafrechter over verschillende banden en op basis van verschillende gronden tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan komen, waarbij de mogelijkheden in grote mate worden bepaald door de *in concreto* aan de orde zijnde delictsomschrijving.

In het licht van de in dit onderzoek centraal staande contextgebonden excepties lijkt er op voorhand ruimte te zijn voor een adequate verwerking en inpassing ervan *binnen* het bestaande geheel aan regels en modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, zij het dat het (soms) nog aan consistentie, voorspelbaarheid en inzichtelijkheid te wensen overlaat. Duidelijkheid omtrent de verhouding tussen de norm en de exceptie is evenwel vereist om (de (ver)werking van) de betreffende exceptie precies te kunnen duiden. Zo kan men zich bijvoorbeeld, met Van Veen, terecht afvragen of de kunstexceptie, de vakbekwame beroepsuitoefening

318 Zie nader par. 3.9, 4.1 en 4.4.

en (andere) excepties die zijn ingegeven door de toestemming van het slachtoffer (zoals in de context van sport en spel, van seksualiteitsbeleving/sadomasochisme en van het studentenleven) 'wederrechtelijk-uitsluitende gronden' zijn of gronden om aan te nemen dat de handeling 'niet onder de delictsomschrijving is begrepen'.³¹⁹ En in het verlengde daarvan rijst de vraag of een 'eigen' (inpassings)modaliteit voor contextgebonden excepties *buiten* het bestaande geheel aan regels en modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid misschien denkbaar (en aangewezen) is.

Voordat een poging kan worden gedaan om die vragen te beantwoorden, zullen eerst de diverse erkende bijzondere contexten aan nader onderzoek moeten worden onderworpen teneinde in kaart te brengen wat (elk van die) bijzondere contexten karakteriseert, hoe deze zich verhouden tot de strafrechtelijk relevante norm en (daarmee) hoe de contextgebonden excepties kunnen worden verwerkt. Daarmee wordt gekomen op het fundamentele terrein van de rol van het strafrecht, strafbaarstelling, strafwaardigheid en strafbaarheid.

319 Van Veen 1986, p. 358.

3.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk vond de verkenning plaats van de verschillende modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Met die verkenning is inzichtelijk geworden op welke wijzen de rechter tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan komen, daar waar de wetgever geen of slechts in beperkte mate aandacht heeft besteed aan (de toepasselijkheid van een strafbepaling in) bijzondere contexten. Op basis van de wet, rechtspraak en literatuur zijn uiteenlopende modaliteiten aan de orde gekomen die recht zouden kunnen doen aan de idee dat gedragingen die ondanks ogenschijnlijke vervulling van de delictsomschrijving niet-strafwaardig of niet-strafbaar hoeven te worden geacht. Dergelijke gedragingen komen, als gezegd, veelvuldig voor in verschillende erkende 'bijzondere contexten'.

Die term is weinig concreet, maar daarmee wordt in zijn algemeenheid bedoeld een verbijzonderde of uitgezonderde sfeer, speelveld of toestand van gewoon maatschappelijk leven, die enerzijds voldoende benoembaar is om als bijzondere context te worden gekarakteriseerd, maar anderzijds in meerdere of mindere mate onzekerheden in zich bergt omtrent hoe daarmee in het strafrecht moet worden omgegaan.¹ Vast staat slechts dat in die betreffende contexten de rol van het strafrecht (of specifieker: (de vaststelling van) strafrechtelijke aansprakelijkheid) ter discussie kan worden gesteld. Nieboer spreekt in dit verband bijvoorbeeld over (de rechtvaardigende acceptatie die een rol speelt in) min of meer besloten situaties waarin deelnemers juridisch vrij zijn zich in die situatie te begeven en zich eraan te onttrekken.² Dat brengt overigens niet per definitie mee dat *alle* gedragingen die worden verricht in of vanwege een bijzondere context gevrijwaard dienen te zijn van bestraffing. Er zijn grenzen. Deze grenzen geven aan waar het omslagpunt ligt tussen strafwaardig en strafbaar gedrag enerzijds en gedrag dat, door de relatie met de bijzondere context waarin die gedraging wordt verricht, straffeloos blijft (of moet blijven) anderzijds.

In dat licht rijst dus reeds de vraag wat de rol van het strafrecht precies is (of moet zijn) in dergelijke contexten om recht te doen aan die contexten. De *ultimum remedium*-gedachte die achter deze vraag schuil gaat krijgt veelal

1 Bakker 2017a, p. 178.

2 Nieboer 1991, p. 260.

betekenis op het niveau van wetgeving en op het niveau van de uitvoering.³ Immers, inzet van het strafrecht vindt slechts plaats, daar waar de strafwetgever heeft voorzien in een wettelijke strafbepaling en daar waar het openbaar ministerie de vervolging haalbaar en opportuun acht. Voor wat betreft dat laatste is de notie van belang dat het opportuniteitsbeginsel kan dienen als aanvulling op bijvoorbeeld de materieelrechtelijke gronden voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁴ Het openbaar ministerie kan door te besluiten om niet te vervolgen, vanwege de context ofwel de notie dat ter zake geen sprake is van een (in geringe mate) strafwaardige of strafbare gedraging, de rol van het strafrecht als bestraffend instrument binnen de bijzondere context beperken. Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat toepassing van vervolgingsuitsluitingsgronden of anderszins seponeren niet zozeer een antwoord op een vraag levert dat ziet op het in het geding zijnde feit, maar 'slechts' een pragmatische uitkomst betreft van een formeelstrafrechtelijk vraagstuk. Dat betekent echter niet dat gronden om niet te vervolgen van nul en generlei waarde zijn: voor evidente gevallen kan juist door toepassing ervan verdere inzet van het straf(proces)recht bespaard blijven,⁵ hetgeen de norm bevestigt dat bepaalde gedragingen buiten het bereik van het strafrecht dienen te blijven. In dit licht is overigens een methodologische opmerking ten aanzien van het navolgende op haar plaats: door de 'filterwerking' van het opportuniteitsbeginsel is bij de bespreking van sommige contexten en bijbehorende excepties de hoeveelheid jurisprudentie beperkt.

Op het niveau van de rechtspraak lijkt er weinig ruimte voor een *ultimum remedium*-benadering. Hier komt men terecht bij een op het eerste gezicht paradoxale benadering (die bij nadere beschouwing niet eens zo paradoxaal is). De vraag of en in hoeverre het strafrecht moet worden ingezet in dergelijke contexten kan namelijk alleen goed worden beantwoord door gebruikmaking van het strafrecht zelf: men heeft 'het strafrecht' nodig om te bepalen of inzet van 'het strafrecht' (of concreter: de (rechterlijke) vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid) aangewezen is. Het paradoxale blijft uit, nu het verschillende aspecten van het strafrecht betreffen die samen onder de noemer 'het strafrecht' vallen: het strafrechtelijk onderzoek naar de noodzaak van inzet van handhaving, ofwel de strafrechtspleging op basis van het geheel van rechtsregels dat wordt gehanteerd om strafrechtelijke aansprakelijkheid vast te stellen enerzijds en het strafrecht als bestraffend instrument waarbij de rechter het eindoordeel velt omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid anderzijds. Het besluit om strafrechtelijk

3 Crijns 2012, p. 12-14.

4 Geelhoed 2013, p. 334-339. Geelhoed beschrijft de verhouding tussen het opportuniteitsbeginsel en strafuitsluitingsgronden als 'communicerende vaten'. Zie hieromtrent nader par. 5.4.2.

5 Zie o.a. Holland 1989, p. 303; Groenhuijsen 2002, p. 437-445.

te vervolgen en te berechten kan pas worden genomen indien de wetgever al aan zet is geweest en door het openbaar ministerie gebruik is gemaakt van het strafrecht als mechanisme om te onderzoeken of aanleiding bestaat de concrete handeling in een specifieke situatie strafwaardig of strafbaar te achten. Dat kan tot de situatie leiden dat niet evident blijkt dat sprake is van niet-strafwaardigheid of niet-strafbaarheid, maar dat de zaak (toch) ter berechting wordt voorgelegd aan de rechter. Als de rechter strafrechtelijke aansprakelijkheid vanwege de bijzondere context waarin de gedraging zich heeft voorgedaan (toch) niet aangewezen acht, rijst de vraag welk 'gereedschap' die zittingsrechter voorhanden heeft om tot een systematische, rechtvaardige uitspraak te komen. Inzet van het strafrecht ter zake hoeft dus niet problematisch te zijn, indien datzelfde strafrecht (in het stadium van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid) is voorzien van modaliteiten die (toch) een *ultimum remedium*-benadering behelzen en die daarmee recht kunnen doen aan de uiteenlopende gedragingen die worden verricht in of vanwege de bijzondere context.

In dit hoofdstuk zal per bijzondere context worden nagegaan wat kenmerkend is aan de betreffende context, welke claim deze legt op materieelstrafrechtelijke aansprakelijkheid en hoe de toepassing van de bijbehorende exceptie *in concreto* leidt tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid (paragraaf 3.2 tot en met 3.8). Een uitputtende bespreking van alle jurisprudentie aangaande bijzondere contexten is vanwege de grote omvang niet praktisch en overigens niet noodzakelijk; in het navolgende wordt daarom aan de hand van illustratieve voorbeelden inzichtelijk gemaakt hoe de context kan worden gekenschetst en hoe (divers) de exceptie door de strafrechter kan worden verwerkt. Waar mogelijk wordt, bij gebreke van relevante rechterlijke uitspraken, aan de hand van de literatuur de toepassing en strekking van excepties geduid. Hiermee wordt ook inzichtelijk of dit op een systematische wijze kan gebeuren, en zo niet, of de redenen daarvoor zijn te achterhalen en te ontrafelen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met enkele afsluitende, de verschillende contexten overkoepelende, opmerkingen, waarbij ook een voorlopige 'diagnose' wordt gesteld aangaande de mate van consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid ten aanzien van de (ver)werking van contextgebonden excepties (paragraaf 3.9).

3.2 KUNST EN WETENSCHAP

3.2.1 De context

De eerste context die aan onderzoek wordt onderworpen betreft de context van (de vaak in één adem genoemde) kunst en wetenschap. Binnen die context worden handelingen verricht en zijn gedragingen zichtbaar die vanwege de context anders worden beoordeeld dan (gelijksoortige) gedragingen buiten die context. Binnen de context gelden kennelijk andere

(omgangs)normen, wordt anders geoordeeld over de strafbaarheid of strafwaardigheid van de handeling of uiting en verschilt de mate van inzet van handhavingmodaliteiten ten opzichte van buiten de context.⁶

Het karakter van de context wordt gekenmerkt door het gevoel dat kunst en wetenschap, als activiteit en als resultaat, sterk verbonden zijn met de meest menselijke kant van het menszijn: het aanspreken en uitdagen van de geest en de zintuigen.⁷ Het belang dat daarmee gemoeid is kent een groot gewicht in de samenleving en bescherming van de beoefenaars van kunst en wetenschap lijkt in het recht, als ordenend en beschermend maatschappelijk instituut, te zijn verankerd. ‘Wanneer men let op de verwevenheid van kunst en maatschappij heden ten dage en op de functie die de kunst binnen de maatschappij dient in te nemen, is het zeer wel denkbaar en volgens sommigen zelfs noodzakelijk, dat de kunst wordt aangewend om bepaalde misstanden aan de kaak te stellen.’⁸

In een specifiek geval kan het gewicht dat in de maatschappij en in het recht wordt toegekend aan de belangen van kunst en wetenschap groter zijn dan de belangen die samenhangen met strafrechtelijk optreden. Niet alleen kunstenaars in de breedste zin van het woord,⁹ wetenschappers, galeriehouders, universiteiten, musea en onderzoeksinstituten, maar ook bijvoorbeeld handhavers, subsidieverstrekking en overheidsorganen en -instituten dragen bij aan de uitwerking, ontwikkeling en verduidelijking van de te maken afwegingen binnen de context.

Wat precies onder kunst en onder wetenschap moet worden verstaan betreft een kwestie die niet (eenvoudig) sluitend is te beantwoorden. Uiteenlopende definities worden gehanteerd en weinig tot geen van die definities kan de goedkeuring van het gehele kunstveld of het gehele wetenschapsveld wegdragen. Een precieze definitie is voor de navolgende exercitie echter niet vereist. Voor de in dit onderzoek centraal staande contexten en excepties wordt aansluiting gezocht bij hetgeen (soms in algemene zin) is beschreven in literatuur en jurisprudentie omtrent de relatie tussen kunst/wetenschap en strafrecht. Op basis daarvan kan reeds worden onderzocht wat de verhouding is tussen kunst/wetenschap en strafrecht, hoe in of vanwege de context tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt geconcludeerd en – meer abstract – in hoeverre het strafrecht een rol speelt of moet spelen in deze bijzondere contexten.

6 Vgl. Overbeek 1966, p. 106: ‘In revue en cabaret gelden nu eenmaal andere normen dan op straat.’

7 Cleiren & Bakker 2011, p. 33.

8 Schalken 1972, p. 119.

9 De aandacht gaat uit naar diverse beoefenaars van uiteenlopende vormen van kunst, zoals de beeldende kunst, film, muziek, literatuur, architectuur, podiumkunst etc.

Kunst en wetenschap lijken een eigen domein en beoordelingskader te hebben verworven, vanwege de eigenheid ervan en de belangen die met bescherming ervan gemoeid zijn. Die eigenheid en de relevante belangen vormen de aanleiding voor de idee dat het strafrechtelijk gezag van de overheid tot op zekere hoogte zou moeten kunnen wijken in een specifiek geval. De wenselijkheid van afwezigheid van overheidsbemoeienis, die veelal wordt aangeduid met de term 'vrijheid', is geen nieuw fenomeen in het recht. Het past in het Verlichtingsdenken om de kunst en de wetenschap een bijzondere positie toe te dichten. Kunstenaars en wetenschappers vervullen een bijzondere rol in een samenleving. Het is dan ook niet vreemd dat kunst en wetenschap als grondrecht, mensenrecht of fundamentele vrijheid worden gezien. In diverse wetten en verdragen zijn de kunst en de wetenschap opgenomen. Art. 13 van het Handvest van de Grondrechten van de EU luidt bijvoorbeeld: 'De kunsten en het wetenschappelijk onderzoek zijn vrij. De academische vrijheid wordt geëerbiedigd.' Ook in meer impliciete vorm wordt bescherming gewaarborgd. Het eerste lid van art. 10 EVRM waarborgt die vrijheid van meningsuiting voor een ieder:

'Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio- omroep-, bioscoop- of televisie-ondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.'

Hoewel het er niet met zoveel woorden staat, valt de artistieke expressie onder de reikwijdte van deze bepaling. In het arrest *Müller t. Zwitserland* oordeelde het EHRM dat de vrijheid van artistieke expressie één van de fundamentele van een democratische samenleving behelst en nodig is voor de ontwikkeling en *self-fulfillment* van het individu en overwoog:

'Admittedly, Article 10 (art. 10) does not specify that freedom of artistic expression, in issue here, comes within its ambit; but neither, on the other hand, does it distinguish between the various forms of expression. As those appearing before the Court all acknowledged, it includes freedom of artistic expression – notably within freedom to receive and impart information and ideas – which affords the opportunity to take part in the public exchange of cultural, political and social information and ideas of all kinds.'¹⁰

De vrijheid van meningsuiting, in de breedste zin, vormt een relevant beoordelingskader waarin de rol van het strafrecht op zijn minst ter discussie kan worden gesteld. De vrijheid van meningsuiting is een klassiek grondrecht, hetgeen afwezigheid van overheidsbemoeienis impliceert. Tegelijkertijd dienen staten zich ook in te spannen om de vrijheden en rechten daadwerkelijk te effectueren, omdat op hen positieve verplichtingen rusten, maar de kern van de vrijheid van meningsuiting is gelegen in de vrijheid (dus zonder dat sprake is van overheidsinmenging) om een mening te hebben,

10 EHRM 24 mei 1988, appl.no. 10737/84, NJ 1991/685 (*Müller t. Zwitserland*), par. 27.

te koesteren en om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken. De vrijheid van meningsuiting wordt, naast in art. 10 EVRM en art. 11 en 13 EU-Grondrechtenhandvest, op internationaal niveau bijvoorbeeld ook gewaarborgd in art. 19 UVRM en art. 19 IVBPR. Op nationaal niveau leest men in elk geval de vrijheid van artistieke expressie in de vrijheid van meningsuiting die op haar beurt wordt ingelezen in de vrijheid van drukpers, ofwel het censuurverbod van art. 7 Gw.

De kennelijke grondgedachte in dezen is de notie dat in sommige gevallen handelingen die zijn verricht in het kader van kunst of wetenschap niet strafwaardig of niet strafbaar dienen te worden geacht, omdat zij bijvoorbeeld een hoger doel dienen of geacht worden die te dienen en een plaats moeten (kunnen) hebben binnen een (democratische) samenleving. In deze notie zijn elementen terug te vinden die handen en voeten geven aan de wijze waarop uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid plaatsheeft of dient plaats te hebben. Naast een belangenafweging, is ook ruimte voor beoordeling van noodzakelijkheid en evenredigheid, alsmede voor de mate van maatschappelijk te verwachten gedrag.

Om het uitgezonderd zijn van strafwaardigheid of strafbaarheid te kunnen duiden, dient niet alleen te worden gekeken naar regels van positief recht (zoals de hiervoor weergegeven verdragsbepalingen). De idee dat gedragingen, verricht in de context van kunst of wetenschap, onttrokken (moeten) zijn aan vervolging, aansprakelijkheid, veroordeling en bestrafing is immers ouder dan diverse positiefrechtelijke regels, grondrechten en vrijheden. In het navolgende zal daarom enerzijds (en eerst) de focus liggen op de vrijheid van meningsuiting als positiefrechtelijke ingang, nu deze in de praktijk wordt ingeroepen ter zake van gedragingen die zijn verricht binnen deze context.¹¹ Anderzijds (en daarna) zal aandacht worden besteed aan meer abstracte modaliteiten teneinde te kunnen duiden waarom uitzondering op strafwaardigheid of strafbaarheid aangewezen is of kan zijn.

Wanneer een verdachte, zijnde een kunstenaar of wetenschapper, zich ter zake van een gedraging moet verantwoorden ten overstaan van de strafrechter, zal hij zich (impliciet) op het standpunt kunnen stellen dat zijn vrijheid bij strafrechtelijk ingrijpen of een veroordeling ongerechtvaardigd is beperkt. De vrijheid van meningsuiting is niet absoluut. Deze kan worden beperkt op de voet van het tweede lid van art. 10 EVRM:

‘Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid,

11 Omdat art. 10 EVRM rechtstreekse werking heeft, voorrang heeft boven nationale wetgeving, niet subject is van het toetsingsverbod van art. 120 Gw en inroepbaar is bij de nationale rechter én het EHRM (dat bindende uitspraken kan doen) wordt in dit onderzoek met name aan de hand van dit artikel de materie geduid.

territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.’

De beperking dient te zijn voorzien bij een voorzienbare en toegankelijke wet(telijke bepaling), zodat de burger weet kan hebben van de beperking en dus weet ‘waar hij aan toe is’. Als de van toepassing zijnde wet(telijke bepaling) vaag of multi-interpretabel is, kan nog steeds aan de eis van voorzienbaarheid en toegankelijkheid zijn voldaan, indien bijvoorbeeld in (kenbare) jurisprudentie een nadere uitwerking is gegeven. De uitleg van de term ‘wet’ is in het kader van het EVRM overigens breder dan in het kader van de grondwet. Daar waar in de grondwet met ‘wet’ een wet in formele zin wordt bedoeld, wordt in het EVRM onder ‘wet’ ook begrepen wetgeving in materiële zin, rechtsbeginselen en kenbare jurisprudentie.¹²

Daarnaast dient bij een beperking, om gerechtvaardigd te kunnen zijn, de proportionaliteitstoets te worden doorstaan: de beperking moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Het feit dat een wettelijke bepaling het resultaat is van democratische besluitvorming brengt niet per definitie met zich dat de beperking (op grond van dat artikel) noodzakelijk is. Het moet gaan om een proportionaliteitsoordeel inhoudende dat er in het betreffende geval relevante en voldoende redenen zijn voor een beperking, waarbij die beperking proportioneel dient te zijn ten opzichte van het te bereiken doel.¹³ Daarbij komt, zoals blijkt uit de omschrijving van de eis, betekenis toe aan de ‘democratische samenleving’. Die democratische samenleving wordt volgens het EHRM gekenmerkt door pluralisme, verdraagzaamheid en ruimdenkendheid, waardoor er in beginsel ook ruimte dient te zijn voor uitlatingen die kunnen choqueren, kwetsen en verontrusten.¹⁴ Om te kunnen oordelen of de beperking in het betreffende geval noodzakelijk is in een democratische samenleving, wordt nagegaan in hoeverre de beperking een *pressing social need* oplevert.¹⁵ Die ‘dringende maatschappelijke behoefte’ moet beantwoorden aan de belangen die zijn geformuleerd in het tweede lid, de doelcriteria. Met andere woorden: de beperking van de vrijheid van meningsuiting is gerechtvaardigd indien een toegankelijke en voorzienbare wet aan de basis ligt van die beperking en die beperking de proportionaliteitstoets doorstaat, waarbij een belangenafweging wordt gemaakt tussen de beperking die beantwoordt aan een dringende maatschappelijke behoefte enerzijds en een bij art. 10 EVRM opgenomen geoorloofd doeleinde van beperking (of doelcriterium) anderzijds.

12 Janssens & Nieuwenhuis 2019, p. 21.

13 EHRM 7 december 1976, appl.no. 5493/72, NJ 1978/236 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*).

14 EHRM 7 december 1976, appl.no. 5493/72, NJ 1978/236 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 20 september 1994, appl.no. 13470/87, NJ 1995/366 m.nt. E.J. Dommering (*Otto Preminger Instituut t. Oostenrijk*).

15 EHRM 26 april 1979, appl.no. 6538/74, NJ 1980/146 (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

Deze doelcriteria uit het tweede lid van art. 10 EVRM zijn ruim geformuleerd (zoals 'bescherming van de rechten van anderen') en kennen overeenkomsten met achterliggende rechtsgoederen bij strafbepalingen. Men denke aan bescherming van de goede naam, hetgeen het achterliggende, te beschermen rechtsgoed is van de strafbaarstelling van belediging. Bij beantwoording van de vraag of de beperking beantwoordt aan een dringende maatschappelijke behoefte, speelt ook het beginsel van subsidiariteit een rol: indien een minder vrijheidsbeperkend middel hetzelfde legitieme doel beantwoordt, dient voor dat minder ingrijpende middel te worden gekozen en levert het ingrijpendere middel (eerder) een ongerechtvaardigde inbreuk op.

Bij die beoordeling komt de nationale instanties een zekere mate van discretionaire vrijheid toe, de *margin of appreciation*. Met die vrijheid krijgt (bijvoorbeeld) de nationale rechter ruimte om nationale culturele eigenheden, maatschappelijke opvattingen, tradities en gevoeligheden mee te wegen. De 'omvang' van de *margin of appreciation* is afhankelijk van de mate van consensus binnen de Raad van Europa omtrent (de betekenis van) te beschermen belangen. Daar waar een zekere consensus bestaat over begrippen als 'eer en goede naam' en 'nationale veiligheid', zal minder ruimte zijn voor invulling door nationale instanties. Voor nationale invulling van begrippen als 'goede zeden' en 'religieuze gevoelens' (als onderdeel van 'rechten van anderen') is meer ruimte. Dat de *margin of appreciation* niet de rechtseenheid en rechtszekerheid bevordert onderkent Dommering. Volgens hem geniet de artistieke uitingsvrijheid onder het EVRM een tamelijk willekeurige bescherming en is die uitingsvrijheid sterk overgeleverd aan het beleid van nationale autoriteiten.¹⁶

Op nationaal niveau kan de vrijheid van meningsuiting op diverse wijzen worden beperkt. Voor dit onderzoek is met name van belang strafbaarstelling van gedrag en in dat kader de opsporing, vervolging, berechting en tenuitvoerlegging daarvan.¹⁷ Het Wetboek van Strafrecht kent diverse bepalingen die een beperking van de vrijheid van meningsuiting (kunnen) opleveren. Met name de zogenoemde 'uitingsdelicten' verdienen in dit kader de aandacht. Uitingsdelicten zijn in beginsel te beschouwen als strafrechtelijke beperkingen van de vrijheid van meningsuiting, maar andersom is niet iedere strafrechtelijke beperking van de uitingsvrijheid te beschouwen als een uitingsdelict: het Wetboek van Strafrecht, alsmede gemeentelijke verordeningen, kennen bepalingen die niet zien op uitlatingen met een bepaalde inhoud, maar omvatten bijvoorbeeld slechts een verbod op de

16 Zie de noot van Dommering onder EHRM 20 september 1994, appl.no. 13470/87, NJ 1995/366 (*Otto Preminger Institut t. Oostenrijk*).

17 In dit onderzoek zal in mindere mate of geen aandacht zijn voor andere beperkingen van de vrijheid van meningsuiting, zoals inbeslagneming van goederen, maatregelen betreffende de openbare orde en bestuursrechtelijke vergunningen.

verspreiding van een drukwerk.¹⁸ De strafbaarstellingen van uitingsdelicten vormen, als gezegd, relevante voorbeelden van beperkingen van de vrijheid van meningsuiting. Daarmee is niet gezegd dat de vrijheid van meningsuiting of de excepties die ermee samenhangen slechts zien op uitingsdelicten. Ook bij andere delicten is het denkbaar dat de vrijheid van meningsuiting of de *exceptio artis et scientiae* een rol kan spelen. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld grafschennis, openbare schennis van de eerbaarheid en vernieling.¹⁹

De gedragingen, verricht in de bijzondere context van de kunst en de wetenschap kennen, anders dan bijvoorbeeld in het kader van het later aan de orde komende medisch beroepsrecht, in de meeste gevallen niet een noodzakelijk karakter. Hoewel een kunstenaar met een ingeving een drang kan hebben om een bepaald werk te vervaardigen, is het strafbare feit dat hij daarmee of in dat kader pleegt niet per definitie een delict dat inherent is aan zijn 'taak' als kunstenaar. Het is niet eenvoudig een gedraging te bedenken die een kunstenaar noodzakelijkerwijs *moet* plegen voor de uitwerking van de artistieke expressie. Voor wat betreft de wetenschapper ligt dit iets anders. Het is bijvoorbeeld heel wel voorstelbaar dat een dier leed wordt aangedaan in het kader van bijvoorbeeld medicijntesten. Als sprake is van dierenmishandeling (zie hieromtrent de navolgende bespreking over de werking van de *exceptio scientiae*) is de gedraging ingegeven door een 'zekere' noodzaak tot handelen.²⁰

De verdachte kan op nationaal niveau reeds een beroep doen op de vrijheid van meningsuiting. De fundamentele vrijheid heeft rechtstreekse werking en heeft voorrang op nationaal recht.²¹ De nationale strafrechter dient dan ook het fundamentele recht te effectueren: indien hij meent dat de nationale strafbepaling in het betreffende geval strijdig is met het fundamentele recht, dient hij te oordelen dat de nationale strafbepaling buiten toepassing moet blijven of dat deze verdragsconform restrictief moet worden geïnterpreteerd. Daarmee lijkt het fundamentele recht op nationaal niveau te omvatten een vrijheid *in primo*, alsmede een uitzondering op de beperking van diezelfde vrijheid: het eerste lid van art. 10 EVRM vormt in dergelijke

18 Janssens & Nieuwenhuis 2019, p. 6; zie verder voor een overzicht van uitingsdelicten p. 9.

19 Met betrekking tot vernieling is de casus die aanleiding gaf tot de uitspraak Rb. Amsterdam 26 februari 1997, 13/094004-97 (niet gepubliceerd) illustratief. De Russische kunstenaar en politiek-activist Alexander Brener sprayde, naar eigen zeggen als kunstzinnige daad, een groen dollarteken op het schilderij 'Suprematisme' van Kazimir Malevitsj en werd vervolgd voor vernieling.

20 Dat neemt niet weg dat in een groeiend aantal gevallen alternatieven zijn voor dierproeven.

21 Zie hieromtrent nader par. 2.3.3.3. Deze 'zekere' noodzaak is overigens echter (veelal) niet van dien aard dat kan worden gesproken van overmacht in de zin van noodtoestand (art. 40 Sr).

zaken de basis voor het op dergelijke wijze mogen gedragen, alsmede de basis voor een verweer indien de verdachte (desondanks) wordt vervolgd ter zake van die gedraging. In de volgende paragraaf zal hieraan nader inhoudelijk aandacht worden besteed.

Niet alleen fundamentele vrijheden, mensen- of grondrechten liggen in positiefrechtelijke zin ten grondslag aan het feit dat kunstenaars en wetenschappers bepaalde, op het eerste gezicht strafwaardige gedragingen mogen verrichten. Ook nationale bepalingen kunnen worden aangemerkt als voor de bijzondere context belangrijk toekomend recht of toekomende plicht tot handelen. Die bepalingen liggen dan ook aan de basis van de idee dat de context van kunst en wetenschap een min of meer besloten situatie betreft waarin deelnemers juridisch vrij zijn zich in die situatie te begeven en zich eraan te onttrekken. Zo vormen bepalingen omtrent bevoegdheden, veelal vindbaar in bijzondere wetgeving, mede de fundering van de bijzondere context. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan nationale bepalingen aangaande dierproeven,²² onderzoek naar radioactieve stoffen,²³ en wetenschappelijke voorlichting omtrent drugs.²⁴

Afrondend kan worden gesteld dat, zoals hiervoor reeds werd opgemerkt, een positiefrechtelijke bepaling niet de enige modaliteit is die meebrengt dat sprake is van het uitgezonderd zijn op strafrechtelijke aansprakelijkheid. Men kan bij diverse strafbepalingen ook de bestanddelen van de delictsomschrijving of de reikwijdte van de achterliggende norm zo (beperkt) uitleggen dat bepaald gedrag niet wordt geacht aan de basis te liggen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Of anders gezegd: in sommige gevallen zal een te ruime uitleg omtrent het bereik van de strafwet pas maken dat het gedrag van de kunstenaar of wetenschapper een delictsomschrijving vervult. Zo zal de kunstenaar of wetenschapper zich in de regel niet beperkt voelen in zijn vrijheid door de strafbaarstelling van belediging, dieren mishandeling of (kinder)pornografie *an sich*, maar zal hij zich met name beperkt voelen door een te ruime opvatting van strafwaardig gedrag.

Hiermee wordt gekomen tot een abstractere modaliteit van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid dan de modaliteit van de positiefrechtelijke toekomende (fundamentele) rechten. De kunstenaar of wetenschapper die zich verantwoordt voor zijn gedragingen ten overstaan van een rechter, kan in zijn verweer aan de orde stellen dat de strafrechtelijke norm te ruim wordt uitgelegd en dat zijn gedraging daarmee ten onrechte onder het bereik van die norm valt, dat de strafrechtelijke norm niet op hem of op zijn gedraging van toepassing is of dat de norm weliswaar van toepassing is, maar dat zijn handelen in strijd met de norm (vanwege de context)

22 Vgl. art. 1c Wet op de dierproeven.

23 Vgl. art. 75 Kernenergiewet

24 Vgl. art. 3b, tweede lid, Opiumwet.

wordt gerechtvaardigd. In de volgende paragraaf zullen deze verschillende ingangen van verweren aan de orde komen, die gemeenschappelijk hebben dat wordt benadrukt dat de uitzondering op de regel – de afkeuring op grond van een strafbepaling – niet aangewezen is, vanwege de context. De hierna te bespreken excepties vormen de uitzondering op de uitzondering, ofwel: een bevestiging van de vrijheden en belangen die gepaard gaan met kunst en wetenschap.

In dit onderzoek wordt overigens geen verdere aandacht besteed aan de vervolgingsuitsluitingsgronden van de artikelen 53, 54 en 54a Sr in het kader van drukpersdelicten en de daaraan gekoppelde begunstigingsmisdrijven. Deze zien namelijk op beantwoording van de vraag of het openbaar ministerie ontvankelijk is in de vervolging, de derde vraag van art. 348 Sv, en zien niet op de materiële vragen die dienen te worden beantwoord in het kader van art. 350 Sv.

3.2.2 De exceptie

3.2.2.1 *De kunstexceptie ('exceptio artis')*

Uit het voorgaande werd reeds duidelijk dat in gevallen waarbij een kunstenaar zich ten overstaan van de strafrechter moet verantwoorden voor zijn werk of uitlating, omdat zijn handelen (ogenschijnlijk) de bestanddelen van een strafbepaling vervult, onder omstandigheden de mogelijkheid bestaat een (succesvol) beroep te doen op de kunstexceptie, die ook wordt aangeduid met de Latijnse term *exceptio artis*. De artistieke expressie vormt de inhoudelijke basis van een verweer op basis waarvan zou moeten worden aangenomen dat geen sprake is van strafbaar of strafwaardig handelen. De meest voorkomende gevallen van een beroep op de kunstexceptie betreffen, als gezegd, casus waarin aan verdachten een uitingsdelict ten laste is gelegd.²⁵ Dat is ook niet verwonderlijk: de artistieke expressie vormt met intuïtie, fantasie en technische beheersing het fundament van kunst dat geldt als vrije scheppende vormgeving²⁶ en komt al snel in aanraking met delicten die uitingen vanwege hun inhoud strafbaar stellen, de uitingsdelicten.²⁷ Het resultaat van de artistieke expressie, het kunstwerk of de uiting anderszins, vormt dan het onderwerp van onderzoek. Van belang in dezen is dat het kunstwerk in zijn geheel en naar waarde moet worden beoordeeld, hetgeen inhoudt dat bijvoorbeeld het karakter van literaire werken in zijn volledigheid onderwerp van onderzoek is en dat niet enkele passages op zichzelf de aard van het hele werk bepalen.²⁸ Een zekere uitzondering

25 Cleiren & Bakker 2011, p. 34.

26 Rummelink 1995, p. 117.

27 Janssens & Nieuwenhuis, 2019, p. 3.

28 HR 12 april 1920, NJ 1920, p. 446 (*'De Hel' van Henri Barbusse*); uit HR 30 maart 1925, NJ 1925, p. 398 (*Pan*) blijkt dat losse delen van een tijdschrift voor afzonderlijke beoordeling in aanmerking kunnen komen. Zie ook Janssens & Nieuwenhuis 2019, p. 362.

hierop betreft het geval waarin een literair werk in belangrijke mate uit afbeeldingen bestaat, welke afbeeldingen los van de tekst mogen worden beoordeeld.²⁹

In het voorgaande werd eveneens duidelijk dat het maken van kunstwerken niet absoluut strafrechtelijk buiten schot blijft en dus ook geen vrijbrief vormt voor het begaan van strafbare feiten, omdat de vrijheid van meningsuiting – ook die van kunstenaars – kan worden beperkt (op de wijze die is beschreven in de vorige paragraaf). Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt immers dat: ‘Artists and those who promote their work are certainly not immune from the possibility of limitations as provided for in paragraph 2 of Article 10.’³⁰ Het EHRM acht het dan ook met het oog op de te beschermen belangen toelaatbaar dat er strafrechtelijke sancties volgen wanneer onder het mom van kunst strafbare feiten worden gepleegd. Dat was ook het geval in een zaak waarin iemand een kunstwerk had vervaardigd, bestaande uit kinderpornografische afbeeldingen, om aan te tonen dat dergelijke afbeeldingen eenvoudig raadpleegbaar en vindbaar waren via internet.³¹

Tevens zou het begaan van strafbare feiten met de artistieke expressie als dekmantel een misbruik van recht kunnen opleveren, op de voet van art. 17 EVRM:

‘Geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon een recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten met als doel de rechten of vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld teniet te doen of deze verdergaand te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien.’

In oudere, nationale jurisprudentie vindt men een vergelijkbare opvatting terug. Hoewel het in de betreffende zaak ging om een uiting in de vorm van een geschrift oordeelde de Hoge Raad dat: ‘Elk spoor van kunst ontbreekt (...) het geheel is vuilschrijverij.’³² In recentere jurisprudentie aangaande beledigende rapteksten is misbruik van recht als zodanig benoemd:

‘Hoewel kenmerkend is voor rap dat grove bewoordingen niet worden geschuwd, is de enkele omstandigheid dat de uitlatingen rijmen met de rest van de tekst van de rap, niet voldoende om van functionaliteit in het kader van artistieke expressie te kunnen spreken, terwijl ook anderszins niet van zo’n functioneel verband met de rest van die tekst is gebleken. Op grond van dit en een ander heeft het Hof geoordeeld dat de verdachte zijn artistieke vrijheid heeft misbruikt om de beledigingen te uiten.’³³

29 HR 20 december 1937, *NJ* 1938/881.

30 EHRM 24 mei 1988, appl.no. 10737/84, *NJ* 1991/685 (*Müller t. Zwitserland*), par. 34.

31 EHRM 10 mei 2011, appl.no. 1685/10 (*Kattunen t. Finland*).

32 Uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 9 februari 1940, geciteerd in HR 10 maart 1941, *NJ* 1941/486.

33 HR 26 juni 2018, *NJ* 2019/214 m.nt. E.J. Dommering, *NbSr* 2018/267 m.nt. S.R. Bakker.

Een absoluut werkende kunstexceptie is daarmee moeilijk voorstelbaar: een kunstenaar wordt niet per definitie gevrijwaard van strafvervolging en kunst sluit strafbaarheid niet zonder meer uit.³⁴ Hoewel Schalken in zijn dissertatie (met betrekking tot de pornografiebepaling) opmerkt dat 'strafwaardigheid van het aanstoot geven dient [te worden opgeheven] door het hogere belang van kunst' en dat kunst een 'zodanige expressievorm [is], waaraan de meest elementaire menselijke vrijheid ten grondslag ligt, dat elke beperking daarvan, zelfs in dubio, nimmer opweegt tegen een mogelijke kwetsing van eens anders eerbaarheidsgevoel,'³⁵ vormt in de praktijk het feit dat sprake is van kunst op zichzelf geen argument dat daarmee de gedraging van de kunstenaar buiten het bereik van het strafrecht valt.

Dat neemt, als eerder tot uitdrukking gebracht, niet weg dat in concrete gevallen de artistieke vrijheid, als bijzonder onderdeel van de vrijheid van meningsuiting, kan prevaleren boven strafrechtelijke aansprakelijkheid of strafrechtelijke rechtshandhaving. Of in het licht van art. 10 EVRM gezegd: in concrete gevallen kan strafrechtelijk ingrijpen als een ongerechtvaardigde beperking van de vrijheid van meningsuiting worden beschouwd. Een kunstwerk wordt, als gezegd, beschouwd als een uiting van een mening en wordt als bijdrage aan het publieke debat beoordeeld aan de hand van art. 10 EVRM. Diverse uitspraken van het EHRM maken duidelijk dat het EHRM, zonder een definitie te geven van *arts*, *artistic expression* of *artistic merit*, in kon gaan op de (al dan niet gerechtvaardigde) beperking van kunstwerken in de vorm van schilderijen, toneelstukken, films, video's, poëzie, romans, tekeningen, beeldhouwkunst en muziek.³⁶

Succesvolle beroepen op de kunstexceptie bij het EHRM – in de vorm van een beroep op de vrijheid van meningsuiting – zijn schaars, maar ze zijn er wel.³⁷ Zo deed het EHRM in 2007 uitspraak in de zaak *Vereinigung Bildender Künstler t. Oostenrijk* waarin expliciet de afweging werd gemaakt tussen enerzijds het belang van de artistieke expressie en anderzijds de individuele belangen van een (op een schilderij afgebeelde) politicus, in het bijzonder zijn portretrecht, eer en goede naam. In de zaak stond centraal het verbod van een tentoonstelling waarbij het schilderij 'Apocalypse' van Otto Mühl werd geëxposeerd. Op het betreffende schilderij werd de politicus afgebeeld in diverse seksuele posities samen met diverse andere bekende persoonlijkheden (onder wie Jörg Haider en Moeder Theresa). Het EHRM oordeelde dat het verbieden van de tentoonstelling in dit geval een onevenredige beperking (en daarmee een ongerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van meningsuiting) opleverde nu er ruimte moet zijn voor

34 Bakker & Van de Wetering 2015, p. 176; Janssens 1995, afl. p. 19; Velaers 2007, p. 1-25; Cleiren & Bakker 2011, p. 40; Van der Hoeven 1969, p. 113.

35 Schalken 1972, p. 119.

36 Vgl. Nieuwenhuis & Koning 2010, p. 70-78.

37 Bakker & Van de Wetering 2015, p. 177.

satire, overdrijving en vertekening van de werkelijkheid.³⁸ Daarmee heeft het EHRM voor het eerst expliciet en volledig bescherming toegekend aan de artistieke vrijheid boven andere maatschappelijke belangen.³⁹

Voor de nationale rechter bestaat er de mogelijkheid om (bestanddelen van) nationale strafbepalingen verdragsconform te interpreteren en rekening te houden met het beoordelingspatroon van het EHRM. Daarnaast kan de rechter, wanneer hij de belangen tussen enerzijds de artistieke vrijheid en anderzijds de te beschermen doelcriteria heeft afgewogen en hij van oordeel is dat de vrijheid van meningsuiting dient te prevaleren boven strafwaardigheid of strafrechtelijk ingrijpen, op de voet van de artikelen 93 en 94 Gw⁴⁰ de nationale strafbepaling buiten toepassing laten in het betreffende geval. Het gevolg daarvan is dat het feit weliswaar kan worden bewezen, maar dat het geen strafbaar feit oplevert, omdat het feit door het buiten toepassing laten niet kan worden gekwalificeerd, met ontslag van alle rechtsvervolgning tot gevolg. Het maakt hierbij kennelijk uit met welke delictsomschrijving de strafrechter 'van doen heeft' en of de rechter mogelijkheden ziet om reeds op bestanddeelniveau tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te komen, maar van consistente toepassing is lang niet altijd sprake: 'Het is ook verwarrend indien de ene rechter het belang van de vrijheid van meningsuiting verdisconteert in de delictsomschrijving van de belediging, terwijl een andere rechter art. 261 Sr buiten toepassing laat omdat de toepassing in strijd zou komen met art. 10 EVRM.'⁴¹

Daarmee is er op nationaal niveau ruimte om de belangen van de artistieke vrijheid op concrete wijze mee te wegen in het door hem te maken oordeel in een voorliggende zaak. Daarmee wordt een leemte opgevuld die door afwezigheid van wettelijk houvast, zoals een geschreven kunstexceptie, ontstaat.

In het verleden zijn verschillende pogingen gewaagd om een bijzondere strafuitsluitingsgrond betreffende de kunst op te nemen ter zake van (kinder)pornografie, maar zonder succes.⁴² Wel kende art. 240b Sr tot 1 oktober 2002 een bijzondere strafuitsluitingsgrond in het tweede lid: 'Niet strafbaar is degene, die een dergelijke afbeelding in voorraad heeft waarvan vaststaat dat hij deze voor een wetenschappelijk, educatief of therapeutisch doel gebruikt.' Een geschreven kunstexceptie werd uitdrukkelijk verworpen met de redenering 'dat iedereen wel zou kunnen zeggen dat zijn kinderpornografie kunst was.'⁴³ Hoewel een verwijzing naar de artistieke

38 EHRM 25 januari 2007, appl.no. 68354/01, *RvdW* 2007/452 (*Vereinigung Bildender Künstler t. Oostenrijk*), par. 33 e.v.

39 Schalken 2008, p. 640.

40 Art. 10 EVRM is immers een bepaling die een ieder verbindend is.

41 Janssens & Nieuwenhuis 2019, p. 414. Zie hieromtrent nader par. 5.2.4.1 en 5.2.4.2.

42 Zie o.a.: *Kamerstukken II* 1994/95, 23682, nr. 6, 9 en 14, en eerder de Novelle van Cort van der Linden, *Kamerstukken II* 1900/01, 100, nr. 2 en de Novelle Loeff, *Kamerstukken II* 1904/05, 80, nr. 2. Zie hieromtrent ook: Schalken 1972, p. 28-29; Sorgdrager 2009, p. 294.

43 Sorgdrager 2009, p. 294; Janssens & Nieuwenhuis 2019, p. 375.

expressie in de bijzondere strafuitsluitingsgrond ontbrak, was en is het niet uitgesloten dat er een ongeschreven kunstexceptie van toepassing kan zijn, bijvoorbeeld blijkend uit de woorden van minister van justitie Korthals-Altes: ‘Wanneer er sprake is van een tekening die valt onder de delictsomschrijving maar die kennelijk een uiting is van kunst, die kennelijk een uiting is van fantasie, [staat] het het openbaar ministerie altijd vrij (...) van vervolging af te zien, terwijl het ook de rechter vrij staat dan een beroep op de exceptio artis te aanvaarden.’⁴⁴

De vraag hoe de kunstenaar meer bescherming kan of moet krijgen dan ‘een gewone sterveling’ kan worden vertaald naar de vraag hoe de *exceptio artis* straf(proces)rechtelijk gestalte kan of moet krijgen. Het antwoord daarop is niet eenvoudig te geven. In de praktijk is de weg die wordt bewandeld, als gezegd, veelal gekoppeld aan de interpretatie van de tenlastelegging en de reikwijdte van de delictsomschrijving.⁴⁵ Volgens Rimmelink kan een beroep op de kunstexceptie inderdaad inhouden dat men stelt dat deswege van bijvoorbeeld ‘aanstotelijk voor de eerbaarheid’ of ‘belediging’ geen sprake kan zijn, maar volgens hem kan het beroep op de kunstexceptie ook worden beschouwd als een rechtvaardigingsgrond.⁴⁶ Ook Van Veen stelt dat van de kunstexceptie heel wel gezegd kan worden dat die een grond is die de wederrechtelijkheid uitsluit.⁴⁷

De kunstexceptie lijkt hiermee niet alleen een ongeschreven strafuitsluitingsgrond op te leveren, de exceptie kan er ook op neerkomen dat, omdat sprake is van (niet-normoverschrijdende) kunst, vervulling van een concreet bestanddeel niet kan plaatsvinden, of dat een strafbepaling niet kan worden toegepast, of dat het belang dat de delictsomschrijving, waarop de tenlastelegging is toegesneden, beoogt te beschermen, niet is geschonden door de gedraging van de verdachte.⁴⁸ Die benadering is analoog aan de gevallen van beroepen op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid,⁴⁹ die worden aanvaard of ‘weggewerkt’ via de weg van de reikwijdte van de tenlastelegging en/of de delictsomschrijving en interpretatie van (negatieve) bestanddelen van de norm.⁵⁰ In dit kader en met betrekking tot een strafzaak wegens groepsbelediging stelt ‘t Hart:

‘Indien men de kunstexceptie niet geheel wil uitbannen en althans het kunstwerk zijn relevantie wil toekennen bij de beantwoording van de materiële vragen van art. 350 Sv, komt de rechter voor hele netelige vragen te staan. Leijten

44 *Handelingen I* 1984/85, 2 juli 1985, p. 1451.

45 Cleiren & Bakker 2011, p. 40.

46 Rimmelink 1995, p. 117.

47 Van Veen 1986, p. 358.

48 Janssens 1995, p. 19.

49 In dezen kan ook worden gedacht aan de in par. 2.2.3.3 en 2.2.5 besproken leer van de sociale adequatie en de subsocialiteit van Vrij als derde element.

50 Cleiren & Bakker 2011, p. 41; Noyon/Langemeijer/Rimmelink, art. 239 Sr, aant. 6.

wijst daarop ook terecht: want hoe zou de rechter kunnen uitmaken wat wel of geen kunst is? Wat dat betreft biedt de constructie van de kunstexceptie als bewijsverweer duidelijke voordelen, althans voor zover het de motiveringsplicht aangaat. Maar dat betekent toch nog niet, dat de rechter buiten een opvatting over kunst en een (al dan niet te expliciteren) concrete beoordeling zou kunnen. De beide juridische constructies die hier spelen houden dat zelf al in. Indien men de kunstexceptie wil zien als een strafuitsluitingsgrond impliceert dat immers, dat iets wat discriminerend is toch wel kunst kan zijn (daarbij gaat het om discriminerend — of algemener: beledigend — in specifiek strafrechtelijke zin: dat valt niet precies samen met het gegeven dat mensen zich door kunst geschokt, beledigd of iets dergelijks kunnen voelen (...). Indien men echter de kunstexceptie wil zien als een bewijsverweer impliceert dat m.i., dat kunst dan nooit discriminerend kan zijn: is iets discriminerend, dan is het dus geen kunst.⁵¹

Het standpunt van de Hoge Raad in dezen is niet volledig te ontrafelen. De (ver)werking van de exceptie is weinig inzichtelijk. Voor 't Hart wordt slechts duidelijk dat de Hoge Raad er niets voor voelt om aan de rechter de verplichting op te leggen om gemotiveerd te beoordelen of iets al dan niet kunst is en dat 'de verhouding tussen enerzijds belediging en discriminatie en anderzijds kunst (...) verscholen [blijft] in het duister van de feitelijke oordeelsvorming.⁵²

De kunstexceptie is een veelzijdige exceptie, in die zin dat de exceptie op verschillende wijzen aan de orde kan komen in een concreet geval. De strafprocesrechtelijke verwerking van een beroep op de kunstexceptie is (mede) afhankelijk van de gedraging, (de strekking van) de delictsomschrijving en de daarop toegespitste tenlastelegging. Niet altijd is een concrete kwestie interpretatiegewijs op te lossen, omdat er een bestanddeel moet zijn waarvan het bewijs of de kwalificatie ter discussie kan komen vanwege het artistieke belang.⁵³ Van afwezigheid van een dergelijk bestanddeel zal bij uitingsdelicten overigens minder snel sprake zijn, omdat de delictsomschrijvingen daarvan veelal bestanddelen bevatten die correleren met (de inhoud van) de uiting. Of het interpretatiegewijs 'wegwerken', in het kader van consistentie bij de vaststelling van (uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid) de meest aangewezen methode is, zal in de analyse van de hoofdstukken 4 en 5 aan nader onderzoek worden onderworpen.

51 Zie de noot van 't Hart onder HR 11 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2272, NJ 1991/313. Deze zaak is geweest voordat de zogenaamde driestappentoets ter beoordeling van het beledigende karakter werd gehanteerd door de Hoge Raad. Zie omtrent de driestappentoets par. 5.2.4.1.

52 Zie de noot van 't Hart onder HR 11 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2272, NJ 1991/313.

53 Cleiren & Bakker 2011, p. 41.

3.2.2.2 De wetenschapsexceptie ('*exceptio scientiae*')

De wetenschapsexceptie, die ook wordt aangeduid met de Latijnse term *exceptio scientiae*, behelst een beroep op de omstandigheid dat de handeling deel uitmaakt van een werk van wetenschap op grond waarvan straffeloosheid wordt beoogd.⁵⁴ Als gezegd is tot 1 oktober 2002 inzake kinderpornografie een wetenschapsexceptie van kracht geweest in de hoedanigheid van bijzondere, geschreven strafuitsluitingsgrond: degene die dergelijke afbeeldingen in voorraad had, waarvan vaststond dat deze werden gebruikt voor een wetenschappelijk, educatief of therapeutisch doel, was niet strafbaar. De schrapping van de bijzondere strafuitsluitingsgrond had overigens niet het doel om het bezit van kinderpornografisch materiaal vanwege wetenschappelijk onderzoek naar kinderpornografisch materiaal of problematiek daaromtrent (weer) te criminaliseren. Het ging er met name om dat de bepaling overbodig zou zijn en dat er een duidelijker signaal moet worden afgegeven om misbruik van de bijzondere strafuitsluitingsgrond te voorkomen:

'Het tweede lid is overbodig, omdat het bezit van kinderporno met het uitsluitend doel kinderporno te gebruiken voor wetenschappelijke, educatieve of therapeutische doeleinden wegens het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid niet strafbaar is. Het tweede lid is onwenselijk, omdat in de praktijk is gebleken dat personen of instanties onder het mom van een wetenschappelijk educatief of therapeutisch oogmerk en met het beroep op het tweede lid een verzameling kinderporno aanleggen. Met het schrappen van het tweede lid wordt een onmiskenbaar signaal afgegeven dat het bezit van kinderporno strafwaardig en strafbaar is en zal worden vervolgd, tenzij een algemene strafuitsluitingsgrond vervolging of veroordeling in de weg staat.'⁵⁵

In het licht van dit onderzoek is met name relevant de notie dat bezit van kinderpornografisch materiaal, ook zonder wettelijk houvast, nog steeds straffeloos kan blijven, vanwege een geslaagd beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. Een vergelijkbare opvatting is overigens eerder door Korthals Altes gehuldigd, daar hij stelde dat sinds jaar en dag een ongeschreven strafuitsluitingsgrond geldt voor *bona fide* (voorlichtings)lectuur en -literatuur.⁵⁶ De wetenschapsexceptie in het kader van kinderpornografie is door het schrappen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond dus niet van tafel.

Ook ten aanzien van andere delicten kan de context van wetenschap van invloed zijn op de strafwaardigheid of strafbaarheid, zoals andere zedendelicten, maar ook uitingsdelicten en delicten als vernieling en (dieren)mishandeling. Zo kan het in het kader van het voorbereiden en

54 Janssens 1998, p. 358.

55 *Kamerstukken II* 2001/02, 27745, nr. 12. Zie hieromtrent ook (kritisch): Bogert 2003.

56 *Handelingen II* 18 oktober 1984, p. 717.

uitvoeren van medische experimenten, proeven en studies en het publiceren daarover, vóórkomen dat wetenschappers zich voor die handelingen moeten verantwoorden voor de strafrechter. De achtergrond van de exceptie is iets anders ingekleurd dan die van de (hierna te bespreken) exceptie van (medische) beroepsuitoefening:

‘Terwijl de medische behandeling ten doel heeft om in een bepaald geval, waarin leven en gezondheid in gevaar zijn, volgens erkende medische inzichten het leven of de gezondheid te behouden, wordt het experiment ondernomen om – zonder daarom een bepaald geval te willen genezen – onze kennis omtrent bepaalde fysiologische belangrijke feiten de vermeerderen.’⁵⁷

De vraag rijst ‘op welke wijze’ de wetenschappelijk onderzoeker gevrijwaard blijft van bestraffing vanwege bijvoorbeeld dieren mishandeling, wanneer hij volgens de geldende normen dierproeven uitvoert ten behoeve van de medische wetenschap⁵⁸ of bij andere gedragingen die zijn verricht in of vanwege de context van wetenschap. Bij gebrek aan wettelijk houvast (ook in het kader van andere delicten dan het bezit van kinderpornografisch materiaal) zal de rechter, zoals uit het navolgende blijkt, zich kunnen bedienen van verschillende opties.

Voorop moet worden gesteld dat een gegrond beroep op de wetenschapsexceptie in de praktijk betrekkelijk weinig vóórkomt.⁵⁹ Net als bij veel andere excepties geldt ook hier dat de jurisprudentie hieromtrent gering is, mede vanwege het anticiperen van het openbaar ministerie op de te verwachten uitkomst bij het nemen van de vervolgingsbeslissing. De haalbaarheids- of opportuniteitsvraag wordt negatief beantwoord als een succesvol beroep op een exceptie in de rede ligt, waardoor uitsluitel door de strafrechter niet kan worden bereikt.

De spaarzame vonnissen en arresten laten zien dat het belang van wetenschappelijk onderzoek kan meewegen bij de te maken beoordeling, maar dat de duiding ‘wetenschap’ door verdachten niet per definitie leidt tot een voor hem gunstige uitspraak: ook een absolute wetenschapsexceptie bestaat niet. Misbruik van de context van wetenschap levert geen straffeloosheid op.

In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2010 werd het beroep op de wetenschapsexceptie niet aanvaard.⁶⁰ Aan verdachte was ten laste gelegd dat hij een gewoonte had gemaakt van het bezit van gegevensdragers met daarop kinderpornografisch materiaal.

57 Van Bemmelen 1950, p. 53. Van Bemmelen zou overigens niet alleen aan de ‘fysiologische feiten’ willen denken, maar ook aan de ‘psychologische feiten’.

58 Kelk & De Jong 2019, p. 203.

59 Janssens 1998, p. 358. Ook na 1998 is het aantal zaken waarin een beroep is gedaan op de wetenschapsexceptie gering.

60 HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8215, NJ 2010/678.

In totaal bleek de in drie jaren opgebouwde verzameling te bestaan uit meer dan 41.000 kinderpornografische multimediatekstbestanden. Als verweer voerde de verdachte aan dat hij een maatschappijkritisch artikel wilde schrijven over de toegankelijkheid en verkrijgbaarheid van kinderpornografisch materiaal op het internet; de kinderpornografische afbeeldingen waren niet als illustratie bedoeld, maar als bewijsmateriaal; hij zou hebben geobserveerd, geregistreerd en gedocumenteerd en in die onderzoeksfase is hij blijven steken. Desalniettemin heeft het hof volgens de Hoge Raad op basis van de bewijsmiddelen niet onbegrijpelijk kunnen oordelen dat verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het strafbaar gestelde in art. 240b, tweede lid, Sr. De Hoge Raad waagt zich in dezen echter niet aan inhoudelijke opmerkingen over de wetenschapsexceptie.⁶¹

Een tot op zekere hoogte vergelijkbaar geval betrof een zaak waarin aan verdachte het bezit van kinderpornografisch materiaal was ten laste gelegd en de verdachte zich beriep op het feit dat hij had gehandeld met het oog op vervaardiging van een proefschrift.⁶² Het beroep op de *exceptio scientiae* kwam aan de orde in de hoedanigheid van een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid. De rechtbank was van oordeel dat van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid geen sprake is. Daarbij werd in overweging genomen dat de verdachte weliswaar contact heeft gehad met een hoogleraar over het schrijven van een proefschrift over kinderpornografie, maar dat hij nooit in een dienstverband aan een universiteit of als buiten-promovendus heeft gewerkt; dat de betreffende hoogleraar verklaarde dat het onderzoek zich zou richten op internet-ontwikkelingen, slechts informatie is verzameld en geen sprake was van ordening of rubricering; er 5 jaar geen serieus contact is onderhouden tussen verdachte en de hoogleraar en ten slotte dat er een hoeveelheid materiaal bij de verdachte is aangetroffen van 1,2 miljoen bestanden.

In een andere zaak, aangaande art. 137e Sr, slaagde een beroep op de wetenschapsexceptie eveneens niet. Verdachte had in voorraad ter verspreiding het geschrift 'Sechs Millionen Juden vergast-verbrannt?' waarin uitlatingen waren vervat die voor joden wegens hun ras beledigend waren. Een beroep op de wetenschapsexceptie ter zake van het in art. 137e Sr strafbaar gestelde, inhoudende dat de inhoud van het geschrift wetenschappelijk van aard is, raakt niet het bestanddeel 'anders dan ten behoeve van zakelijke

61 Een recenter geval met vergelijkbare feiten en omstandigheden betreft Rb. Gelderland 12 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4685 en in hoger beroep: Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2852.

62 Rb. Arnhem 29 april 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT4918.

berichtgeving'.⁶³ Indien de verdachte het geschrift in voorraad had met de intentie het schrijven van een wetenschappelijk artikel (in plaats van het door middel van een aanbiedingsbrief aanbieden aan haar relaties), had de wetenschapsexceptie op de verdachte zelf geslagen (en niet op het werk) en daarmee wellicht kansrijker geweest.⁶⁴

Ondanks deze gevallen waarin beroepen op de wetenschapsexceptie niet werden aanvaard, is een geslaagd beroep op de exceptie door de Hoge Raad niet uitgesloten. In een zaak aangaande de inbeslagneming en een vordering tot onttrekking aan het verkeer van enkele videobanden met daarop kinderpornografisch materiaal bij de 'Stichting Documentatiecentrum Homostudies Homodok' oordeelde de Hoge Raad dat bijvoorbeeld archivering in de context van wetenschap toelaatbaar is:

'Dit laatste sluit — naar het kennelijke oordeel van de rechtbank — niet uit dat in het kader van het wetenschappelijk onderzoek in beperkte kring van de banden gebruik zal worden gemaakt. Dit ligt in de lijn van het bedoelde wetenschappelijk onderzoek, zodat ook dit oordeel van de rechtbank niet onbegrijpelijk is.'⁶⁵

Hoewel het wetenschappelijk onderzoek of het dienen van wetenschappelijke vooruitgang als algemeen belang weinig dringend en in zekere zin vaag is, is de *exceptio scientiae* niet van nul en generlei waarde in het strafrecht. De mogelijkheid dát de wetenschapper die handelt conform de wetenschappelijke standaarden straffeloos kan blijven, leidt er in de regel al toe dat het openbaar ministerie rekening houdt met de betekenis van wetenschap in een specifiek geval en op basis daarvan ervan af kan zien om de betreffende zaak voor te leggen aan de strafrechter. Evidente gevallen waarin de belangen van wetenschappelijk onderzoek dienen te worden beschermd, komen daardoor niet op het bordje van de strafrechter terecht. Hoe de exceptie dan (toch) precies dient te worden verwerkt is weliswaar niet (volledig) te destilleren uit jurisprudentie, maar het laat zich evenwel goed voorstellen dat uitsluiting van strafrechtelijke aansprake-

63 HR 27 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0022, NJ 1988/538 m.nt. Th.W. van Veen. Zie ook in dit kader: *Kamerstukken II 1967/69, 9723*, nr. 3, p. 4 en 5. Het bestanddeel 'anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving' heeft betrekking op de openbaarmaking en/of verspreiding van het betreffende stuk en slaat dus niet op de inhoud van het stuk. Het bestanddeel werd opgenomen om voorlichting over rassendiscriminatie met de bedoeling om dergelijke verschijnselen aan de kaak te stellen, mogelijk te maken. Zie ook Janssens 1998, p. 71.

64 Overigens werd in de zaak wel door het hof overwogen dat 'het kwestieuze geschrift niet op een behoorlijke wijze in debat treedt met bestaand, historisch, wetenschappelijk bronnenmateriaal over de Tweede Wereldoorlog, in het bijzonder over de Jodenvervolgung.'

65 HR 19 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9189, NJ 1993/512. In deze zaak slaagde het verweer overigens niet, maar de Hoge Raad heeft in het algemeen overwogen dat in de context van wetenschap bezit en gebruik (voor archivering) van videobanden met kinderpornografisch materiaal niet strafbaar hoeft te zijn.

lijkheid, net bij als de kunstexceptie, op verschillende wijzen aan de orde kan komen.⁶⁶ Ook in het kader van wetenschap zou interpretatiegewijs een delictsbestanddeel geëlimineerd kunnen worden (al dan niet door verdragsconforme interpretatie), zou strijd met hoger recht, een beroep op het sociaal adequate of niet-subsociale karakter van de handeling⁶⁷ of een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid kunnen leiden tot kwalificatie-uitsluiting en wellicht het wederrechtelijke karakter van de gedraging kunnen worden weggenomen als strafuitsluitingsgrond. Hoe in het licht van deze verschillende modaliteiten (enige) systematiek kan worden aangebracht zal aan de orde komen in paragraaf 4.3.1.2.

3.3 (MEDISCHE) BEROEPSUITOEFENING

3.3.1 De context

In de uitoefening van verschillende beroepen worden uiteenlopende gedragingen verricht die naar de letter kunnen vallen onder de reikwijdte van wettelijke delictsoomschrijvingen. Voor sommige gevallen is door de wetgever reeds voorzien in een 'uitweg', zodat de strafrechter die over een dergelijk geval moet oordelen in de context van de beroepsuitoefening een concreet handvat heeft. Het beroepsmatig slopen valt niet onder de reikwijdte van de bepaling aangaande vernieling en het beroepsmatig opgraven van een lijk valt niet onder de reikwijdte van de bepaling aangaande lijkopgraving. Door toevoeging van de wederrechtelijkheid als (te bewijzen) bestanddeel blijven de sloper, die handelt met toestemming van de opdrachtgever, en de lijkopgraver, die handelt met toestemming van de in de Wet op de lijkbezorging genoemde bevoegde autoriteiten, buiten het bereik van het strafrecht.

Een andere 'uitweg' is die van de algemene, geschreven strafuitsluitingsgrond. In sommige gevallen zal de beroepsuitoefening gebaseerd zijn op of voortvloeien uit een wettelijk voorschrift of een (on)bevoegd gegeven ambtelijk bevel. Zo ging eens een deurwaarder strafrechtelijk vrijuit die werd vervolgd voor overtreding van een APV-bepaling waarin was verboden het zonder vergunning op straat plaatsen van goederen. Hij had ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak een huis ontruimd en vervolgens de inboedel op straat gezet. Vanwege een geslaagd beroep op art. 42 Sr en het deurwaardersreglement, bleef de deurwaarder straffeloos.⁶⁸

66 Kuijer, Van den Hurk & De Vries 2020, p. 105: 'een beroep op een dergelijke belangenafweging [zal] juridisch dienen te worden geplaatst in: de vorm van een bewijsexceptie (...) of de vorm van een kwalificatieverweer (...) of de vorm van een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.'

67 Zie Van Veenendaal 1993, p. 164.

68 HR 30 januari 1928, NJ 1928, p. 215.

Ook kan sprake zijn van strafuitsluitingsgronden die toegespitst zijn op een bepaalde beroepsgroep (al dan niet in bijzondere wetgeving).⁶⁹ Zo wordt de militair gevrijwaard van strafrechtelijke aansprakelijkheid door middel van specifieke op hem van toepassing zijnde gronden. In het tweede lid van art. 38 van het Wetboek van Militair Strafrecht is bijvoorbeeld een exceptie opgenomen die slechts van toepassing is op militairen met betrekking tot de uitoefening van het beroep: 'Niet strafbaar is de militair die geweld gebruikt in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met de regels die voor de uitoefening van die taak zijn vastgesteld.'⁷⁰ Een vergelijkbare bepaling betreft het nieuwe tweede lid van art. 42 Sr: 'Niet strafbaar is de ambtenaar die in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met zijn geweldsinstructie geweld gebruikt.'⁷¹ Hoewel de 'reguliere' strafuitsluitingsgronden voldoende bescherming bieden aan opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt, is volgens de regering een aparte, specifieke strafuitsluitingsgrond gerechtvaardigd en wenselijk, ter verduidelijking van de bijzondere, kwetsbare positie waar opsporingsambtenaren zich in bevinden.⁷² Waar anderen een stap achteruit mogen doen, moeten zij een stap vooruit doen. Een andere reden voor het inrichten van een nieuw kader is gelegen in het feit dat er een verschil bestaat tussen ambtenaren die op grond van een wettelijke bevoegdheid geweld gebruiken en personen voor wie het gebruik van geweld in beginsel bij wet verboden is.⁷³ Volgens Ten Voorde is de nieuwe strafuitsluitingsgrond met name van belang voor de fase waarin de officier van justitie dient te beslissen omtrent de vervolging; het beantwoorden van de haalbaarheids- of opportuniteitsvraag wordt vergemakkelijkt met de nieuwe strafuitsluitingsgrond nu deze vooral een verduidelijking omvat.⁷⁴ Dat neemt overigens niet weg dat de diffuse grondslag voor, de toegevoegde waarde van en de juridische gevolgen vanwege een nieuwe, geschreven strafuitsluitingsgrond aan (niet mis te verstane) kritiek onderhevig zijn.⁷⁵

69 Zie over het codificeren van contextgebonden excepties nader par. 5.4.1.

70 De opneming van deze strafuitsluitingsgrond in 2010 (*Stb.* 2010, 745) geschiedde ter legitimatie van geweldgebruik door militairen op een meer eenduidige wijze in de wet en ter explicatie van de bestaande situatie van straffeloosheid (en niet om een bestaande lacune te dichten); zie ook Kingma 2011, p. 207-220 en Coolen 2013, p. 47.

71 Wet van 12 mei 2021 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het opnemen van een specifieke strafuitsluitingsgrond voor opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt in de rechtmatige uitoefening van hun taak en een strafbaarstelling van schending van de geweldsinstructie en wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het opnemen van een grondslag voor het doen van strafrechtelijk onderzoek naar geweldgebruik door opsporingsambtenaren (geweldsaanwending opsporingsambtenaar), *Stb.* 2021, 233.

72 *Kamerstukken II* 2016/17, 34641, nr. 3, p. 10 en 13.

73 Ten Voorde 2021, p. 180.

74 Ten Voorde 2016a, p. 51 en 52.

75 Zie o.a.: Ter Haar, *AA* 2021, Dolman 2020, Van der Steeg, Ter Haar & Timmer 2017 en Mevis 2017b.

De wetgever heeft echter niet voor alle gevallen een 'uitweg' gerealiseerd. De strafrechter zal daarom voor de gevallen waarin geen sprake is van wettelijk houvast op zoek moeten gaan naar een modaliteit waarmee gedragingen in deze context, die (veelal) zijn verricht binnen een normale beroepsuitoefening en (daardoor) niet strafwaardig zijn, niet leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid (en daardoor ook: strafrechtelijke vervolging). Een ietwat theoretisch voorbeeld betreft de uitoefening van het beroep van advocaat, waarin gedragingen worden verricht die in de regel niet strafwaardig (hoeven te) worden geacht:

'Zo denken wij aan een advocaat, die ten behoeve van zijn cliënt een pleidooi houdt en daarbij opzettelijk de eer of goede naam van een derde aanrandt, hetgeen het misdrijf smaad oplevert (art. 261). Deed hij dit echter binnen een redelijke uitoefening van zijn taak als raadsman, dan wordt zijn gedrag gerechtvaardigd. In dit geval is er echter al een ook voor anderen geldende geschreven strafuitsluitingsgrond, nl. art. 261 lid 3 (kort gezegd: algemeen belang legitimeert). Ware dat niet het geval, dan zou de smaad als beroepsdaad zijn gerechtvaardigd.'⁷⁶

De aandacht in de literatuur en jurisprudentie (en ook in het navolgende) gaat in veel ruimere mate uit naar de uitoefening van het beroep van artsen en andere beroepen in de medische sfeer. De relatie tussen medisch-professionele handelingen en strafbaar gestelde gedragingen is echter een moeizame: 'De medicus grijpt nu eenmaal krachtens zijn beroep in door de rechtsorde zwaar beschermde rechtsgoederen (leven, lichaam) in, zodat hier gemakkelijk conflict kan ontstaan met het strafrecht.'⁷⁷

De context van de medische beroepsuitoefening laat zich kenmerken door een eigen normenstelsel, vervat in diverse (bijzondere) wetten en protocollen. De botsing van het normenstelsel van de artsen enerzijds met de strafrechtelijk gehandhaafde normen anderzijds stond bijvoorbeeld centraal in het reeds besproken Veearts-arrest. Uit het arrest kan volgens Enschedé worden gedestilleerd dat gedragingen, verricht in de context van de medische beroepsuitoefening, uitgezonderd (dienen te) zijn van strafwaardigheid:

'Wie, getoetst aan een door het recht aanvaard normstelsel, normaal zijn plicht doet blijft buiten bereik van het strafrecht. Omdat men in zo'n geval zelfs aan toetsing van het gedrag aan een delictsomschrijving niet toekomt, bestaat er ook aan een rechtvaardigingsgrond geen behoefte.'⁷⁸ Men heeft het arrest onder

76 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 359-360.

77 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 359.

78 Enschedé nuanceert zijn woorden overigens direct: 'Bij nadere overweging is deze volzin onhoudbaar. De rechter, in de zaak gemengd, zal op het verweer van de verdachte hoe dan ook het telastegelegde gedrag in het licht van de delictsomschrijving moeten toetsen en nagaan of in het gegeven geval de onrechtmatigheid blijkt te ontbreken.' Enschedé 1985, p. 32.

invloed van het strafprocesrecht – dat slechts spreekt van strafuitsluitingsgronden nadat de delictsomschrijving is vervuld – verkeerd gelezen. (...) De arts die handelt binnen de grenzen van het medisch normstelsel waarvan hij deel uitmaakt, is buiten bereik van de strafwet.⁷⁹

Enschedé lijkt hiermee aan te geven dat het handelen conform de normen van een door het recht gesteund en gerespecteerd normenstelsel ten grondslag ligt aan de idee dat dergelijk handelen niet in aanmerking mag komen voor een strafrechtelijke reactie. Dit is in lijn met hoe minister Modderman het ontwerp van het Wetboek van Strafrecht in de Tweede Kamer verdedigde en daarbij de verhouding aangaf tussen de rol van de arts en de strafbaarstelling van feiten die naar de letter kunnen worden verricht door een arts die volgens de regels van de beroepsgroep handelt. De straffeloosheid van de arts die volgens de regelen der kunst 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 het (daarom) niet uitdrukkelijk wenste te regelen.⁸⁰

‘Is het ooit bij iemand opgekomen art. 309 Code Pénal toepasselijk te achten op den chirurgijn, die een operatie verricht (...)? Als een letterknecht de toepasselijkheid beweerd had op grond, dat in dat artikel geheel in het algemeen van “faire des blessures” sprake is, dan zou de jurist, gedachtig aan het “scire leges non est verba tenere, sed vim ac potestatem”, het zelfs geen antwoord hebben nodig gekeurd.’⁸¹

Met een verwijzing naar het Latijnse adagium, dat zo veel inhoudt als ‘de wet kennen betekent niet slechts de woorden ervan begrijpen, maar ook hun kracht en strekking’, verdedigde hij de opvatting dat de handelingen van de arts, die worden verricht met het oog op *behandeling*, niet onder de reikwijdte van *mishandeling* (moeten) vallen. Hoewel in het Oorspronkelijk Regeringsontwerp mishandeling werd omschreven als ‘Hij die door enige daad aan een ander opzettelijk lichamelijk leed toebrengt of opzettelijk diens gezondheid benadeelt (...)’, werd, op voorstel van de Commissie van Rapporteurs van de Tweede Kamer, uiteindelijk volstaan met slechts de aanduiding ‘mishandeling’, opdat medische ingrepen (en opvoedkundige tuchtiging) logischerwijs niet onder de strafbepaling zouden vallen:⁸² ‘Wie (...) als chirurgijn, iemand een operatie doet ondergaan, veroorzaakt opzettelijk leed, maar wordt, daar leed daarbij geen doel, maar middel is voor een rationeel deel, niet gezegd te mishandelen.’⁸³

79 Enschedé 1985, p. 32.

80 Mevis 2011, p. 550.

81 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 469.

82 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 473-475.

83 Smidt 1881-1886, dl. II, p. 453-454

In de beraadslagingen in de Tweede Kamer werd de formulering overigens niet door iedereen toegejuicht. Kritische vragen werden gesteld omtrent de verhouding tussen de mishandeling van mensen en de mishandeling van dieren, omdat de term mishandeling in beide strafbaarstellingen op andere wijzen werd ingevuld. Gevreesd werd voor misverstanden vanwege het verschil in betekenis tussen ‘opzettelijk lichamelijk leed aandoen’ en ‘opzettelijk wreed handelen’.⁸⁴ Echter, de kritieken werden door onder anderen Patijn, lid van de Commissie van Rapporteurs, en Modderman weggewuifd. Het Gewijzigd Ontwerp met de summiere strafbepaling ‘Mishandeling wordt gestraft met (...)’ werd aangenomen.

Daarbij had Modderman er vertrouwen in dat de rechter de abstracte, in de wet neergelegde norm zou kunnen verfijnen in een concrete casus: ‘Deze natuurlijke nuances in de toepassing van het begrip kan met gerust aan de beoordeeling van den regter overlaten.’⁸⁵ Hoe de rechter uiteindelijk de medische exceptie heeft kunnen vormgeven en daadwerkelijk toepast bij de beoordeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt in de volgende paragraaf verder uitgewerkt. Daarvoor wordt eerst stilgestaan bij enkele kenmerken van de medische beroepsuitoefening, waarmee verder inzicht kan worden verkregen in de notie dat gedragingen, verricht in of vanwege deze context, uitgezonderd dienen te zijn van strafwaardigheid c.q. strafbaarheid.

De arts, die na het afleggen van de eed van Hippocrates – waarbij hij zweert of belooft de beroepsregels te zullen handhaven – het artsenberoep uitoefent, verricht diverse handelingen die slechts aan de arts zijn voorbehouden. De Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) regelt in Hoofdstuk IV expliciet welke handelingen zijn voorbehouden aan welke beroepsuitoefenaars. Op noodsituaties na is bijvoorbeeld alleen de arts, de tandarts, de verloskundige, de *physician assistant* en de verpleegkundig specialist⁸⁶ bevoegd om heilkundige handelingen te verrichten. De handelingen die in het kader van de zorgplicht van de betreffende beroepsbeoefenaar worden verricht, dienen volgens de regelen der kunst te worden uitgevoerd.

De vraag rijst hoe (schadelijke) handelingen, bijvoorbeeld verricht door grensoverschrijdende of onbekwame artsen, maar ook *alternatieve* genezers en onbevoegden, strafrechtelijk moeten worden gewaardeerd en hoe daartegen wordt opgetreden. De Wet BIG is voorzien van een bepaling, waarin

84 Van Loon 1910, p. 131-132; zie ook Wöretshofer 1992, p. 24-32.

85 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 477.

86 Zie art. 36 Wet BIG en de Regeling zelfstandige bevoegdheid verpleegkundig specialisten. ‘Verpleegkundig specialisten preventieve zorg’ en ‘verpleegkundig specialisten geestelijke gezondheidszorg’ mogen deze heilkundige handelingen overigens niet *zelfstandig* uitvoeren.

verschillende delicten zijn opgenomen die strafrechtelijk worden gehandhaafd. Degene die bij het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg buiten noodzaak schade of een aanmerkelijke kans op schade aan de gezondheid van een ander veroorzaakt, kan, indien hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat hij bij het verrichten van die handelingen schade of een aanmerkelijke kans op schade aan de gezondheid van een ander veroorzaakt, op grond van het eerste lid van art. 96 Wet BIG worden gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie. Degene die bij het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg buiten noodzaak schade of een aanmerkelijke kans op schade aan de gezondheid van een ander veroorzaakt, kan op grond van het tweede lid van art. 96 Wet BIG worden gestraft met hechtenis van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie. Blijkens art. 102 Wet BIG omvat art. 96 Wet BIG zowel een misdrijf (het eerste lid) als een overtreding (het tweede lid).

In de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, Titel 7, Afdeling 5) staan nadere regels over de overeenkomst tussen arts en patiënt inzake de geneeskundige behandeling. Bijzondere aandacht in dezen gaat uit naar art. 7:453 BW waarin is omschreven dat de hulpverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht neemt en daarbij handelt in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard. Tevens staat in art. 7:450 BW omschreven dat de verrichtingen ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst de toestemming van de patiënt vereisen. Hierbij is van belang dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen de toestemming voor het aangaan van de geneeskundige behandelingsovereenkomst enerzijds en de toestemming voor de medische handelingen zelf: 'Het sluiten van een overeenkomst tussen hulpverlener en patiënt betekent dus niet dat daarmee ook door de patiënt toestemming is gegeven voor medische handelingen. Dat moet op grond van art. 7:450 BW speciaal worden gevraagd.'⁸⁷

De handelingen die de arts verricht, zijn niet toevallig: ze mogen pas worden verricht na een erkende opleiding, op grond van een wettelijke bevoegdheid, vanwege een medische indicatie, volgens de medisch-professionele standaard en op basis van toestemming. Daarmee vervult de arts een bijzondere positie die een waarborg oplevert met het oog op het verrichten van bepaalde handelingen. Die bijzondere positie ligt dan ook ten grondslag aan het gegeven dat alleen artsen onder voorwaarden strafeloos handelingen mogen verrichten die, wanneer zij worden gepleegd

87 Leenen, Gevers & Legemaate 2020, p. 127.

door iemand anders dan een arts, strafbare euthanasie, hulp bij zelfdoding of abortus opleveren.⁸⁸

De vraag rijst wat precies maakt dat de arts strafrechtelijk vrijuit gaat of dient te gaan ingeval hij zich naar de letter schuldig maakt aan een wettelijke strafbepaling.

3.3.2 De exceptie

Omtrent de precieze grondslag en werking van een (medische) exceptie die ertoe moet leiden dat verrichtingen in de context van de (medische) beroepsuitoefening straffeloos blijven zijn – anders dan bij de andere in dit onderzoek centraal staande excepties – veel uiteenlopende opvattingen verdedigd. In het navolgende wordt een overzicht geschetst van verschillende in Nederland gehuldigde opvattingen,⁸⁹ waarna de (positiefrechtelijk) gangbare opvatting, die ook in de jurisprudentie aan de orde komt, nader zal worden besproken. In deze verkenning wordt met name de aandacht gevestigd op gevallen waarin de juiste beroepsuitoefening ‘dwingt tot’ een handeling die onder een delictsomschrijving is te brengen en dus inherent is aan de beroepsuitoefening. Het duidelijkst komt dit aan bod bij de vraag hoe de handelingen van de arts niet hoeven te leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Een eerste opvatting betreft die waarbij het handelen in het belang van de maatschappij centraal staat. In die opvatting, verdedigd door Lette van Oostvoorne, kan niet van strafbaarheid worden gesproken wanneer een (medisch) beroep wordt uitgeoefend dat hetzelfde belang dient als de strafwet:

‘Zoo zal een medicus een arm of been kunnen afzetten, zonder daarvoor strafbaar te zijn. (...) De grond der straffeloosheid van medici voor gewone operatiën is daarin gelegen dat het strafrecht bestaat in het maatschappelijk belang, dat ook de geneeskunst in hetzelfde belang wordt uitgeoefend en dus daarmee niet strijden kan.’⁹⁰

88 Zie art. 293, tweede lid, Sr (dat zowel op euthanasie als op hulp bij zelfdoding van toepassing is): ‘Het in het eerste lid bedoelde feit is niet strafbaar, *indien het is begaan door een arts* [mijn cursivering, SB] die daarbij voldoet aan de zorgvuldigheidseisen, bedoeld in artikel 2 van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding en hiervan mededeling doet aan de gemeentelijke lijkschouwer overeenkomstig artikel 7, tweede lid, van de Wet op de lijkbezorging’, alsmede art. 296, vijfde lid, Sr: ‘Het in het eerste lid bedoelde feit is niet strafbaar, *indien de behandeling is verricht door een arts* [mijn cursivering, SB] in een ziekenhuis of kliniek waarin zodanige behandeling volgens de Wet afbreking zwangerschap mag worden verricht.’ In de volgende paragraaf komt overigens aan de orde dat ten aanzien van (in elk geval) euthanasie geldt dat de medische exceptie *niet* van toepassing is.

89 Zie voor een beschrijving van andere, met name in Duitsland verdedigde opvattingen: Van Dam van Isselt 1902.

90 Lette van Oostvoorne 1882, p. 18.

In het verlengde daarvan stelt Witsen dat, om het strafbare karakter van de handeling die wordt verricht in de uitoefening van een erkend beroep te doen ontvallen, er tevens sprake moet zijn van een zedelijk doel dat met de uitoefening van dat beroep wordt nageleefd.⁹¹ Het nadeel dat aan deze opvatting kleeft is dat op deze wijze de moraal een belangrijk, maar onzeker (of in de woorden van Bijleveld: gevaarlijk)⁹² richtsnoer wordt bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid als de moraal afwijkt van het maatschappelijk belang.

Een andere opvatting is verdedigd door Oppenheim en betreft die van strafeloosheid op grond van het gewoonterecht.⁹³ Daar waar een geschreven exceptie niet voorhanden is zou de arts gevrijwaard moeten blijven van strafrechtelijke aansprakelijkheid door het ongeschreven recht. Zeker in de tijd voorafgaand aan het Veearts-arrest, waarin het gewoonterecht geen plaats leek te hebben in het strafrecht, werd deze opvatting bekritiseerd en niet begrepen:

‘Waarvoor dienen dan onze bepalingen over noodweer, ambtelijk bevel enz.; die zeggen: ja, er is een regel van het gewoonterecht “nood breekt wet” enz. Neen, het is onjuist, om op een in de wet strafbaar gesteld feit, op grond van het gewoonterecht een uitzondering te maken.’⁹⁴

Volgens Van Hamel is het het wettelijke recht om het beroep uit te oefenen dat beslissend is bij de beoordeling van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁹⁵ Hij hanteert een zekere regel-uitzonderingredenering, waarbij de operatieve ingreep van de arts moet worden gezien als vallend onder de reikwijdte van een delictsomschrijving, om vervolgens de rechtvaardiging aanwezig te achten, die volgens hem dus gestoeld is op het wettelijk erkende recht van de beroepsuitoefening.⁹⁶ Een vergelijkbare opvatting is daarvoor al beschreven door Dorbeck, die de grondslag voor rechtvaardiging zag in een wettelijk voorschrift, waaruit een bepaald recht kan worden afgeleid:

‘In principe dient te worden aangenomen, dat er buiten de genoemde nog andere rechtvaardigingsgronden bestaan; wanneer men b.v. uit eenig wettelijk voorschrift een recht kan afleiden in strijd met een of ander algemeen verbod, dan ontstaat daaruit de bevoegdheid te doen of na te laten datgene, waartoe dat wet-

91 Witsen 1888, p. 31.

92 Bijleveld 1883, p. 35.

93 Oppenheim 1892, p. 16-20.

94 Van Dam van Isselt 1902, p. 32.

95 Van Hamel 1927, p. 256.

96 Het gaat hierbij dus om een regel-uitzonderingverhouding gezien vanuit het perspectief van het (nationale) strafrecht: de delictsomschrijving is de regel; de exceptie is de uitzondering. Zie voor een nuancering hierop vanuit het perspectief van (fundamentele) vrijheden par. 2.4.

telijk voorschrift machtigt, en heeft men een rechtvaardigingsgrond voor zijne gedraging, die zonder dat wettelijk voorschrift, volgens het algemeen verbod onrechtmatig zou moeten worden genoemd. Dit algemeene standpunt innemende, vloeien rechtsgeldige, alhoewel dan ook niet door den wetgever als zoodanig *uitdrukkelijk* erkende rechtvaardigingsgronden uit:

I Wettelijk erkende beroepen (geneeskundigen enz.) (...)'

Tegen de opvatting van het beroepsrecht als rechtvaardiging werd ingebracht dat de wet (slechts) een bevoegdheid verleent – en dus onbevoegden uitsluit – en daarmee nog geen uitzondering op strafrechtelijke aansprakelijkheid in het leven roept; de medicus blijft onderworpen aan het strafrecht: 'Vergeet Prof. v. Hamel hier wellicht niet, dat ondanks den medicus toegestaan is de geneeskunde uit te oefenen hij toch onderworpen blijft aan ons Wetboek van Strafrecht?'⁹⁷ Of in de woorden van Leenen: 'De wettelijke regeling van beroepen beoogt niet voor die beroepen een uitzonderingspositie te scheppen in het strafrecht en medisch handelen kan bovendien in omstandigheden strafrechtelijk mishandelen zijn.'⁹⁸ Bovendien is er heel wat voor te zeggen om niet de mishandeling aanwezig te achten om vervolgens een rechtvaardiging te zoeken, maar om in eerste instantie al niet te spreken mishandeling.

Een meer positiefrechtelijke insteek is verwerking van de problematiek over de band van de bewijsvraag, in het bijzonder toegespitst op de vraag of er sprake is van opzet. In deze opvatting wordt ervan uitgegaan dat iemand die zich houdt aan de medische-professionele standaard en in dat kader handelingen verricht geen opzet heeft op bijvoorbeeld het toebrengen van lichamelijk leed. Hiermee is deze opvatting niet geschikt in het licht van culpoze delicten, zoals zware mishandeling door schuld. Toegespitst op de mishandelingsbepaling zou het normaal medisch handelen van de arts bij deze constructie buiten de werking van het artikel vallen, omdat voor een bewezenverklaring van mishandeling vast zou moeten komen te staan dat sprake is van (impliciet) opzet met de betekenis van oogmerk.⁹⁹ De vraag rijst dan evenwel of het oogmerk, voor het realiseren van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, dient te zijn gericht op de medische ingreep zelf (de materiële handeling; het middel), op het leed (het gevolg), of op de vermindering dan wel genezing van de patiënt (het doel). Volgens De Doelder en 't Hart lijkt de vraag naar het opzet samen te vloeien met en over te gaan in de vraag naar de wederrechtelijkheid, nu beoordeeld wordt of het een redelijk middel betrof dat in verhouding staat tot het redelijke, beoogde doel, over de band van de opzetkwestie.¹⁰⁰ Daarmee komen objectieve omstandigheden niet rechtstreeks maar via een bijzondere inter-

97 Van Dam van Isselt 1902.

98 Leenen 1996, p. 266.

99 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. I, p. 82.

100 De Doelder & 't Hart 1978, p. 61.

pretatie van opzet ‘aan hun trekken’. Mevis stelt, indachtig de argumentatie van Van Dam van Isselt, dat de beste bedoelingen en het hoger gelegen doel een blijf zijn van het *motief* van de arts. Motief en opzet of oogmerk zijn echter niet hetzelfde. Het was ook het motief van handelen van de dader wat de wetgever nu juist betrekkelijk consequent *niet* wilde gebruiken om strafbaarheid of straffeloosheid op basis van in een strafbepaling aangegeven gedrag te vestigen.¹⁰¹ Het motief kan ‘slechts’ een rol spelen bij de straftoemeting.¹⁰²

Een opvatting die eveneens uit de wetsgeschiedenis kan worden gedestilleerd en uitdrukkelijker door de wetgever lijkt te zijn gehuldigd bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht¹⁰³ is die waarbij het medisch-professioneel, *lege artis* handelen *qua talis* niet wordt aangemerkt als mishandelen, waardoor dergelijk handelen niet onder het bereik van de strafbepaling kan vallen.¹⁰⁴ Niet alleen uit het spraakgebruik valt af te leiden dat het om twee verschillende zaken gaat,¹⁰⁵ uit de betekenis van het woord mishandeling zou al voortvloeien, dat medische ingrepen daar niet onder vallen.¹⁰⁶ Het gaat immers niet om ‘verstoring’, maar om ‘herstel van verstoring’,¹⁰⁷ althans de inspanningen daartoe.¹⁰⁸ Bovendien geldt als uitgangspunt dat strafwaardig gedrag moet zijn beschreven in een voorafgaande wettelijke delictsomschrijving; iets dat niet strafbaar is (medisch professioneel, *lege artis* handelen), hoeft dan strikt gezien niet geregeld te worden. Volgens Pompe is, omdat de medicus ‘van huis uit niet strafbaar’¹⁰⁹ is ook ‘een afzonderlijke behandeling van straffeloosheid [bijvoorbeeld over de band van de strafuitsluitingsgronden, SB] bij de uitoefening van het beroep (...) in het algemeen ook overbodig.’¹¹⁰

Deze opvatting kan als basisgedachte worden aangemerkt bij de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid, zij het dat de oplossing van het probleem niet helemaal sluitend lijkt te zijn. Immers, de nadruk ligt vooral op het realiseren van of inspannen voor het doel, alsmede de aard van de handeling: de behandeling. De toestemming van de patiënt heeft hierbij geen uitdrukkelijke plaats.¹¹¹ Verder is het kwestieus of

101 Mevis 2011, p. 551; Van Dam van Isselt 1902, p. 48.

102 Wöretshofer 1992, p. 37.

103 Zie de opmerkingen van o.a. minister Modderman in de vorige paragraaf.

104 Van Bemmelen 1950, p. 52; R Emmelink 2003, p. 492.

105 Van Dam van Isselt duidt dit als volgt: ‘[men] vraagt (...) niet: onder wiens mishandeling zijt ge? Wie mishandelt U? Altijd zal de vraag luiden: onder wiens behandeling zijt ge? of, wie behandelt U?’, Van Dam van Isselt 1902, p. 55-56.

106 De Doelder & ‘t Hart 1978, p. 60.

107 Leenen, Gevers & Legemaate 2020, p. 665.

108 Simons 1937, p. 297: ‘Ik zou (...) het karakter van mishandeling willen ontzeggen, onverschillig of door de behandeling het voorgestelde doel bereikt wordt of niet.’

109 Van Bemmelen 1950, p. 52.

110 Pompe 1959, p. 113.

111 Wöretshofer 1992, p. 40.

deze opvatting ook tot straffeloosheid kan leiden in het kader van bijvoorbeeld het feit zware mishandeling (bijvoorbeeld in geval van amputaties), dat in art. 302 Sr wel door de wetgever nader is omschreven.¹¹²

De Veearts-jurisprudentie en de ontwikkelingen in de strafrechtsdogmatiek nadien hebben geleid tot *twee* opvattingen die niet veel van elkaar verschillen en met elkaar gemeen hebben dat de grondslag voor straffeloosheid is gelegen in het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid: 'Zij gaat uit van de gedachte dat de strafbaarstelling in de wet berust op de veronderstelling dat de betrokken gedraging in strijd is met het recht. Dat is echter niet steeds het geval, zoals bij medisch-professionele handelingen als aan de gestelde eisen is voldaan.'¹¹³ Hierbij kunnen ook aanvullende eisen, zoals de toestemming van de patiënt (die – in het licht van de hiervoor besproken opvatting – door de wetgever niet als eis werd gebedigd) worden verwerkt. Sterker nog: 'belangrijk is dat in de rechtsontwikkeling de grenzen van het medisch-professioneel handelen en de toestemming van de patiënt een veel sterker accent hebben gekregen dan ze ten tijde van de totstandkoming van het Sr hadden.'¹¹⁴

In de ene opvatting valt de arts onder het bereik van de delictsomschrijving, maar wordt zijn handelen niet aangemerkt als materieel wederrechtelijk. De handeling van de arts is daarmee onderwerp van de strafuitsluitingskwestie, nadat is vastgesteld dat het feit is bewezen en het bewezenverklaarde kan worden gekwalificeerd.

In de andere opvatting is de handeling van de arts materieel niet wederrechtelijk en zonder die wederrechtelijk is de 'handeling' niet 'mis'. De wederrechtelijkheid als impliciet bestanddeel kan dan niet worden bewezen.¹¹⁵

Ook tegen deze benaderingen zijn argumenten in te brengen. Zo doet het bij de eerste opvatting gekunsteld aan om een feit bewezen te verklaren en het bewezenverklaarde te kwalificeren als strafbaar feit, om vervolgens de wederrechtelijkheid afwezig te achten. In dat geval wordt de letterknechterij waar de wetgever bang voor was¹¹⁶ toch verwezenlijkt en lijkt er tevens een krenking van een rechtsgoed (fictief) aanwezig te worden geacht, terwijl deze krenking er niet is:¹¹⁷

112 Zie Van Loon 1910, p. 143-144. Positiever in dezen is Simons, die stelt: 'Wel biedt daarbij de in art. 302 behouden de redactie eenige moeilijkheden, maar daar dit artikel toch slechts een zwaarderden vorm omschrijft van het misdrijf van art. 300, is ook in verband met het opschrift van den Titel en de aan het misdrijf van art. 302 gegeven qualificatie, de redeneering toegelaten, dat een feit, dat niet valt onder art. 300, zeker niet kan vallen onder de zwaardere bepaling van art. 302.' Simons 1937, p. 298.

113 Leenen, Gevers & Legemaate 2020, p. 665.

114 Leenen, Gevers & Legemaate 2020, p. 665.

115 De Doelder & 't Hart 1978, p. 61; Vgl. de conclusie van AG Vegter, PHR 10 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:585 en de conclusie van AG Bleichrodt, PHR 24 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1673; Nan 2014, p. 52-54.

116 Zie het citaat uit de vorige paragraaf.

117 Zie hieromtrent nader par. 4.2.2.3.

‘T.a.v. de heelkundige ingreep in relatie met de strafbepalingen die mishandeling verbieden, kan worden opgemerkt dat het beschermen van de gezondheid en het trachten te voorkomen van (verder) leed niet gezegd kunnen worden die schendingen van het betrokken rechtsgoed op te leveren, die met de term “mishandeling” worden aangeduid; zo een ingreep valt dus normaliter niet onder deze strafbepalingen en aan de vraag of de geneeskundige gerechtvaardigd is, komt men niet eens toe. (...) Het Huizense-Veeartsarrest (HR 20-2-1933, NJ 1933, 918) levert bezien vanuit het model dat de waarde van het rechtsgoed belicht, niet de ongeschreven rechtvaardigingsgrond op, maar wijst op niet-toepasbaarheid van de delictsomschrijving.’¹¹⁸

Bij de tweede opvatting wordt afgeweken van de bedoeling van de wetgever die de wederrechtelijkheid geen onderdeel heeft willen laten uitmaken van de delictsomschrijving, ongeacht de woordkeuze. De wetgever heeft bijvoorbeeld ook niet de noodweersituatie buiten het bereik van de bepaling willen houden door een extra bestanddeel. De bepaling in het Oorspronkelijk Regeerings-Ontwerp bevatte geen bestanddeel ‘wederrechtelijk’ of een variant daarop. Deze luidde:

‘Hij die door eenige daad aan een ander opzettelijk lichamenlijk leed toebrengt of opzettelijk diens gezondheid benadeelt, wordt, als schuldig aan mishandeling, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar en zes maanden of geldboete van ten hoogste vijftig gulden.’¹¹⁹

Verder komen volgens Wöretshofer in de tweede opvatting de subjectieve bestanddelen onterecht een (te) belangrijke rol toe. Het opzetvereiste en het wederrechtelijkheidsvereiste raken met elkaar vervlochten: de eisen die via het bestanddeel opzet worden gesteld betreffen eigenlijk de vraag naar de wederrechtelijkheid.¹²⁰ Ten slotte wordt bij zowel de eerste als de tweede opvatting ook geen straffeloosheid verklaard in geval van de eerder genoemde amputatie die *zware* mishandeling kan opleveren.

In het verlengde van de laatst beschreven opvattingen ligt de opvatting die Vermunt verdedigt. Indien de rechter van oordeel is dat de handeling van de verdachte, (*in concreto*: de medische ingreep) de grenzen van het maatschappelijke normaal-beeld niet heeft overschreden en dus sociaal adequaat is,¹²¹ zal hij tot de conclusie moeten komen dat er geen sprake is van mishandeling *als bedoeld in* de mishandelingsbepaling.¹²² De arts die de medische ingreep verricht is daarmee (in het betreffende geval) geen normadressaat van de bepaling.

118 Machielse 1979, p. 41.

119 Smidt 1881-1886, dl. II, p. 449.

120 Wöretshofer 1992, p. 47.

121 Zie par. 2.2.3.3.

122 Vermunt 1984a, p. 119.

Van Veenendaal ziet in deze leer van de sociale adequatie, in combinatie met de leer van de subsocialiteit van Vrij,¹²³ ‘redelijke toetsen’ bij de beoordeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid bij medisch (experimenteel) handelen:

‘Als er sprake is van sociaal inadequaat handelen zonder dat er subsocialiteit in het geding is, zijn mogelijk de normen van het medisch beroepsrecht overschreden en zal er wellicht reden zijn voor een tuchtrechtelijke ingrijpen. In het algemeen zal het medisch (experimenteel) handelen als sociaal adequaat worden aangemerkt en is er per definitie geen sprake van subsocialiteit, zodat men aan nadere toetsing niet toekomt. Als zou blijken, dat de behandeling sociaal inadequaat is en er tevens sprake is van (veronderstelde) subsocialiteit, moet zij in principe strafwaardig geacht worden. Zodra dus bij een medisch (experimentele) behandeling aan de subsocialiteit is voldaan, moet de strafwaardigheid volgens het commune strafrecht worden nagegaan.’¹²⁴

Wanneer naar het commune strafrecht wordt gekeken, in het bijzonder naar de jurisprudentie, is te zien dat de Hoge Raad een medische exceptie erkent:¹²⁵

‘Uit de geschetste geschiedenis en de aangehaalde jurisprudentie en literatuur is wel op te maken dat is aanvaard dat een arts, indien hij zou worden vervolgd wegens het toebrengen van pijn of (zwaar) lichamelijk letsel omdat zijn optreden binnen de letter van de desbetreffende strafbepaling valt, zich met vrucht kan beroepen op zijn recht als medicus in het belang van zijn patiënt in het kader van een medische ingreep aldus te handelen.’¹²⁶

Dat betekent (vanzelfsprekend) niet dat een arts te allen tijde gevrijwaard is van strafrechtelijke vervolging. Een arts kan in zijn hoedanigheid ook grenzen overtreden, waardoor de medische exceptie niet succesvol kan worden ingeroepen.¹²⁷ Voor een succesvol beroep op deze exceptie dient te worden voldaan aan drie eisen:

123 Zie par. 2.2.5.

124 Van Veenendaal 1993, p. 164.

125 Zie overigens daarvoor al: Rb. Groningen 1 maart 1984, ECLI:NL:RBGRO:1984:AB7546, NJ 1984/450: ‘Deze medische exceptie houdt in dat een handelen of nalaten, waardoor de bestanddelen van enig strafbaar feit vervuld worden niettemin niet strafbaar is, wanneer deze gedraging geboden is op grond van medische noodzaak, dan wel uit het oogpunt van medische hulpverlening dringend wenselijk is, indien en voorzover als de gedraging bestaat in een medische ingreep of nalaten daarvan, waarbij alle door de medische wetenschap en praktijk vereiste zorgvuldigheid in acht is genomen.’

126 HR 21 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9531, NJ 1987/607 m.nt. G.E. Mulder. In dit arrest, dat is gewezen vóór de inwerkingtreding van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, is overigens overwogen dat de medische exceptie *niet* van toepassing is op euthanasie.

127 Zie bijv. Rb. Breda 10 december 1987, ECLI:NL:RBBRE:1987:AC1752, NJ 1988/714, waarbij een tandarts onnodig boorde en gaatjes vulde.

'Aan de medische exceptie worden de volgende eisen gesteld:

1. de handeling is medisch geïndiceerd met het oog op een concreet behandelingsdoel;
2. de handeling wordt volgens de regelen der kunst verricht;
3. de handeling wordt met toestemming van de betrokkene uitgevoerd.¹²⁸

Dit betreffen cumulatieve voorwaarden. Hiermee wordt beklemtoond dat het vereiste van medische professioneel, *lege artis* handelen, dat de boven- toon voerde in de hiervoor besproken opvattingen, in de strafrechtspraktijk nog niet toereikend is om uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te realiseren. De eerste twee voorwaarden kunnen worden gezien als de rechtvaardiging van het handelen op zichzelf (uit medisch oogpunt) en de toestemming van de patiënt is, zoals het in de vorige paragraaf besproken civiele recht reeds impliceerde, een belangrijke aanvullende voorwaarde. 'Ontbreekt die, dan zal de "heil-handeling", hoe vakkundig ook uitgevoerd, toch nog weer als een mishandeling (enz.) moeten worden aangemerkt.'¹²⁹ Een uitzondering betreft overigens de situatie waarin de patiënt niet in staat is om deze toestemming te geven, bijvoorbeeld door bewusteloosheid of coma; dan mag de toestemming worden verondersteld.¹³⁰

In het licht van de hiervoor veel aan bod gekomen mishandelingsbepaling, zou een geslaagd beroep op de medische exceptie een vrijspraak opleveren, hetgeen is ingegeven door de definitie die de Hoge Raad hanteert: 'het aan een ander opzettelijk toebrengen van pijn of letsel zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat' en 'onder omstandigheden ook het bij een ander teweegbrengen van min of meer hevige onlust veroorzakende gevaarwording in of aan het lichaam'.¹³¹ De medische exceptie wordt in deze opvatting als rechtvaardigingsgrond gezien die leidt tot het niet bewezen kunnen verklaren van 'mishandeling', indien deze term is gebezigd in de tenlastelegging.

Bij het bewezen verklaren van een zware mishandeling wordt houvast gevonden in de wettelijke strafbepaling van art. 302 Sr, waarin de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond niet als zodanig is terug te vinden. Een geslaagd beroep op de medische exceptie zou dan een ontslag van alle rechtsvervolgung opleveren.¹³²

128 Rb. Den Haag 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243, r.o. 6.2.3. (In hoger beroep Hof Den Haag 20 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382 en in cassatie HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1093, NJ 2020/273.) Zie ook: Rb. Oost-Brabant 7 mei 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2721.

129 Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 361.

130 Leenen 1996, p. 267.

131 HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2677, NJ 2014/402.

132 Zie hieromtrent nader par. 4.3.2 en 5.2.5.

Een geslaagd beroep op de medische exceptie lijkt overigens niet ter zake van alle feiten mogelijk:

‘Op grond van de literatuur en jurisprudentie ontkomt men niet aan de indruk dat het beroepsrecht vanwege zijn algemeen legitimerende strekking niet spoedig met succes kan worden ingeroepen bij vergrijpen die men in het algemeen ernstig of zwaar acht of die maatschappelijk dan wel politiek gevoelig liggen.’¹³³

Hierbij kan worden gedacht aan euthanasie,¹³⁴ hulp bij zelfdoding en abortus. Tevens is het de vraag of een geslaagd beroep op de medische exceptie mogelijk is in gevallen waarin geen sprake is van handelingen die inherent voortvloeien uit de beroepsuitoefening. Ten eerste is in dit kader te denken aan de situatie waarin een arts zorg betracht en naar beste weten handelt, maar toch een misser begaat, zoals het achterlaten van een stukje gaas in een wond na een buikoperatie.¹³⁵ Die gedraging is gelieerd aan de medische behandeling maar is niet een noodzakelijk gevolg van de behandeling. De vraag laat zich stellen of in dergelijke gevallen wel (of: eerder) sprake is van mishandeling. Deze en dergelijke kwesties worden echter veelal over de band van het (voorwaardelijk) opzet afgedaan.

Ten tweede kan worden gedacht aan handelingen die niet zo zeer medisch geïndiceerd zijn, als wel voortkomen uit wensen van de patiënt, zoals handelingen in het kader van de plastische chirurgie. De jurisprudentie ter zake van de zogenaamde Haagse Borstendokter lijkt te impliceren dat ook in dit kader de medische exceptie een rol kan spelen, zij het dat in dat specifieke geval (behalve in eerste instantie bij de rechtbank) de verdachte niet vrijuit ging.¹³⁶

De wijze waarop thans in de jurisprudentie de (medische) beroepsuitoefening wordt beoordeeld, lijkt dankzij de jurisprudentiële invulling van de medische exceptie en de jurisprudentiële (her)definiëring van de term mishandeling met betrekking tot art. 300 Sr iets inzichtelijker geworden. Toch blijven in het kader van de consistentie vragen overeind: wat rechtvaardigt precies dat de arts die voldoet aan de vereisten van de medische exceptie wordt vrijgesproken ingeval van een lichte medische ingreep (waarbij mishandeling ten laste zou zijn gelegd) ten opzichte van de arts die *net zo* handelt vanwege een medische indicatie met het oog op een concreet behandelingsdoel, conform de regelen der kunst en op basis van toestem-

133 Ten Voorde, in: T&C Strafrecht, Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid, inl. opm., aant. 12.

134 Als gezegd heeft de Hoge Raad overwogen dat de medische exceptie niet van toepassing kan zijn bij euthanasie: HR 21 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9531, NJ 1987/607 m.nt. G.E. Mulder.

135 Rb. Noord-Nederland 13 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2384.

136 Rb. Den Haag 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243; Hof Den Haag 20 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382; HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1093, NJ 2020/273.

ming van de patiënt en een been afzet (waarbij zware mishandeling ten laste zou zijn gelegd)? En is dat wel te rechtvaardigen? De resultaten van de zoektocht naar consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid in dit kader komen aan de orde in paragraaf 4.3.2.

3.4 SPORT- EN SPELSITUATIE

3.4.1 De context

In een sport- en spelsituatie vinden diverse, uiteenlopende gedragingen plaats die als normoverschrijdend kunnen worden aangemerkt. Van belang is evenwel de vaststelling dat het gaat om een overtreding van (geschreven of ongeschreven) regels behorend bij de sport of het spel ('de spelregels'), of van algemeen geldende strafrechtelijke normen. Meestal levert een overtreding van de spelregels niet (per definitie) een vervulling van een strafrechtelijke, wettelijke delictsomschrijving op: buitenspel staan in het voetbal, een valse start bij hardlopen, zwemmen of schaatsen en de bal raken met de voet bij hockey zijn strafrechtelijk irrelevant. Toch zijn er situaties denkbaar, bijvoorbeeld in het kader van contact- en vechtsporten, waarbij een overtreding van de spelregels – denk aan de onbesuisde *sliding tackle* in het voetbal – of zelfs het handelen conform de spelregels – iemand *knock-out* slaan bij kickboksen – naar de letter een overtreding van een strafrechtelijke, wettelijke delictsomschrijving oplevert. Toch worden deze gedragingen in de regel niet strafrechtelijk afgedaan. Kennelijk zijn dergelijke gedragingen uitgezonderd van strafwaardigheid of strafbaarheid vanwege de context en worden deze dus anders beoordeeld dan gedragingen buiten de context: 'Het tijdens het spel ten val brengen van een rugbyspeler maakt een geheel andere indruk dan dezelfde handeling toegepast op een willekeurig persoon op het Plein.'¹³⁷

In juridische zin is die 'andere indruk' gelegen in het feit dat de deelnemers vrijwillig (ofwel: met toe- of instemming)¹³⁸ zijn toegetreden tot een context welke wordt gekenmerkt door van de algemene strafregelgeving afwijkende normen: de tackle is toegestaan bij rugby en de stoot *boven* de gordel is toegestaan bij boksen. En die lijn doortrekkend naar gedragingen die dichter bij het karakter van 'spel' komen: de bluffende pokeraar wordt niet geassocieerd met oplichting en van deelnemers aan een *paintball*-sessie wordt niet gezegd dat zij mishandelen.

Soms wordt de sport- en spelsituatie overigens ook gelinkt aan bijvoorbeeld gedragingen die samenhangen met de seksualiteitsbeleving of gedragingen die plaatsvinden in het kader van ontgroeningsrituelen in het

¹³⁷ De Doelder & Van Dorst 1977, p. 166.

¹³⁸ Zie omtrent de toestemming als grondslag voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid par. 4.2.1.3.1.

studentenleven. Dergelijke gedragingen zullen apart worden besproken in paragraaf 3.8.¹³⁹ In het navolgende wordt met name stilgestaan bij (in zekere zin) erkende sporten en spellen.

In een context waarbij veelal sprake is van een eigen normenkader en eigen handhavers en handhavingsmodaliteiten (men denke aan scheidsrechters en tuchtcommissies), alsmede van toe- of instemming is het maar de vraag waar de grens ligt tussen 'slechts' onsportief spel en strafbaar gedrag. De geldende context-eigen normen, bijvoorbeeld in de vorm van geschreven of ongeschreven spelregels, maken inzichtelijk wat 'door de beugel kan'. Binnen de context worden normen ook overtreden. Deze normovertredingen worden ook vaak door context-eigen straffen en maatregelen gesancioneerd: kaarten, tijdstraffen, schorsingen etc. De normovertredingen kunnen een dermate excessief karakter krijgen dat naast¹⁴⁰ of in plaats van context-eigen straffen en maatregelen strafrechtelijke vervolging in de rede ligt. Het eigen karakter van de regels van de context in samenhang met de toestemming leidt immers niet tot de gevolgtrekking dat deelnemers aan sport en spel strafrechtelijk absoluut immuun zijn. Er zijn grenzen. Dan gaat het bijvoorbeeld om de situatie waarin de overtreding 'te zwaar' is, in die zin dat de tegen- of medespeler de betreffende gedraging niet kon en hoefde te verwachten binnen de context van de betreffende sport of het betreffende spel. 'Voor zover sport en spel aan eigen regels gebonden zijn, heeft niemand die besluit aan de betreffende sport of het betreffende spel deel te nemen toegestemd met letsel ten gevolge van grove schending van die spelregels door de dader.'¹⁴¹ Gedragingen kunnen bijvoorbeeld dermate in strijd zijn met datgene wat de zorgvuldigheid in de betreffende tak van sport meebrengt dat er alsnog van bijvoorbeeld strafbaarheid kan worden gesproken. Immers: de toestemming ziet niet op dát gedrag. Of in de woorden van Van Bemmelen: 'Die toestemming zal echter alleen tot straffeloosheid kunnen leiden, als de handeling niet te zeer in strijd is met datgene wat bij een dergelijke tak van sport geoorloofd wordt geacht.'¹⁴² Illustratief in dezen is de kwestie aangaande een speler van voetbalclub Sparta die

139 Niet elke 'sport' of elk 'spel' is geaccepteerd en niet bij elke 'sport' of elk 'spel' werkt de toestemming rechtvaardigend: zie bijvoorbeeld over dwergwerpen par. 4.2.1.3.1.

140 Zie de conclusie van AG Vegter, PHR 26 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:655 (bij het arrest HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, NJ 2019/453 m.nt. H.D. Wolswijk; NbSr 2018/319 m.nt. S.R. Bakker & J.P. Cnossen): 'Gewelddadige handelingen als een kopstoot, een elleboogstoot of een trap buiten een spelsituatie zijn evenals belediging, discriminatie en bedreiging volgens de normen van de KNVB misdragingen die mogelijk "wel onder de spelregels vallen, maar die ver over de te accepteren grenzen heen gaan". Juist dergelijke misdragingen kunnen zowel tuchtrechtelijk als – indien tenminste de delictsomschrijving ook overigens is vervuld – strafrechtelijk worden afgedaan.'

141 Bakker 2017a, p. 180.

142 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 227.

een ‘vliegende *tackle*’ inzette tegen een speler van Go Ahead Eagles. Hij veroorzaakte met die ‘vliegende *tackle*’ een gecompliceerde beenbreuk, een slagaderlijke bloeding, zenuwletsel en blijvende littekens, welke gedraging tot in hoogste instantie strafbaar werd geacht.¹⁴³

Van belang is hier evenwel dat het, om van strafrechtelijke aansprakelijkheid te spreken, moet gaan om zekere excessen. Met een vliegende tackle hoeft, blijkend uit het voorgaande, redelijkerwijs geen rekening te worden gehouden, maar ‘in een sport- en spelsituatie zal (...) men tot op zekere hoogte gevaarlijke, slecht gecoördineerde, verkeerd getimede of onvoldoende doordachte handelingen of gedragingen van elkaar mogen verwachten.’¹⁴⁴ Bij dergelijke gedragingen, waarbij dus wel wordt gebleven ‘binnen de grenzen van de verwachtingen die over en weer mogen worden gekoesterd’ zal er, ook in het geval waarin toch een onverwachts zwaar gevolg wordt teweeggebracht, ‘slechts sprake zijn van een ongelukkige samenloop van omstandigheden’.¹⁴⁵

3.4.2 De exceptie¹⁴⁶

In de strafrechtspraktijk is diverse malen een beroep gedaan op het feit dat de gedraging is verricht in de context van sport of spel, met het doel om uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te realiseren. In diverse zaken is door de verdediging aangevoerd dat het feit dat de gedraging is verricht in de context van sport of spel van invloed zou zijn op de vaststelling van (voorwaardelijk) opzet.¹⁴⁷ Echter:

‘Voorop moet worden gesteld dat de omstandigheid dat een gedraging is verricht in een sport- of spelsituatie, geen zelfstandige factor bij de beoordeling van het tenlastegelegde opzet is, in die zin dat die omstandigheid tot een beoordeling aan de hand van andere maatstaven zou dienen te leiden dan indien het gaat om een gedraging die buiten zo’n situatie is verricht.’¹⁴⁸

143 HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375 m.nt. N. Keijzer.

144 Conclusie van AG Hofstee, PHR 4 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:86 bij HR 24 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:494.

145 Machielse 2019, p. 305. Vgl. de conclusie van AG Vegter, PHR 26 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:655 (bij het arrest HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, *NJ* 2019/453 m.nt. H.D. Wolswijk; *NbSr* 2018/319 m.nt. S.R. Bakker & J.P. Cnossen): ‘Zelfs als zo’n actie een overtreding oplevert en dus niet reglementair is omdat deze onbesuisd of met buitensporige inzet is uitgevoerd, betekent dat nog niet zonder meer dat sprake is van mishandeling. Ook niet als de tegenstander ten val wordt gebracht.’

146 Delen uit de navolgende bespreking zijn ontleent aan eerder gepubliceerd werk van mijn hand: zie de noot onder HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, *NbSr* 2018/319 m.nt. S.R. Bakker & J.P. Cnossen.

147 Zie bijv.: Hof Den Haag 21 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2324 (en in cassatie: HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, *NJ* 2019/453 m.nt. H.D. Wolswijk; *NbSr* 2018/319 m.nt. S.R. Bakker & J.P. Cnossen) en Hof ’s-Gravenhage 29 mei 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AX5782 (en in cassatie: HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375 m.nt. N. Keijzer).

148 HR 26 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4203, *NbSr* 2011/240, r.o. 2.3.

Het (voorwaardelijk) opzet zal, zoals altijd, moeten kunnen leunen op de feiten en omstandigheden van het geval. Hoewel het zou kunnen zijn dat een verdachte in bijvoorbeeld de context van de voetbalsport niet de bedoeling had om zijn tegenstander letsel toe te brengen (maar bijvoorbeeld om balbezit te krijgen), neemt dat niet weg dat met die bedoeling om balbezit te verkrijgen *op zo'n wijze* is gehandeld dat daarmee bewust de aanmerkelijke kans is aanvaard om pijn of letsel toe te brengen aan de tegenstander. Als de *sliding tackle* op zo'n gevaarzettende wijze is ingezet dat daarmee de omvang van de kans dat er pijn of letsel zou ontstaan bij de tegenstander groot is, en er gelet op de uiterlijke verschijningsvorm eveneens gesproken kan worden van het bewust op de koop toenemen van dat letsel, is er óók in een sport- en spelsituatie sprake van voorwaardelijk opzet. Het feit dat sprake is van een sport- en spelsituatie verandert niets aan de beoordeling van het (voorwaardelijk) opzet op pijn of letsel.

Het feit dat de gedraging is verricht in die situatie kan *wel* relevant zijn voor de vaststelling van het wederrechtelijke karakter van de gedraging. Onder omstandigheden kan het feit dat een gedraging is verricht binnen een sport- en spelsituatie vragen om een op die context toegespitste beoordeling van wederrechtelijkheid. Als gezegd in de vorige paragraaf laat de bijzondere context van sport en spel zich kenmerken door context-eigen (spel)regels, alsmede de instemming of toestemming van de deelnemers. Door deel te nemen aan de sport stemt men in met redelijkerwijs te verwachten gevolgen. De gedragingen die vallen binnen de reikwijdte van de toestemming (en die dus tot op zekere hoogte te verwachten zijn voor medebeoefenaars) vallen onder de rechtvaardigende werking van die toestemming. De gegeven toestemming hangt dan ook nauw samen met de context-eigen spelregels.¹⁴⁹ De keuze om al dan niet toe te stemmen is (mede) afhankelijk van de acceptatie van de geldende normen binnen de beoefening van de sport. Die geldende normen, alsmede de mate waarin overtreding ervan als passend of gewoon kan worden beschouwd,¹⁵⁰ leveren een referentie- en verwachtingskader op. De exceptie lijkt daarmee dus van toepassing in gevallen waarin de verdachte de spelregels is nagekomen, althans in de gevallen waarin daarnaar door de verdachte serieus is gestreefd.¹⁵¹

De exceptie is dus niet absoluut. Ook bij sport en spel dienen bepaalde grenzen in acht te worden genomen; de exceptie is niet op elk gedrag van toepassing. Zo wordt ten eerste de strafbaarheid van de gedraging niet

149 'De voetbalsport kent spelregels en deze zijn mede van belang voor het trekken van de grens tussen wederrechtelijk en niet wederrechtelijk gedrag.' Machielse 2019, p. 304.

150 Immers: men moet ook op de hoogte zijn van (schadelijke) gevolgen die *all in the game* zijn. Vgl. Kelk & De Jong 2019, p. 193-194: 'Wat de sport betreft kan (...) sprake zijn van (...) handelen, waarbij een lichamelijke beschadiging als "all in the game" moet worden beschouwd. (...) Risico's [zijn] nu eenmaal nimmer uit sluiten mits deze binnen de sfeer van op zich zelf geoorloofde handelingen rijzen.'

151 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 356.

weggenomen in gevallen waarbij de gedraging feitelijk en vaak evident buiten de sport of het spel lijkt te vallen. Hierbij is bijvoorbeeld te denken aan gedragingen die ‘intrinsiek geen verband met de aard van de sport of het spel hebben’, zoals ‘kwelijke gedragingen van toeschouwers of supporters’,¹⁵² maar ook gedragingen door de deelnemer van de sport of het spel die niet direct met de sport- of spelsituatie (meer) te maken heeft. Zo is het (samen met een ander) onder water duwen van de tegenstander bij waterpolo, zonder dat sprake is van een ‘directe spelsituatie’ (nog steeds) strafbaar:

‘De waterpolosport is door spelregels afgebakend. In algemene zin is het onder water duwen in een directe spelsituatie tijdens een waterpolowedstrijd niet zonder meer ongeoorloofd. Dit mag echter alleen indien in een specifiek duel de actie gericht is op de bal en deze actie niet doelbewust gericht is op een speler. Waterpoloërs kunnen dus tijdens duels wanneer zij in het bezit zijn van de bal door de tegenstander geraakt worden, maar zij hoeven niet te verwachten dat zij klappen en schoppen zullen krijgen en evenmin dat zij onder water worden geduwd wanneer er geen sprake is van een directe spelsituatie. Het toebrengen van letsel is geen onderdeel van de sport. Het opzettelijk toebrengen van letsel ligt zozeer buiten de reguliere sport- en spelsituatie dat daarvoor dezelfde criteria als buiten het waterpolo gelden.’¹⁵³

Ten tweede kan er geen sprake van rechtvaardiging zijn wanneer de gedraging op zichzelf weliswaar binnen de sportuitoefening valt, maar op flagrante wijze de spelregels worden overtreden. Hierbij is bijvoorbeeld te denken aan een onbesuisde tackle waardoor de veiligheid van de tegenstander in gevaar wordt gebracht. Deze twee situaties laten zich uiteraard vertalen naar andere sporten of spellen¹⁵⁴ dan voetbal, waarbij telkens de wijze waarop de sport of het spel gespeeld wordt en, in veel gevallen, de spelregels als belangrijk aanknopingspunt dienen om te beoordelen welke gedragingen redelijkerwijs verwacht kunnen worden door de deelnemers. Met het toepassen van fysiek geweld in een ijshockeywedstrijd, bij wijze van ‘verhaal halen’ (nadat de tegenstander hem de pas had afgesneden bij het af-/overpakken van de puck), bestaande uit het bij de helm vastpakken van de tegenstander, zodat deze los kwam en af viel, om vervolgens de tegenstander met kracht naar de grond trekken, waarbij hij met het achterhoofd op het ijs terechtkwam en voor een moment buiten bewustzijn raakte, heeft verdachte de mogelijkheid van een beroep op de sport- en spelexceptie verspeeld.¹⁵⁵

152 Machielse 2019, p. 305-306.

153 Zie Rb. Almelo 22 oktober 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK1065 en Rb. Almelo 22 oktober 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK1070.

154 Bij het toepassen van lichamelijk geweld om virtuele objecten uit een computerspel af te dwingen, alsmede het als verdachte voordoen in het computerspel, zal de spelexceptie niet opgaan en kan van een ontbreken van wederrechtelijkheid geen sprake zijn, (zie onderdeel 10 van de noot van Keijzer onder) HR 12 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9252, NJ 2012/536.

155 Conclusie van AG Hofstee, PHR 4 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:86 bij HR 24 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:494.

Afhankelijk van de delictsomschrijving leidt een geslaagd beroep op de sport- en spelexceptie in de strafrechtspraktijk tot vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgning. Indien (een variant of vorm van) de wederrechtelijkheid of een ander bestanddeel dat kan worden 'geraakt' door de rechtvaardigende toestemming (zoals 'zonder toestemming', 'zijns ondanks', 'zonder verlof' etc.) is opgenomen in de delictsomschrijving, zal een geslaagd beroep op de sport- en spelexceptie, de materiële vragen van art. 350 Sv volgend, vrijspraak tot gevolg hebben. Bij sport en spel gaat het bijvoorbeeld vaak om mishandeling en omdat het *misse* van de mishandeling de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond behelst, zal het dictum vrijspraak volgen bij een geslaagd beroep op de exceptie. Dit is anders bij het delict zware mishandeling, waarbij de exceptie niet ziet op de bewijsvraag. In deze en overige gevallen zal de exceptie zien op de wederrechtelijkheid als element en zal bij een geslaagd beroep het dictum ontslag van alle rechtsvervolgning luiden.

Overigens is in dezen enige differentiatie aan te brengen. Niet uit te sluiten is de situatie waarin eerder gesproken moet worden van een pseudo-kwalificatie-uitsluitingsgrond of inlezing van een negatief bestanddeel dan van een rechtvaardigingsgrond. Zo plaatst Machielse het gemeenschappelijk douchen na afloop van een training of wedstrijd in de context van sport en spel en levert de gedraging geen schennis van de eerbaarheid op. Zijn redenering ziet niet op niet-bewezenverklaring van het bestanddeel 'zijns ondanks' uit art. 239, onder 3, Wetboek van Strafrecht, maar op het feit dat de exceptie ziet op een negatief bestanddeel van de norm. Inroeping van de sport- en spelexceptie in de situatie waarin schennis van de eerbaarheid zou zijn ten laste gelegd als gevolg van gemeenschappelijk douchen leidt volgens Machielse tot de slotsom dat niet kan worden gesproken van het negatieve bestanddeel 'aanstoot' en dus ook niet van schennis van de eerbaarheid.¹⁵⁶ In dat geval zou vrijspraak moeten volgen.

Een gedifferentieerde benadering voor wat betreft de kwalificatiebeslissing betreft de opvatting van Vermunt.¹⁵⁷ Hij meent dat ten aanzien van de groep sportbeoefenaars binnen de samenleving waarvan de sportbeoefenaar deel uitmaakt een verhoogde mate van maatschappelijke acceptatie geldt met betrekking tot bepaalde gedragstypen; de handeling (zoals de *sliding tackle*) behoort, aldus Vermunt, *in concreto* tot zo'n gedragstype. Indien de handeling is verricht uit hoofde van of in het kader van zijn participatie aan die groep, is sprake van een gedraging die niet een mishandeling oplevert als bedoeld in het naar de letter correlerende wetsartikel. Het gaat dan niet om een kwestie van rechtvaardiging, maar om een kwestie dat de mishandelingsbepaling niet is geschreven voor de betreffende situatie: de sportbeoefenaar die binnen de voor hem geldende grenzen blijft, is geen normadressaat van de bepaling en blijft straffeloos, omdat het bewezen-

156 Noyon/Langemeijer/Remmelink, art. 239 Sr, aant. 6.

157 Vermunt 1984b, p. 717-718.

verklaarde feit niet beantwoordt aan een wettelijke delictsomschrijving, ofwel: omdat de gedraging niet de 'delictsinhoud' vervult. Zie hieromtrent nader paragraaf 4.3.3.

De sport- en spelexceptie blijkt op basis van het voorgaande (ook) op verschillende wijzen aan de orde te kunnen komen in een concreet geval. De strafprocesrechtelijke verwerking van een beroep op de exceptie is (mede) afhankelijk van de gedraging ofwel het al dan niet handelen conform de van toepassing zijnde spelregels, (de strekking van) de delictsomschrijving en de daarop toegespitste tenlastelegging. Daar waar een voetballer bij het conform de spelregels en binnen het verwachtingspatroon uitvoeren van een *sliding tackle*, maar desondanks daarmee pijn of letsel toebrengt aan de tegenstander, naar geldend recht wordt vrijgesproken van het bij het geval correlerende 'mishandelen', wordt de kickbokser bij het conform de spelregels en binnen het verwachtingspatroon uitvoeren van een 'boksstoot', maar daarmee desondanks zijn tegenstander knock-out slaat, naar geldend recht ontslagen van alle rechtsvervolging van het bij het geval correlerende 'zwaar mishandelen'. In hoeverre dit verschil in benadering te rechtvaardigen is en als inzichtelijk, voorspelbaar en consistent kan worden beschouwd, zal aan de orde komen in de navolgende hoofdstukken.

3.5 OPVOEDING EN TUCHTIGING

3.5.1 De context

Wanneer onderkend wordt dat in de context van (ouderlijke) tuchtiging gedragingen plaatsvinden die kunnen correleren met delicten als mishandeling en vrijheidsberoving, blijkt de noodzaak van een juridische verkenning omtrent de mate van strafwaardigheid en strafbaarheid van dergelijke feiten in het uitzonderingsgebied van de opvoeding. Hoewel in art. 1:247, tweede lid, BW is opgenomen dat het ouderlijk gezag mede inhoudt dat geen geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling mag worden toegepast, blijft de vraag overeind of bijvoorbeeld ouders die hun kind(eren) een corrigerende of pedagogische tik toebrengen of huisarrest geven vallen onder de delictsomschrijvingen uit het Wetboek van Strafrecht die van toepassing kunnen zijn. En indien die van toepassing zijn rijst de vraag of er sprake kan zijn van gerechtvaardigd handelen vanwege het doel dat bereikt dient te worden (al dan niet in relatie met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit).

De grondslag voor vrijheid in de opvoeding, als fenomeen dat afwezigheid van overheidsoptreden zou impliceren, kan worden gevonden in het samenstel van (de 'maatschappelijke gewoonten' bij) de rechten en plichten die samenhangen met het (ouderlijk) gezag en de autonomie die opvoeders toekomt op grond van bijvoorbeeld het recht op privé-, familie- en gezins-

leven. In de artikelen 1:245 en 1:247 BW is opgenomen dat het gezag van de ouders of voogden over een minderjarige de plicht en het recht omvat de minderjarige te verzorgen en op te voeden. Daaronder wordt mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn en de veiligheid van het kind alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. Bij het 'voldoen' aan die rechten en plichten spelen gewoonten en gebruiken een rol die middelen omvatten om het doel van verzorgen en opvoeden te bereiken. Als gezegd bevat art. 1:247 BW het verbod om geestelijk of lichamelijk geweld of andere vernederende behandeling toe te passen. De vraag rijst vervolgens of een corrigerende tik kan worden gekwalificeerd als lichamelijk geweld, hetgeen, in geval van positieve beantwoording, leidt tot de notie dat het gebruik van dat 'opvoedingsmiddel' volgens het Burgerlijk Wetboek (per definitie) ontoelaatbaar is. Voor het strafrecht is met name relevant of de corrigerende tik als 'opvoedingsmiddel' valt onder de reikwijdte van mishandelingsbepalingen.

Naast de ('maatschappelijke gewoonten' bij) de opvoeding speelt in deze context ook het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven. Dit fundamentele mensenrecht is onder meer terug te vinden in art. 8 EVRM. Lidstaten van de Raad van Europa dienen zich op grond van die bepaling niet alleen te onthouden van bemoeienis ten aanzien van het privé-, familie- en gezinsleven, ook rust er op lidstaten de positieve verplichting om maatregelen te treffen waardoor eenieder die rechten kan uitoefenen.¹⁵⁸ De vrijheid van ouders om zelf te bepalen op welke wijze en met inachtneming van welke mores een kind wordt opgevoed kan onder voorwaarden worden beperkt, bijvoorbeeld vanwege de belangen van het kind.

Het tweede lid van art. 8 EVRM bepaalt immers dat geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van het recht op privé-, familie- en gezinsleven, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is. Die noodzakelijkheid moet, om gerechtvaardigd het recht op privé-, familie- en gezinsleven te kunnen beperken, in het belang zijn van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Het is heel wel denkbaar dat een inperking van het recht op privé-, familie- en gezinsleven van de opvoeder, zoals strafbaarstelling en strafvervolgning ten aanzien van gedragingen die worden verricht in de context van opvoeding (los van de vraag of de opvoedkundige tik überhaupt onder de reikwijdte van de vrijheid valt) gerechtvaardigd kan worden beperkt indien die beperking, op grond van een voorzienbare en toegankelijke

158 EHRM 8 juli 1987, appl.no. 10496/83 (*R. t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 28 november 1988, appl.no. 10929/84 (*Nielsen t. Denemarken*); EHRM 27 oktober 1994, appl.no. 18535/91 (*Kroon t. Nederland*).

wet en in het belang van bijvoorbeeld het voorkomen van strafbare feiten of het beschermen van rechten en vrijheden van anderen noodzakelijk wordt geacht in een democratische samenleving. Bij dit laatste kan worden gedacht aan bijvoorbeeld het uit art. 3 EVRM voortvloeiende recht van het kind om niet te worden blootgesteld aan een onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing en het uit art. 19 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind voortvloeiende recht om beschermd te worden tegen geweld, letsel, misbruik, verwaarlozing, nalatige behandeling of exploitatie. Zo is er ook een positieve verplichting voor staten om de belangen van het kind te waarborgen.¹⁵⁹ Art. 3 EVRM, dat geen tweede lid met beperkingsmogelijkheden kent, is vanzelfsprekend ook door of namens het kind in te roepen in geval er sprake is van lichamelijke tuchting door onderwijzers.¹⁶⁰

In dit kader van het onderzoek is het met name van belang om in kaart te brengen hoe de rechter gedragingen in de context van opvoeding beoordeelt en hoe tuchting zich verhoudt tot delicten uit het Wetboek van Strafrecht, daar waar de strafwetgever niet heeft voorzien in bijvoorbeeld een wettelijke strafuitsluitingsgrond. De wetgever van 1881/1886 heeft bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht met name stilgestaan bij de toepasselijkheid van delictomschrijving van mishandeling in het licht van de *castigatio paterna* en van een aparte strafuitsluitingsgrond aangaande de uitoefening van tucht is het nadien nooit meer gekomen. Het voorstel uit de Novelle van Cort van der Linden¹⁶¹ voor een art. 43^{ter}, luidende ‘Niet strafbaar is hij die ter uitoefening der tucht over aan zijne zorg toevertrouwde minderjarigen een feit begaat, voor zoover het naar redelijk inzicht doelmatig is te achten’ is nooit gepromoveerd tot een wettelijke strafuitsluitingsgrond.

Het is, blijkend uit de wetsgeschiedenis, geen vaststaand gegeven dat alle vormen van pedagogische tikken zijn aan te merken als mishandeling, maar in de afgelopen decennia is door de evolutie van de kinder- en jeugdpsychologie, toenemende kennis van ouderlijk geweld en de groeiende erken-

159 Vgl. EHRM 23 september 1998, appl.no. 25599/94 (*A. t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 10 mei 2001, appl.no. 29392/95 (*Z. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie in dit kader ook art. 33 van het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (Verdrag van Istanbul), *Trb.* 2012, 233; *Trb.* 2013, 238; *Trb.* 2015, 197.

160 Vgl. EHRM 25 april 1978, appl.no. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*) waarbij sprake was van een schending, maar ook EHRM 25 maart 1993, appl.no. 13134/87 (*Costello-Roberts t. Verenigd Koninkrijk*) waarbij geen sprake was van een schending.

161 ‘Drie ontwerpen van wet tot herziening van het Eerste, het Tweede en het Derde Boek van het Wetboek van Strafrecht’, *Kamerstukken II* 1900/01, 100, nr. 2. Het wetsvoorstel is nooit parlementair behandeld; het werd ingetrokken en vervangen door de Novelle van Loeff, ‘Wijziging en aanvulling van het Wetboek van Strafrecht’, *Kamerstukken II* 1904/05, 80, nr. 2.

ning van kinderrechten een groeiende afkeuring van lichamelijk bestraffen waarneembaar.¹⁶² Of een gecontroleerde, niet-impulsieve, niet uit boosheid gegeven, weinig pijn veroorzakende pedagogische tik, die plaatsvindt in de privérelatie tussen ouder en kind en die wordt gevolgd door een uitleg waarom de tik is gegeven, valt of moet vallen onder de reikwijdte van ‘mishandeling’, is niet zo specifiek in de jurisprudentie aan de orde geweest. De ruimte voor een geslaagd beroep op het tuchtigingsrecht als exceptie zal daarom worden verkend.

3.5.2 De exceptie¹⁶³

Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht is, als gezegd, reeds stilgestaan bij het (ouderlijk) tuchtigingsrecht, de *castigatio paterna*.¹⁶⁴ Hoewel handelingen in het kader van de opvoeding kunnen worden geschaard onder het opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel of leed, zouden die handelingen volgens R Emmelink niet als mishandeling mogen gelden: ‘Juist om de vader niet onder dit artikel te laten vallen, is iedere omschrijving weggelaten en heeft de wetgever zich bepaald tot het simpele woord “mishandeling”, in de overtuiging dat niemand het pedagogisch ingrijpen van ouders als zodanig zou betiteln.’¹⁶⁵ De opvatting van de wetgever is volgens Van Hamel ‘noodwendig verbonden’ aan de geldende ‘plicht tot opvoeding’ die (slechts) geldt voor ouders en onderwijzers: ‘Eene algemeene bevoegdheid om bij baldadigheid kinderen te tuchtigen, is niet erkend’.¹⁶⁶

Oude jurisprudentie bevestigt deze benaderingswijze. De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld in 1902 expliciet erkend dat sprake is van een recht van tuchting en beperkte kastijding door ouders, voogden en onderwijzers.¹⁶⁷

162 Bakker & Bulk-Bunschoten 2014.

163 Bij de navolgende bespreking van het tuchtigingsrecht wordt nog geen aandacht besteed aan de tuchtigingshandelingen die zijn ingegeven door (afwijkende) culturele achtergronden. Dergelijke handelingen en jurisprudentie daaromtrent komen aan de orde in par. 3.7.2.

164 Smidt 1881-1886, dl. II, p. 452.

165 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 358.

166 Van Hamel 1927, p. 258. Zie ook Zevenbergen 1924, p. 128.

167 Zie HR 10 februari 1902, W. 7723: ‘O. dat nu wel tot het wezen van “mishandeling” (...) behoort, dat het opzet zij gericht op het toebrengen van lichamelijk letsel of het veroorzaken van pijn als doel, niet als middel tot bereiking van een ander goorloofd doel, als hoedanig eene binnen de grenzen der noodzakelijkheid beperkte kastijding van een kind door ouders of onderwijzers in aanmerking kan komen.’ In deze casus werd overigens de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de betreffende onderwijzer *niet* weggenomen, vanwege het niet in acht nemen van de eisen van proportionaliteit. De onderwijzer sloeg een jongen met een klomp om zijn oren, zodat het bloed eruit liep. Volgens Van Hamel is in deze zaak overigens ten onrechte het zwaartepunt komen te liggen op grenzen van opzet en niet op de bevoegdheid om te tuchtigen ofwel de wederrechtelijkheid, Van Hamel 1927, p. 258-259.

Op basis van het recht van tuchting zijn ook verdachten strafrechtelijk vrijuit gegaan.¹⁶⁸

Dat betekent (vanzelfsprekend) echter niet dat de opvoeder altijd straf-feloos blijft:

‘Het is dus niet juist om te zeggen, dat opvoeden het recht tot het begaan van strafbare feiten impliceert. Het maakt alleen dat handelingen, die door anderen gedaan strafbare feiten zouden zijn, voor opvoeders oirbare mogen heten. Overschrijding van het toelaatbare doet hen echter weer onder de greep van het strafrecht vallen.’¹⁶⁹

Volgens Van Bemmelen en Van Hattum kan in dergelijke casus worden gewerkt met het begrip *Tatbestandmässigkeit*: ‘de handeling van ouder of onderwijzer beantwoordt niet aan de omschrijving ‘mishandeling’, voor zover zij zich binnen redelijke grenzen houdt. Gaat men die grenzen te buiten, dan blijkt, dat het doel niet alleen opvoeding, maar ook mishandeling was.’¹⁷⁰

Het tuchtigingsrecht als exceptie in het kader van mishandeling kent overigens geen grote kans van slagen. Door de strenge eisen die worden gesteld aan het handelen, in het bijzonder de proportionaliteit en subsidiariteit, is een succesvol beroep op het tuchtigingsrecht in het gros van de gevallen niet voor de hand liggend. Een tik, hoe corrigerend of opvoedkundig ook, lijkt niet snel te worden gerechtvaardigd vanwege de ernst van de handeling vergeleken met het te bereiken doel en de aanwezigheid van alternatieven om hetzelfde doel te bereiken. Zeker een klap in het gezicht lijkt per definitie uitgesloten van rechtvaardiging door het ouderlijk tuchtigingsrecht.¹⁷¹ Zo wees een Rotterdamse politierechter in 1942 het slaan in het gezicht als legitiem tuchtigingsmiddel af.¹⁷² Het ging hierbij om een onderwijzer die een leerling klappen in het gezicht had gegeven, nadat de leerling had gelachen in de kerk:

168 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 20 februari 1894, W. 6503 en Rb. Dordrecht 19 december 1919, NJ 1920, p. 272.

169 Hazewinkel-Suringa 1953, p. 201.

170 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 227.

171 Zie met betrekking tot het ouderlijk tuchtigingsrecht, waarbij een vader zijn dochter een stomp in het gezicht gaf: Rb. Dordrecht 30 december 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BG8587: ‘Van een corrigerende tik kan slechts sprake zijn indien het handelen van verdachte gerechtvaardigd was in het kader van de uitoefening van het ouderlijk gezag. Gelet op de wijze waarop en de omstandigheden waaronder verdachte zijn dochter heeft geslagen kan niet worden gesproken van een handelen van verdachte dat vanuit opvoedkundig oogpunt zou kunnen worden verantwoord.’ Vgl. HR 4 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU1657, NJ 2007/192 en Rb. Maastricht 7 augustus 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX4010.

172 Rb. Rotterdam 23 september 1942, NJ 1943/535.

‘Verdachte’s beroep op het hem als onderwijzer toekomende tuchtrecht wordt verworpen, nu verdachte bij de uitoefening van dat tuchtrecht de grenzen der redelijkheid heeft overschreden, immers de misdraging van den scholier was niet van zoo ernstigen aard, dat zij een hardhandig ingrijpen noodzakelijk maakte en dat zij ooit een slaan in het gelaat zou kunnen rechtvaardigen, welk slaan in het gelaat géén juiste uitoefening van bedoeld tuchtrecht genoemd kan worden, aangezien het slaan in het gelaat steeds een noodeloos grievend karakter draagt.’

In de loop der tijd lijkt de kans op een succesvol beroep op het (ouderlijk) tuchtigingsrecht nog kleiner geworden. De context van opvoeding en (daarmee) ook de reikwijdte van de exceptie kennen een dynamisch karakter: ‘de corrigerende tik is vandaag de dag meer controversieel vergeleken met grofweg 100 jaar geleden.’¹⁷³ De eerder aangehaalde¹⁷⁴ leer van de sociale adequatie is in deze bijzondere context ‘in afnemende mate’ zichtbaar: decennia geleden lag het in zekere zin binnen het verwachtingspatroon van de maatschappelijke participant (de opvoeder) om tuchtigingshandelingen toe te passen. Door diverse ontwikkelingen wordt de toepassing van ‘opvoedingsmiddelen’ maatschappelijk minder getolereerd – wat blijkt uit de hernieuwde beoordeling van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit – hetgeen zijn weerslag heeft op het onrechtmatigheidsoordeel. Maatschappelijke invloeden hebben daarmee invloed op de werking van excepties.¹⁷⁵

Tevens is de strafrechter het delictsbestanddeel ‘mishandeling’ gaan definiëren, daar waar de wetgever bewust een algemene term wilde hanteren, omdat alleen ‘letterknechten’ het delict mishandeling van toepassing zouden achten op gevallen waarvoor de wet niet zou hoeven te worden geschreven.¹⁷⁶ In de tegenwoordige benaderingswijze van de Hoge Raad wordt vastgehouden aan de (nieuwe) betekenis van mishandeling, ‘het aan een ander opzettelijk toebrengen van pijn of letsel zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat’ en ‘onder omstandigheden ook het bij een ander teweegbrengen van min of meer hevige onlust veroorzakende gevaarwording in of aan het lichaam’.¹⁷⁷ De combinatie van de gewijzigde opvattingen omtrent de reikwijdte van het tuchtigingsrecht (weerspiegeld in art. 1:247, tweede lid, BW) en de geldende, door de rechter gehanteerde definitie van het delict mishandeling maakt dat ‘heden ten dage het bestaan van zo’n tuchtrecht vanuit opvoedkundig oogpunt aanmerkelijk

173 Bakker 2020, p. 228. Zie ook Rb. Maastricht 7 augustus 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX4010: ‘Een beroep op het ouderlijk tuchtigingsrecht is naar Nederlands recht weliswaar niet uitgesloten, echter de inzichten in dat kader zijn aan verandering onderhevig. (...) Voor zover nog ruimte bestaat voor het ouderlijk tuchtigingsrecht dient, naar het oordeel van de rechtbank gekeken te worden naar de feiten en omstandigheden waaronder de tuchtiging heeft plaatsgevonden.’

174 Zie par. 2.2.3.3.

175 Remmelink 1989, p. 15-18.

176 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 469. Zie in dit kader ook par. 3.3.2.2.

177 HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2677, NJ 2014/402.

minder vanzelfsprekend wordt geacht dan men vroeger (...) nog wel verkondigde.¹⁷⁸ Dit is ook zichtbaar in de rechtspraak:

‘In zoverre het hof het verweer van de verdediging begrijpt dat het geven van een corrigerende tik uit opvoedkundig oogpunt nodig kan zijn overweegt het hof dat, mede gelet op hetgeen is bepaald in artikel 247 tweede lid van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, ouders zich in de verzorging en opvoeding van hun kind dienen te onthouden van het toepassen van lichamelijk geweld tegen hen. Ingevolge artikel 304 van het Wetboek van Strafrecht is juist sprake van een strafverzwarende omstandigheid indien sprake is van geweld wat de schuldige toepast op zijn of haar kind. Het hof verwerpt dit verweer.¹⁷⁹

Dat neemt overigens niet weg dat een beroep op het tuchtigingsrecht in de eenentwintigste eeuw niet bij voorbaat kansloos is:

‘Met betrekking tot [slachtoffer] heeft verdachte zowel tegenover de politie als ter zitting toegegeven dat zij in de ten laste gelegde periode haar dochter een tik heeft gegeven. Volgens verdachte zou het hier gaan om een zogenaamde “corrigerende tik”, waarbij de intentie om te mishandelen ontbrak. Van een corrigerende tik kan slechts sprake zijn indien het handelen van verdachte gerechtvaardigd was in het kader van de uitoefening van het ouderlijk gezag. Gelet op de wijze waarop en de omstandigheden waaronder verdachte [slachtoffer] een tik heeft gegeven kan worden gesproken van een handelen van verdachte dat vanuit opvoedkundig oogpunt kan worden verantwoord. De rechtbank is om die reden van oordeel dat de voor mishandeling vereiste materiële wederrechtelijkheid ontbreekt. De rechtbank zal verdachte dan ook van de gehele tenlastelgging vrijspreken.¹⁸⁰

Indien het tuchtigingsrecht als exceptie aannemelijk wordt, kan de mishandeling – met de definitie die door de Hoge Raad eraan is gegeven – niet worden bewezen en volgt vrijspraak. De eis van afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond is overigens niet geïncorporeerd bij andere strafbare feiten die van toepassing kunnen zijn bij de opvoeding. Bij bijvoorbeeld zware mishandeling wordt de wederrechtelijkheid als element beschouwd en levert een geslaagd beroep op het tuchtigingsrecht, indien deze wordt gezien als ongeschreven rechtvaardigingsgrond,¹⁸¹ ontslag van alle rechtsvervolgning op. Bij bijvoorbeeld opzettelijke en wederrechtelijke vrijheidsberoving geldt dat de – door de wetgever ingevoegde – wederrechtelijkheid wegvalt, zodat vrijspraak volgt. Immers: in het kader van de opvoeding een kind huisarrest geven of naar zijn/haar kamer sturen (en op zijn/haar kamer houden), dat bij grammaticale interpretatie op de keper beschouwd

178 Ten Voorde, in: T&C Strafrecht, Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid, inl. opm., aant. 13.

179 Hof Amsterdam 20 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3763.

180 Rb. Dordrecht 30 december 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BG8584.

181 Ten Voorde, in: T&C Strafrecht, Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid, inl. opm., aant. 13.

valt onder de delictomschrijving van art. 282 Sr, levert geen wederrechtelijke handeling op indien de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht worden genomen.¹⁸²

Uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid binnen de bijzondere context van tuchtiging en opvoeding kan worden vormgegeven over de band van de bewijsvraag, de kwalificatievraag en de strafuitsluitingsvraag.¹⁸³

Ingeval het ten laste gelegde feit een wederrechtelijkheidsoordeel omvat en het tuchtigingsrecht wordt gezien als een grond die de wederrechtelijkheid wegneemt, zal een delictsbestanddeel niet kunnen worden bewezen, hetgeen vrijspraak oplevert. Het wederrechtelijkheidsgehalte lijkt overigens (nog maar) tot op zekere hoogte worden genuanceerd, vanwege diverse ontwikkelingen aangaande de betekenis van kindermishandeling en de toelaatbaarheid van tuchtiging.

Als wordt vastgehouden aan de (weliswaar gedateerde opvatting uit de parlementaire behandeling) dat de *castigatio paterna* niet als mishandeling zou mogen gelden,¹⁸⁴ kan de gedraging niet als zodanig worden gekwalificeerd. De uitdeler van corrigerende tik die binnen de perken blijft is geen normadressaat van de strafbepaling, zodat hetgeen bewezen is verklaard geen strafbaar feit oplevert.

Indien het feit geen wederrechtelijkheidsoordeel in zich draagt, kan strafuitsluiting plaatsvinden over de band van de rechtvaardigingsgronden. Het tuchtigingsrecht levert dan een ongeschreven rechtvaardigingsgrond op die het element wederrechtelijkheid elimineert.

Uit het voorgaande blijkt dat het niet alleen van het ten laste gelegde delict af hangt, maar ook van de wijze waarop de rechter de afzonderlijke delictsbestanddelen interpreteert of sprake is van een bewijs-, kwalificatie- of strafuitsluitingskwestie. Daar waar volgens de wetgever de mishandelingbepaling niet van toepassing werd geacht bij een handeling in het kader van de *castigatio paterna* die kan worden beschouwd als een redelijk middel ter bereiking van een redelijk doel, is ten aanzien van diezelfde handeling volgens de Hoge Raad sprake van een 'rechtvaardigingsgrond' die in de weg staat aan het bewezen verklaren van mishandeling. De resultaten van de zoektocht naar consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid in dit kader komen aan de orde in paragraaf 4.3.4.

182 Vgl. Noyon/Langemeijer/Remmeling, art. 282 Sr, aant. 6.

183 Vgl. (onderdeel 8 van) de conclusie van AG Van Dorst, PHR 21 mei 1995, ECLI:NL:PHR:1995:2 bij HR 10 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0218. Hij meent (in onderdeel 9) dat het ouderlijk tuchtigingsrecht een kwalificatieverweer oplevert. Hierbij zij opgemerkt dat toentertijd de Hoge Raad nog niet (expliciet) de definitie hanteerde die eerder in deze paragraaf aan de orde kwam.

184 'Wie zijn kind kastijdt (...) veroorzaakt opzettelijk leed, maar wordt, daar leed daarbij geen *doel*, maar *middel* is voor een rationeel doel, niet gezegd te mishandelen.' Smidt 1881-1886, dl. II, p. 454.

3.6 VERZETSRECHT

3.6.1 De context

Het verzetsrecht als bijzondere context, waarin gedragingen anders worden beoordeeld dan buiten die context, is door Rummelink op de kaart gezet.¹⁸⁵ Volgens hem zijn er in de rechtspraak aanwijzingen te vinden dat iemand die de vaderlandse belangen nastreeft tijdens een bezetting of oorlog onder omstandigheden uitgezonderd moet zijn of blijven van strafwaardigheid of strafbaarheid, hoewel de gedragingen die samenhangen met dat nastreven van de vaderlandse belangen plaatsvinden op een wijze die correleert met een wettelijke delictsomschrijving. Hetzelfde zou ook kunnen gelden voor het beschermen van de belangen van de constitutionele orde 'tegen een opstand van hen die haar omver willen stoten en willen vervangen door een tirannie'.¹⁸⁶ In dergelijke situaties is het niet altijd mogelijk om een geslaagd beroep te kunnen doen op een geschreven, wettelijke strafuitsluitingsgrond. Van een acute noodtoestand of een onmiddellijk dreigend gevaar van een ogenblikkelijke en wederrechtelijke aanranding van lijf, eerbaarheid of goed is immers bij verzet niet altijd sprake. 'Het verzetsrecht daarentegen omvat zijn eigen normen die weloverwogen en zonder directe urgentie mogen worden gevolgd.'¹⁸⁷

Op basis van een geringe hoeveelheid jurisprudentie van (vlak) na de Tweede Wereldoorlog – de uitspraken dateren van de periode 1946-1951 – komt Rummelink tot de conclusie dat het verzetsrecht (ten behoeve van de legitieme overheid) kan worden toegevoegd aan contexten of gronden die van invloed zijn op de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁸⁸ De hoofdoorzaak van die geringe hoeveelheid jurisprudentie is overigens volgens Rummelink dat er bij politie en justitie over de rechtmatigheid van het gedrag en over de goede intenties van de daders geen twijfel bestond, waardoor de meeste zaken zijn geseponneerd. Daarnaast was er ook sprake van een wettelijke regeling op basis waarvan in de oorlog begane strafbare feiten, die het opleggen van straf ten gevolge zouden kunnen hebben, op grond van een maatregel door of vanwege de bezetter uitgevaardigd, slechts dan vervolgd mochten worden, 'indien de tot de kennisneming bevoegde rechter, hetzij in eerste aanleg dan wel in hoger beroep op vordering van het OM alvorens de dagvaarding enz. werd uitgebracht, bij beschikking als zijn aanvankelijk oordeel had uitgesproken, dat het algemeen belang de vervolging vorderde.'¹⁸⁹

185 Rummelink 1985, p. 317-332.

186 Rummelink 1985, p. 320.

187 Kelk & De Jong 2019, p. 187.

188 Rummelink 1985, p. 331-332; Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 374.

189 Rummelink 1985, p. 326.

Een bijzonderheid die aan de context van het verzet kleeft, is dat er in het algemeen sprake is van een buitengewone omstandigheid waarin een bezettende macht in feitelijke zin het gezag uitoefent (en dus ook de strafwet handhaaft), terwijl in juridische zin het gezag van de regering van de verdrongen krijgsmacht blijft bestaan.¹⁹⁰ Er is ten aanzien van degene die zich verzet geen sprake van een rechtsplicht tot het gehoorzamen van de vijandelijke, bezettende macht,¹⁹¹ terwijl die vijandelijke, bezettende macht de afwezigheid van een dergelijke rechtsplicht niet erkent of wil erkennen. Het zijn dan ook de zaken die werden berecht na afloop van de Tweede Wereldoorlog die een aanwijzing kunnen opleveren dat het verzetsrecht ten grondslag kan liggen aan uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid:

‘Een beroep op het verzetsrecht, dus op de ware beweegredenen van hun handelen konden de verdachten in de gedurende de oorlogstijd gevoerde (openbare) processen niet doen. (...) In handen van het gerecht gevallen, konden zij, doordat de vijand op de loer stond, de geheime beweegredenen van hun handeling, die hen voor de rechtbank gerechtvaardigd zou hebben, niet onthullen.’¹⁹²

Remmelink heeft, als gezegd, dus uit de naoorlogse jurisprudentie een recht van verzet kunnen destilleren. In de (latere) jurisprudentie en in de literatuur wordt het bestaansrecht van het verzetsrecht echter niet met overtuiging bevestigd. (Bij)zinnen als: ‘Wat er ook zij van de stelling dat naar geldend Nederlands recht de ongeschreven rechtvaardigingsgrond van het verzetsrecht zou bestaan,’¹⁹³ ‘Als er naar Nederlands recht al zoiets als een verzetsrecht bestaat, dan leidt dit een slapend bestaan’¹⁹⁴ en ‘Over het bestaan van zo’n verzetsrecht naar geldend recht bestaat geen zekerheid’¹⁹⁵ duiden niet op een volledige omarming van het hetgeen door Remmelink wordt bepleit.

Niettemin zal in het navolgende kort en vanuit het oogpunt van volledigheid aandacht worden besteed aan het verzetsrecht dat volgens Remmelink als exceptie *sui generis* moet worden aangemerkt.¹⁹⁶ In algemene zin kan immers worden gezegd dat het verzetsrecht specifieke normen omvat die in een concreet geval ‘een aan de strafbaarstelling tegengestelde werking hebben’.¹⁹⁷

190 Remmelink 1985, p. 321.

191 ‘Aangenomen mag immers worden, dat de bevolking van een door een vijandelijke macht bezet land niet de volkenrechtelijke verplichting heeft te gehoorzamen, ja zich tegen dit regiem mag verzetten.’ Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 374.

192 Remmelink 1985, p. 331.

193 Rb. Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2114

194 Rb. Den Haag 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365, *NJFS* 2016/14, r.o. 8.9.

195 Ten Voorde, in: T&C Strafrecht, Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid, inl. opm., aant. 14.

196 Remmelink 1985, p. 331.

197 Kelk & de Jong 2019, p. 187.

3.6.2 De exceptie

3.6.2.1 *Het verzetsrecht als exceptie*

In het vonnis van de Rechtbank Den Haag in de zogenaamde Contextzaak,¹⁹⁸ kwam het recht van verzet als grond voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het eerst sinds lange tijd weer eens aan de orde. De verdediging vroeg de rechtbank 'het slapende verzetsrecht wakker te kussen' teneinde de gedragingen van leden van de Haagse criminele terroristische organisatie, die zich onder andere zouden hebben bezighouden met het opruien, ronselen, faciliteren en financieren van jongeren die naar Syrië wilden afreizen om te vechten, gerechtvaardigd te achten.¹⁹⁹ Het verweer bleek niet succesvol, mede vanwege een onjuiste invulling die door de verdediging werd gegeven aan het recht op verzet. De rechtbank sloeg de uitnodiging het 'verzetsrecht wakker te kussen beleefd af'.²⁰⁰ Het hof oordeelde te dezen niet anders.²⁰¹

Remmelink heeft zelf vereisten opgesomd waaraan moet zijn voldaan om straffeloosheid te verzekeren in gevallen waarin vanuit de burgerij daden van verzet (zowel individueel als in georganiseerd verband)²⁰² worden gepleegd ten behoeve van de legitieme overheid.²⁰³ Ten eerste moet de gedraging niet kunnen worden aangemerkt als een handeling begaan uit eigenbelang, zoals wraak of hebzucht; er moet een zuiverheid van oogmerk zijn, waarbij het moet gaan om een handelen met het oog op het nationaal belang. Ten tweede dient de gedraging objectief dienstbaar te zijn aan dat nationale belang. Die objectiviteit ten aanzien van het dienstbaar zijn kan worden gedestilleerd uit het handelen 'in overeenstemming met de 'richtlijnen' van hen die geacht kunnen worden het nationale gezag te vertegenwoordigen'.²⁰⁴ Ten derde moet het gaan om een gedraging die conform de beginselen van behoorlijkheid is verricht met een blik van verstandhouding in de richting van de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Indien aan deze vereisten is voldaan, is volgens Remmelink de materiële wederrechtelijkheid afwezig, vanwege de aanwezigheid van een 'grosso modo ongeschreven rechtvaardigingsgrond die afgeleid kan worden uit regels of beginselen in buiten de strafwet gelegen rechtsgebieden'.²⁰⁵

198 Rb. Den Haag 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365, *NJFS* 2016/14.

199 Rb. Den Haag 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365, *NJFS* 2016/14, r.o. 8.9.

200 Rb. Den Haag 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365, *NJFS* 2016/14, r.o. 8.9.

201 Hof Den Haag 25 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1248. Het cassatieberoep werd vervolgens verworpen: HR 24 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:447, *NJ* 2020/240 m.nt. N. Keijzer.

202 Ten Voorde, in: T&C Strafrecht, Uitsluiting en verhoging van strafbaarheid, inl. opm., aant. 14.

203 Remmelink 1985, p. 317-332.

204 Remmelink 1985, p. 329.

205 Remmelink 1985, p. 331.

Dit resulteert volgens hem dan ook in een strafuitsluitingsgrond *sui generis*, zij het dat toepassing van andere strafuitsluitingsgronden, ingevuld door het verzetsrecht als kernlegitimatie, niet is uitgesloten.

In de vorige paragraaf werd reeds duidelijk dat over het daadwerkelijke bestaan van het verzetsrecht als grond voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid geen eenduidigheid bestaat. Er is immers nooit concreet door een rechter uitgesproken dat het recht op verzet een ongeschreven grond voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid oplevert. Ook al zijn er redenen om aan te nemen dat het verzetsrecht weliswaar een rol kan spelen bij de beoordeling in concrete zaken, nooit is expliciet erkend dat aan het verzetsrecht *an sich* rechtvaardigende werking toekomt. Toch kan er ook heel wel gezegd worden dat (op basis van het bovenstaande) het verzetsrecht (wel degelijk) een exceptie oplevert, die weliswaar in verschillende 'hoedanigheden' aan de orde komt. Het recht van verzet is daarbij de kerngedachte en die kerngedachte komt tot uiting bij de invulling van verschillende verschijningsvormen die zonder die invulling van het verzetsrecht niet succesvol zouden zijn geweest: 1) ter invulling van een geschreven strafuitsluitingsgrond, 2) ter invulling van een ongeschreven strafuitsluitingsgrond ofwel door middel van interpretatie en concretisering van een bestanddeel zoals wederrechtelijkheid.²⁰⁶

Ad 1) Het recht van verzet is bijvoorbeeld impliciet in te lezen in een verweer inhoudende een beroep op de geschreven strafuitsluitingsgrond overmacht in de zin van noodtoestand.²⁰⁷ Verdachte zou zich schuldig hebben gemaakt aan het helen van 34 radiolampen. Dit heeft hij echter gedaan 'met geen ander doel dan het verschaffen van radiolampen aan de Verzetsbeweging ten behoeve van een door deze geëxploiteerd radiozendstation, waarvoor deze lampen benodigd waren, alsmede dat lampen als de onderhavige destijds niet in den handel waren'. Volgens het hof was het van groot belang dat de verzetsbeweging voor de exploitatie van zo'n zender de nodige onderdelen kreeg, ook indien de verkrijging plaatsvond door het kopen van door misdrijf verkregen lampen. De bewezenverklaarde heling werd niet strafbaar geacht, omdat het feit werd gerechtvaardigd, zodat verdachte werd ontslagen van alle rechtsvervolging.

Zonder het gewicht van het recht op verzet had het beroep op overmacht in de zin van noodtoestand mogelijk niet succesvol geweest. In die zin levert de bijzondere context een aparte benadering op, waaruit een exceptie kan worden gedestilleerd die op indirecte wijze – over de band van de geschreven strafuitsluitingsgrond overmacht in de zin van noodtoestand – zorgt voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

206 De volgende concrete voorbeelden zijn ontleend aan de besproken casus in de bijdrage van R Emmelink: R Emmelink 1985, p. 326-328.

207 Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 1946, NJ 1946/510.

Ad 2) Uit een uitspraak van de Bijzondere Raad van Cassatie²⁰⁸ blijkt (anders – althans concreter – dan uit de jurisprudentie van de Hoge Raad²⁰⁹) dat deze de mogelijkheid aanvaardt dat een gedraging, vallende onder de omschrijving van een in het Wetboek van Strafrecht opgenomen delict, haar onrechtmatig en daarmee haar strafbare karakter verliest, doordat de dader handelde met gebruikmaking van een niet onredelijk middel ter bereiking van een doel, waardoor het Nederlandse belang werd gediend. Om dit impliciete beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid succesvol te achten zal volgens de Bijzondere Raad van Cassatie moeten blijken dat de daad in objectieve zin ter bevordering van evenbedoeld belang heeft gestrekt, hetzij dat de dader te goeder trouw de stellige overtuiging heeft mogen koesteren dat dit laatste het geval zou zijn.²¹⁰ Het Hof en de Bijzondere Raad lijken hiermee het recht van verzet te hebben gebruikt ter invulling van een verweer inhoudende het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid.²¹¹

Het recht van verzet moet overigens niet worden verward met de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 103a Sr: ‘Niet strafbaar is hij die een der in artikelen 102 en 103 omschreven misdrijven heeft begaan in de redelijke overtuiging het Nederlandse belang niet te schaden.’ Dit betreft een bijzondere *schulduitsluitingsgrond* vanwege de aanzienlijke reikwijdte van de in het artikel opgenomen strafbaarstellingen aangaande (het samenspannen tot) het opzettelijk hulp verlenen aan de vijand in tijd van oorlog. Zo moest strafbaarheid worden voorkomen in gevallen die niemand in werkelijkheid gestraft zou willen zien, zoals het schillen van aardappelen voor vijandelijke soldaten.²¹²

Aangenomen dat het verzetsrecht als exceptie bestaansrecht zou hebben, betreft het een exceptie die vandaag de dag amper praktische betekenis heeft. Op basis van de geringe hoeveelheid jurisprudentie hieromtrent is het niet eenvoudig een oordeel te vormen omtrent systematiek. Niettemin wordt ook aan deze exceptie aandacht besteed bij de zoektocht naar consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid, waarbij de resultaten zullen worden weergegeven in paragraaf 4.3.5.

208 BRvC 12 april 1950, NJ 1951/176.

209 Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 7 bij ‘Wederrechtelijkheid’.

210 In casu werd de bestreden sententie, inhoudende ontslag van alle rechtsvervolging, overigens vernietigd en werd de zaak verwezen naar de Bijzondere Strafkamer van de Arrondissementsrechtbank Den Haag teneinde opnieuw te worden berecht en afgedaan.

211 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 374. Zie ook Kelk & De Jong, die het voorbeeld scharen onder creatieve interpretatie, in het bijzonder de terzijdestelling van de strafrechtelijk beschermde norm ofwel een contrariërende norm (welke term overigens is ontleend aan Remmelink); Kelk & De Jong 2019, p. 187.

212 Zie *Kamerstukken II* 1951/52, 2258, nr. 6, p. 34; Noyon/Langemeijer/Remmelink, art. 103a Sr, aant. 1 en 2.

Het verzetsrecht, zoals in het bovenstaande besproken, is uitgelegd aan de hand van de definiëring van Remmelink. De vraag rijst echter of het verzetsrecht (ook) in relatie kan worden gebracht met bijvoorbeeld protesten tegen de eigen (democratische) overheid, het demonstreren voor hogere belangen en ‘burgerlijke ongehoorzaamheid’. In het navolgende zullen hieromtrent aanvullende opmerkingen worden gemaakt.

3.6.2.2 *Protest, demonstratie en burgerlijke ongehoorzaamheid als exceptie?*

De vraag laat zich stellen of in beginsel strafwaardige gedragingen in de context van protest tegen de eigen democratische overheid of burgerlijke ongehoorzaamheid,²¹³ linksom of rechtsom in aanmerking komen voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake. Zou het bewust niet opvolgen van wettelijke verplichtingen of het overtreden van wettelijke regels gerechtvaardigd kunnen worden of anderszins straffeloos kunnen blijven, omdat is gehandeld uit politiek activisme ofwel op basis van morele redenen?

Langemeijer bespreekt acties die worden verricht waarbij de doeleinden van de activisten een grote kans hebben om tot op grote hoogte te worden ingewilligd en waarin het aannemelijk is dat dit zonder de actie niet zou zijn gebeurd. Het kan immers volgens hem zo zijn dat ‘de actie het (vermoedelijk) enige middel is geweest om een doel te bereiken waarvan (alweer: vermoedelijk) eerlang erkend zal worden dat het geldend recht verdient te worden.’²¹⁴ Wanneer deze acties onder de reikwijdte van een strafbepaling vallen, is het naar zijn opvatting juist om hier gronden voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid tenminste in overweging te nemen, ‘ook al zal het eindoordeel waarschijnlijk maar zelden ten gunste van de verdachte uitvallen.’²¹⁵ ‘Het positieve recht heeft altijd nog wel zoveel waarde dat men van ieder mag vergen zich grondig te bedenken eer hij er inbreuk op maakt,’ aldus Langemeijer.²¹⁶

Los van de vraag of het recht onrechtvaardig kan of mag worden geacht, is het reeds moeilijk om vast te stellen wat precies onder burgerlijke ongehoorzaamheid zou moeten worden verstaan. Schuyt beschouwt de burgerlijke ongehoorzaamheid als een specifieke vorm van politiek protest die in het midden ligt van ‘een continuüm dat zich uitstrekt van politieke onenigheid en legale protestvormen aan de ene kant en politiek geweld en revolutionair verzet aan de andere kant’.²¹⁷ Ter nadere definiëring somt hij in dit kader tien vereisten op die moeten worden geacht aanwezig te

213 Burgerlijke ongehoorzaamheid moet hier worden onderscheiden van ongehoorzaamheid van burgers. Zie hierover nader: Manenschijn 1984, p. 9-21.

214 Langemeijer 1970, p. 25.

215 Langemeijer 1970, p. 26.

216 Langemeijer 1970, p. 25.

217 Schuyt 1972/2009, p. 304.

zijn, wil gesproken kunnen worden van burgerlijke ongehoorzaamheid die moreel gerechtvaardigd dient te worden:²¹⁸ 1. de handeling is illegaal; 2. de handeling is gewetensvol; 3. er is samenhang tussen bekritiseerd object en gekozen handelswijze; 4. de handeling is weloverwogen; 5. de handeling geschiedt openlijk; 6. men werkt vrijwillig mee aan arrestatie en vervolging; 7. men aanvaardt het risico van straf; 8. men heeft tevoren legale middelen geprobeerd; 9. de actie is geweldloos; 10. de rechten van anderen worden zoveel mogelijk ontzien.²¹⁹

De handeling dient dan gericht te zijn tegen: 1. een overheid die zich bezondigt aan illegale activiteiten en dus zelf de hand licht met de wet (illegale oorlogsvoering, discriminatie van burgers en dergelijke); 2. een immorele overheid, wier activiteiten weliswaar legaal zijn, maar desalniettemin in strijd met beginselen van menselijke waardigheid of eerbied voor het leven, of 3. een hardhorende of slecht luisterende overheid.²²⁰

Het is echter, met het oog op het praktisch nut van deze figuur, maar de vraag in hoeverre protesten en andere vormen van ongehoorzaamheid vallen onder de reikwijdte van het begrip burgerlijke ongehoorzaamheid zoals voorgesteld door Schuyt. Zo is R Emmelink de mening toegedaan 'dat met een dergelijk begrip binnen het kader van het recht niet te werken valt,' want 'in de praktijk draait het toch altijd op geweld uit, terwijl de doeleinden volstrekt arbitrair zijn.'²²¹

Als er al waarde kan worden gehecht aan burgerlijke ongehoorzaamheid als aanleiding voor straffeloosheid is, (ook) volgens Schuyt zelf,²²² de route van afwezigheid van subsocialiteit aangewezen, welke als conclusie zou moeten hebben dat een veroordeling volgt zonder oplegging van straf. Toepassing van art. 9a Sr is echter geen blijk van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid; het feit dat sprake is van burgerlijke ongehoorzaamheid is in deze opvatting slechts onderdeel van de straftoemingsvraag nadat strafrechtelijke aansprakelijkheid is vastgesteld.

In de strafrechtspraktijk lijkt een beroep op de burgerlijke ongehoorzaamheid als grond voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid voornamelijk te worden verdisconteerd in een beroep op het ontbreken van

218 Schuyt 1972/2009, p. 311.

219 Later zijn door een werkgroep onder leiding van Schuyt zelf de tien vereisten teruggebracht tot vijf vereisten: 1. de actie moet illegaal zijn, 2. de actie moet openlijk zijn, 3. de actie moet zich richten tegen politiek genomen besluiten, 4. de actie moet zonder vooraf opgezet geweld zijn en 5. er moet samenhang zijn tussen actie en doel. Zie hieromtrent Schuyt, Van Dongen & H. de Wilde 1982.

220 Zie Schuyt 1983, p. 138; Van Thijn 1983, p. 20-28.

221 Hazewinkel-Suringa. R Emmelink 1996, p. 269.

222 Schuyt 1972/2009, p. 381-382.

materiële wederrechtelijkheid,²²³ op noodweer of op overmacht.²²⁴ Kansrijk zijn die mogelijkheden overigens niet. Ten aanzien van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid kan niet worden gezegd dat de ‘burgerlijk ongehoorzame’ door zijn daad de bedoeling van de wetgever probeerde te realiseren, hetgeen de Huizer veearts wel trachtte te doen. Bovendien heeft de Hoge Raad sinds het tweede Sosjale Joenit-arrest²²⁵ ontkend dat eigenmachtig belangen aan zich trekken, die de wet ter behartiging en beoordeling aan anderen heeft toevertrouwd, kan leiden tot straffeloosheid.²²⁶ Ten aanzien van noodweer kan niet worden gezegd dat ‘rechten’ voor verdediging in aanmerking komen; slechts lijf, eerbaarheid en goed. Daarnaast is het lastig vol te houden dat sprake is van een noodzakelijke verdediging tegen een ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding. En ten slotte kan ten aanzien van overmacht (in de zin van noodtoestand) niet (snel) worden gezegd dat sprake is van acute nood of ‘concrete crepeersituatie’ en van een aanvaardbare belangenafweging. Per slot van rekening spelen ook hier de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Een Haagse politierechter kwam ooit tot een vrijspraak ter zake van burgerlijke ongehoorzaamheid. Het ging hier om de bezetting van het bureau van de Inspectie van de Geestelijke Gezondheid in verband met moeilijkheden met het Leidse Medisch Opvoedkundig Bureau:

‘Samenvattend komt de PR tot het oordeel dat de actie van verdachten, hoewel in strijd met de materiële inhoud van art. 139 Sr niet wederrechtelijk is geweest, zodat niet de gehele delictsinhoud van dat artikel is vervuld en evenmin gezegd kan worden dat de tenlastegelegde feiten in dit opzicht bewezen zijn. Verdachten behoren derhalve te worden vrijgesproken en de inbeslaggenomen voorwerpen behoren te worden teruggegeven, voorzover de eigenaars daarvan bekend zijn.’²²⁷

-
- 223 (Floor) Bakker ziet overigens voor een ‘selectief aantal gevallen wel reden voor het honoreren van een beroep op omw’, Bakker 2018, p. 222, 248-249. Hierbij wordt echter in mindere mate aandacht besteed aan het dienen van het belang van de strafbepaling, maar slechts aan het overeenstemmen van bezwaren van een verdachte met de maatschappelijke opvattingen over de gewenste straffeloosheid van het feit, waarbij die opvattingen meestal zouden impliceren dat zij zijn gewijzigd ten opzichte van het moment van invoering van de strafbepaling. Dat levert in deze opvatting niet-verdisconteerde omstandigheden op, hetgeen volgens (Floor) Bakker aanleiding vormt om een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als exceptie te aanvaarden.
- 224 Zie noot van B. Roorda onder Rb. Amsterdam 5 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9310, *NTM/NJCM-bulletin* 2013/19. Vgl. HR 23 april 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB5713, *NJ* 1974/451 m.nt. Th.W. van Veen; HR 29 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0260, *NJ* 1989/162; HR 18 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0712, *NJ* 1990/61; HR 30 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8400, *NJ* 1990/445.
- 225 HR 16 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB5022, *NJ* 1974/29 (*Sosjale Joenit*).
- 226 Zie noot van Van Veen onder HR 23 april 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB5713, *NJ* 1974/451.
- 227 Rb. Den Haag 22 december 1972, ECLI:NL:RBSGR:1972:AB5666, *NJ* 1973/264.

Deze uitspraak bleef echter niet in stand.²²⁸ Voor burgerlijke ongehoorzaamheid als succesvol verweer lijkt geen plaats is in het Nederlandse strafrecht, of stelliger: '(...) zelfs burgerlijke ongehoorzaamheid achten wij uit den boze.'²²⁹ Iemand die burgerlijk ongehoorzaam is, meent met zijn handelen de innerlijke waarde van de strafwet te kunnen beoordelen en daarom ook te mogen beoordelen en op basis van zijn (inhoudelijk wellicht juiste) inzicht ook de wet normatief te kunnen negeren, maar een 'zodanige innerlijke beoordeling van de wet is "zelfs" de rechter verboden (art. 11 Wet AB)'.²³⁰ Daarnaast speelt bij burgerlijke ongehoorzaamheid met name het motief een rol dat volgens degene die zich erop beroept de grondslag zou zijn van het handelen en de niet-strafwaardigheid of niet-strafbaarheid ervan. In het strafrecht is motief van handelen echter niet te gebruiken om straffeloosheid te vestigen.²³¹ Hoewel een revolutionaire gezindheid soms goed verklaarbaar is – 'tot dicht bij de grens van verdedigbaar toe'²³² – is er nog steeds sprake van (geringe) schuld en (geringe) strafwaardigheid.

3.7 CULTUUR EN RELIGIE²³³

3.7.1 De context

De volgende te bespreken context betreft de context van cultuur en religie. In deze context kan de vraag aan de orde komen of de verdachte in aanmerking komt voor straffeloosheid, omdat hij heeft gehandeld conform culturele of religieuze normen of voorschriften. De strafrechter dient zich bijvoorbeeld uit te spreken over zogenaamde culturele delicten: 'gedragingen gepleegd door een lid van een minderheidscultuur die door de ontvangende samenleving (met dominante cultuur) als een strafbaar feit worden gekwalificeerd, terwijl zij door de minderheidscultuur van de dader worden gedoogd of geaccepteerd als normaal gedrag en soms in de gegeven situatie door andere leden worden aangemoedigd.'²³⁴

228 Zie namelijk: HR 23 april 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB5713, NJ 1974/451 m.nt. Th.W. van Veen.

229 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 374.

230 Mevis in zijn noot onder HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5967, NJ 2011/578. In deze zaak ging het overigens om een dierenarts die feitelijk leiding gaf aan gedragingen, begaan door een rechtspersoon, die eruit bestonden dat gewetensvol niet-geregistreerde diergeneesmiddelen werden afgeleverd.

231 Mevis 2011, p. 551.

232 Langemeijer 1977, p. 55.

233 Daar waar cultuur en religie als 'sociale verschijnselen' van elkaar kunnen worden onderscheiden, worden ze in het navolgende in elkaars verlengde gebruikt. Zie ook: Siesling 2006, p. 233-234.

234 Van Broeck 2001, p. 5; Siesling & Ten Voorde 2008, p. 7-28. Vgl. Strijbosch 1991, p. 666-672 die spreekt over 'gedragingen, strafbaar gesteld volgens strafrecht, maar toelaatbaar volgens [ongeschreven gewoonte]recht van de sociale groepen – meestal een migrantengroep – waartoe de justitiabele behoort'.

Veel strafbare culturele gedragingen zijn niet als zodanig strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht, maar vallen onder algemene strafbaarstellingen.²³⁵ Hierbij is te denken aan (zware) dwang, bedreiging, mishandeling en doodslag.²³⁶ In het Wetboek van Strafrecht is namelijk 'weinig autochtone, culturele kleur' te vinden²³⁷ en religie is weinig zichtbaar in de Nederlandse strafwet.²³⁸

Cultureel en religieus pluralisme gaan gepaard met rechtspluralisme,²³⁹ maar het is de vraag of de culturele of religieuze achtergrond van de gedraging of de verdachte op enigerlei wijze van invloed is op bijvoorbeeld de toepasselijkheid van wettelijke delictomschrijvingen of het wederrechtelijkheidsoordeel. Met andere woorden: is er voor de strafrechter ruimte om tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te concluderen in casus waarbij de verdachte zich beroept op de normen en voorschriften van cultuur of religie? Hierbij is bijvoorbeeld te denken aan de strafwaardigheid en strafbaarheid van eerwraak,²⁴⁰ jongensbesnijdenis,²⁴¹ vrouwelijke genitale verminking,²⁴² bijzondere begrafenissen en offerrituelen²⁴³ en invoer, bezit en gebruik van Ayahuasca.²⁴⁴

Voordat wordt ingegaan op de wijze(n) waarop de rechter beroepen op de culturele of religieuze achtergrond van de verdachte beoordeelt en kan verwerken bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid, wordt eerst de context nader in kaart gebracht. De context van cultuur en religie laat zich kenmerken door de culturele of religieuze vrijheid: het vermogen van mensen om te leven naar hun cultuur of religie. Deze vrijheid is essentieel, omdat afwezigheid ervan leidt tot verarming van het leven van mensen, bestaande uit het niet mogelijk zijn om het leven te leiden op die manier die gewenst is en het niet mogelijk zijn van het zijn van wie men wil zijn.²⁴⁵ In het positieve recht is deze vrijheid tot op zekere hoogte

235 In de literatuur wordt ook wel het onderscheid gemaakt tussen *eigenlijke* en *oneigenlijke* culturele delicten: 'Eigenlijke culturele delicten stellen een bepaald cultureel gebruik uitdrukkelijk strafbaar, oneigenlijke culturele delicten stellen een cultureel gebruik niet uitdrukkelijk strafbaar, maar aan het begaan van een strafbaar feit kan een cultureel motief ten grondslag liggen.' Ten Voorde 2018, p. 179.

236 Wolswijk 2008, p. 194 en 199. Wolswijk ziet schaking (art. 281 Sr) en bigamie (art. 237 Sr) als strafbare feiten die 'feitelijk gezien' culturele delicten zijn.

237 Wiersinga 1999, p. 138.

238 Van Kempen 2011, p. 161-194.

239 Zie de noot van 't Hart onder HR 26 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8442, NJ 1992/568.

240 Zie bijv. Hof Amsterdam 21 januari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5955

241 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, NJ 2011/466 m.nt. N. Keijzer; Timmerman 2012; Wahedi 2012.

242 Zie bijv. Limborgh 2008; Wahedi & Kool 2016.

243 Rb. Zevenbergen 2 februari 1982, parketnummer 561276/1, NJCM-bulletin 1982, p. 418-425 m.nt. R. de Winter.

244 HR 1 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1456, NJ 2019/418 m.nt. B.E.P. Myjer.

245 Vgl. Limborgh 2008, p. 2516.

vastgelegd. Hierbij valt te denken aan het bepaalde in de artikelen 2 EVRM (het recht op leven), 8 EVRM (het recht op privé-, familie- en gezinsleven), 9 EVRM (vrijheid van gedachte, geweten, godsdienst en levensovertuiging), 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting), 11 EVRM (vrijheid van vergadering en vereniging), 14 EVRM (verbod van discriminatie) en de pendants ervan in internationaal, Europees en nationaal recht.

Naast deze positiefrechtelijke benadering is er mogelijk ook over de band van een meer theoretische benadering te verdedigen dat gedragingen, die zijn verricht vanwege de context van cultuur en religie, passend zijn in een samenleving en zich voordoen conform maatschappelijke verwachtingen en gewoonten. Menselijke gedragingen vinden plaats in en moeten worden beoordeeld met het oog op de gemeenschap waarin subjecten elk een eigen positie innemen en elk vanuit die eigen positie een bepaalde norm interpreteren.²⁴⁶ Volgens Ten Voorde is die eigen positie in het bijzonder goed waarneembaar in een multiculturele samenleving, waarin de positie van personen met bijvoorbeeld een migratieachtergrond kan zijn vormgegeven door normen die in de ontvangende samenleving gemeenschap onbekend waren.²⁴⁷ De vraag rijst of van de dominante cultuur afwijkende (religieuze of culturele) normen nog steeds als conform normen van behoren, van maatschappelijke betamelijkheid, van gebruik en gewoonte²⁴⁸ kunnen worden getypeerd.

Wanneer aan de in dit onderzoek eerder aan de orde gekomen voorwaarden van Vermunt met betrekking tot de leer van de sociale adequatie wordt getoetst lijkt het resultaat positief te zijn. Immers: ten aanzien van de betreffende groep in de samenleving waarvan het handelend subject deel uitmaakt geldt een verhoogde mate van maatschappelijke acceptatie met betrekking tot bepaalde gedragstypen; als de betreffende handeling in het specifieke geval behoort tot een dergelijk gedragstype en uit hoofde van zijn participatie aan die groep is verricht, is er volgens Vermunt sprake van sociaal adequaat handelen en kan de gedraging niet worden getypeerd als 'ontoelaatbaar' of 'onrecht'.²⁴⁹

Enige nuance lijkt hier echter mogelijk: de voorwaarden van Vermunt zijn met name geschikt voor het beoordelen van het sociaal adequate karakter van gedragingen die plaatsvinden in contexten binnen de dominante cultuur en die niet leiden tot excessen. Het is immers moeilijk om te spreken van sociaal adequaat gedrag (en dus: niet-onrechtmatig gedrag) in geval van eerwraak, bloedwraak of tuchting van of genitale verminking bij meisjes en vrouwen daar waar deze gedragingen worden verricht omdat

246 Ten Voorde 2007, p. 173.

247 Ten Voorde 2007, p. 173.

248 Kelk & De Jong 2019, p. 162.

249 Vermunt 1984b, p. 717-718.

de groep 'zulks verlangt'.²⁵⁰ In de woorden van Ten Voorde: 'Het lijkt me dat Vermunt's toets deze consequenties niet kan rechtvaardigen aangezien dergelijke gedragingen indruisen tegen fundamentele rechten van vrouwen.'²⁵¹ Hiermee lijkt de toets van Vermunt minder goed toepasbaar op de context van cultuur en religie, zij het dat met een correctiefactor (die bijvoorbeeld kan worden gevonden in de mate van breed gedragen zijn van de maatschappelijke acceptatie,²⁵² het passen in het maatschappelijke 'normaal-beeld'²⁵³ en de precieze delictsinhoud of de *Typizität*, zie hieromtrent paragraaf 2.3.3.6 en 4.2.2.2.1) de evident niet-onrechtmatige gedragingen buiten het bereik van het strafrecht (als bestraffend instrument) kan worden gehouden. De wijzen waarop de strafrechter daadwerkelijk tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan komen worden in het navolgende in kaart gebracht.

3.7.2 De exceptie

Hoewel bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht is stilgestaan bij de toepasselijkheid van delictsommschrijvingen ten aanzien van onder anderen 'den Israëlitischen besnijder',²⁵⁴ kent het wetboek geen geschreven strafuitsluitingsgrond die voorziet in uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid vanwege culturele achtergrond, culturele motieven of religieuze oorzaken. De strafrechter zal zonder dat houvast en met de seculiere en neutrale bepalingen die wel voorhanden zijn in een specifiek geval een beoordeling moeten maken. De strafrechter lijkt een op de gedraging toegespitste beoordeling te kunnen maken over de band van de bewijskwestie, de kwalificatiekwestie en de strafuitsluitingskwestie.

In het kader van beoordeling van het bewijs en de daaropvolgende kwalificatiebeoordeling kunnen diverse factoren zien op uiteenlopende bestanddelen. In de jurisprudentie zijn verschillende illustratieve voorbeelden te vinden waarbij sprake is van een door cultuur of religie ingegeven – al dan niet succesvol – verweer aangaande de betekenis van bestanddelen. Zo rees de vraag of bij een zwarte-magie-genezer, die overtuigd is van de juistheid van zijn praktijken maar desondanks vervolgd wordt voor oplechttingspraktijken, gesproken kan worden van opzettelijk, valselijk, bedrieglijk en in strijd met de waarheid handelen.²⁵⁵ Ook heeft de rechter moeten oordelen of het inboezemen van angst door 'bovennatuurlijke krachten aan te wenden' en daarbij toevoegen dat het slachtoffer vanwege die spirituele krachten iets ergs zou overkomen, bedreiging met

250 Nauta & Wermölder 2002, p. 367-373.

251 Ten Voorde 2007, p. 177.

252 Vgl. De Hullu 2021, p. 350.

253 Vermunt 1984b, p. 717-718.

254 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 475.

255 HR 26 november 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4896, NJ 1969/361 m.nt. W.C. van Binsbergen.

geweld oplevert.²⁵⁶ Veelal bleken de gevoerde verweren weinig kansrijk en soms zag de rechter in de culturele of religieuze achtergrond zelfs aanleiding om de generaalpreventieve werking van de straf te benadrukken²⁵⁷ en te beklemtonen dat dergelijk gedrag in Nederland niet wordt getolereerd.²⁵⁸ Zo overwoog het Hof Amsterdam in een zaak aangaande eerwraak, waarbij verdachte samen met zijn minderjarige broertje zijn jongere zusje op gruwelijke wijze had vermoord: 'Door deze gruwelijke en onherroepelijke daad, welke in de wet met de zwaarst mogelijke straf wordt bedreigd, is de rechtsorde ernstig geschokt. Een dergelijk feit veroorzaakt gevoelens van afschuw en onrust in de samenleving.'²⁵⁹

Een beroep op de culturele of religieuze achtergrond is echter niet per definitie kansloos. Zo werden de uitspraken van imam El Moumni omtrent homoseksualiteit, die er in essentie op neerkwamen dat homoseksualiteit een besmettelijke ziekte zou zijn en dat homoseksualiteit schadelijk zou zijn voor de Nederlandse samenleving, vanwege de context waarin de uitingen zijn gedaan, niet strafbaar geacht:

'Die context en de daaruit blijkende kennelijke bedoeling ontnemt in elk geval, naar het oordeel van het hof, het mogelijk beledigende karakter aan deze fragmenten. Het hof kent in dit verband in het bijzonder betekenis toe aan het feit dat de gewraakte fragmenten dienden ter aanduiding van de in de islamitische geloofsovertuiging van de verdachte verankerde opvatting omtrent het zondige karakter van de homoseksuele levenswijze (...).'²⁶⁰

Hetzelfde gold voor de uitspraken van een dominee, die er in essentie op neerkwamen dat homoseksualiteit een vieze en vuile zonde zou zijn. Volgens de Hoge Raad had het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te overwegen dat de uitlating op zich zelf voor homoseksuelen grievend zijn, maar dat de uitlating, beschouwd in haar context en kenbaar in direct verband staand met de geloofsovertuiging, niet als beledigend kunnen worden aangemerkt in de zin van art. 137c Sr.²⁶¹

256 HR 21 februari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0623, NJ 1989/668 m.nt. A.C. 't Hart.

257 Hof Arnhem 5 september 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE7333. 'Zo de culturele achtergrond van verdachte al strafverminderend kunnen werken, wordt dit tenietgedaan door het belang van de generaal-preventieve werking van de straf. Verdachte dient gedurende een lange tijd niet in de maatschappij terug te keren.' Vgl. Rb. Oost-Brabant 11 april 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6709: 'Wel is overigens bij de strafoplegging bepalend geweest de generale preventie, anders gezegd, het voorkomen van navolging in de toekomst door anderen van soortgelijk gedrag. (...) Eigenrichting vormt – kortom – een ernstige bedreiging voor het voortbestaan van een vreedzame samenleving.'

258 Siesling 2006, p. 163.

259 Hof Amsterdam 21 januari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5955.

260 Hof 's-Gravenhage 18 november 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AF0667, NJ 2003/24 (*El Moumni*).

261 HR 14 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE7632, NJ 2003/261 m.nt. P.A.M. Mevis (*Dominee*).

Daarmee kunnen fundamentele vrijheden zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van geloofsovertuiging meebrengen dat delictsbestanddelen, zoals ‘belediging’, niet kunnen worden bewezen, zodat vrijspraak volgt. Straffeloosheid met dezelfde fundamentele vrijheden als grondslag kan ook worden gerealiseerd over de band van de kwalificatievraag, zij het dat in dat geval de verdachte wordt ontslagen van alle rechtsvervolging: door een geslaagd beroep op de vrijheid van meningsuiting of de vrijheid van geloofsovertuiging kan een nationale strafbepaling ook buiten toepassing worden gelaten door de voorrangsregeling van art. 94 Gw.²⁶² Zo was de invoer van Ayahuasca-thee met als bestanddeel dimethylthiambuteen (dat is opgenomen in lijst I van de Opiumwet) volgens het Hof Amsterdam bewezen, maar leverde dat geen strafbaar feit op, omdat het gebruik van die thee een essentieel onderdeel is van de erediensten van de Santo Daimekerk en de vrijheid van godsdienst met zich bracht dat de Opiumwetbepalingen buiten toepassing dienden te blijven.²⁶³ De verdachte werd, omdat het bewezenverklaarde niet kon worden gekwalificeerd, ontslagen van alle rechtsvervolging. In latere, vergelijkbare uitspraken is straffeloosheid overigens niet meer aan de orde. In 2019 heeft de Hoge Raad overwogen:

‘Het oordeel van het Hof dat de toepassing van de betreffende Opiumwetbepalingen en daarmee de beperking van het recht op vrijheid van godsdienst van de verdachte in gevallen als het onderhavige in een democratische samenleving noodzakelijk is ter bescherming van de volksgezondheid, is niet onbegrijpelijk.’²⁶⁴

Niet alleen over de band van het bewijs en de kwalificatie wordt, vanwege de context, tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid gekomen, ook in het kader van de beoordeling van de aannemelijkheid van strafuitsluitingsgronden kunnen culturele en religieuze aspecten van (doorslaggevend) belang zijn. Hierbij betreft het de invulling van de geschreven strafuitsluitingsgronden.²⁶⁵ Culturele achtergronden kunnen (succesvol) worden aangevoerd bij bijvoorbeeld een beroep op noodweer. Zo heeft het Hof Arnhem door de gebruikte bewoordingen de indruk gewekt dat het in doodsangst leven als gevolg van een bloedvete aan de basis kan liggen van een beroep op art. 41 Sr:

‘Gelet op de ontwikkelingen rond voormelde bloedvete en hetgeen over de achtergrond daarvan bekend is, acht het hof het aannemelijk dat de leden van de familie [I.] sinds de dood van [M.] [C.] in 1994 letterlijk in doodsangst hebben geleefd en dat deze angst gerechtvaardigd was, in het licht van hetgeen bekend

262 Zie par. 2.3.3.3. Zie omtrent de weinig systematische keuze voor de ene of de andere route par. 5.2.4.1 en 5.2.4.2.

263 Hof Amsterdam 24 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV6888, *NJFS* 2012/111.

264 HR 1 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1456, *NJ* 2019/418 m.nt. B.E.P. Myjer. Zie omtrent de Ayahuasca-jurisprudentie uitbreider: Wahedi 2019, p. 35-41.

265 Siesling 2006, hoofdstuk 7.

is over deze bloedvete. (...) Gelet op de ontstane situatie, waarbij verdachte van korte afstand werd beschoten met één of meer vuurwapens en de gezondheidstoestand van verdachte, stonden er hem geen andere middelen open om zich te verdedigen en kon hij zich niet aan de situatie onttrekken zodat er naar oordeel van het hof is voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Het hof aanvaardt derhalve het beroep op noodweer en zal verdachte ten aanzien van feit 1 en 2 ontslaan van alle rechtsvervolgning.²⁶⁶

Vanzelfsprekend leiden verweren, die zijn ingegeven door culturele achtergronden, niet zonder meer tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Hoewel er misschien gesproken kan worden van een situatie van rechtspluralisme of normenpluralisme, brengt het handelen in een bepaalde cultuurgebonden veronderstelling veelal geen straffeloosheid met zich. Illustratief in dezen is de zaak waarin een Angolese vrouw haar kind met de blote billen op een hete kachel had gezet, een verhitte vork tegen het bovenlichaam, hals, nek, geslachtsdeel en schaamstreek van het kind had gedrukt en vervolgens het kind met haar hand, met een stok en met een sandaal had geslagen, in de veronderstelling dat in Nederland, net als in de Angolese cultuur, het tuchtigen van kinderen toegestaan was. Mede omdat zij alleen in asielzoekerscentra en in een Angolese gemeenschap heeft verbleven, was volgens de verdediging sprake van dwaling omtrent het recht. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep. Volgens de Hoge Raad had het hof het beroep op afwezigheid van alle schuld terecht verworpen:

‘ter onderbouwing van het verweer [is] aangevoerd dat het in Angola gebruikelijk/normaal is dat kinderen worden geslagen, doch niet dat dit in Angola rechtens geoorloofd is, en evenmin dat en waarom de verdachte ten tijde van de in de bewezenverklaring omschreven gedragingen, waaronder het slaan van P., meende en mocht menen dat die gedragingen naar Nederlands recht geoorloofd zijn. Gelet hierop (...) heeft het Hof het gevoerde verweer terecht verworpen, zodat de motiveringsklachten geen bespreking behoeven.’²⁶⁷

3.8 UITZONDERLIJKE ‘SUB’- CULTURELE HANDELINGEN, GEBRUIKEN EN TRADITIES

3.8.1 De context

Deze context vormt in dit onderzoek als het ware een restcategorie waarin de gemeenschappelijke deler kan worden gevonden in het feit dat binnen de context sprake is van situaties binnen het normaal maatschappelijk leven die op basis van een bepaalde eigenheid en instemming daartoe resulteren in een andere waardering van strafrechtelijk ingrijpen en strafrechtelijke

²⁶⁶ Hof Arnhem 12 juni 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE4024.

²⁶⁷ HR 25 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4205, NJ 2008/195.

aansprakelijkheid. Anders dan bij de voorgaande context is deze niet gekoppeld aan (vrijheid van) geloof of levensovertuiging, maar veeleer aan (de instemming tot) in gemeenschap handelen.

In concrete zin kan bijvoorbeeld onder deze categorie worden geschaard de gebruiken en tradities die horen bij het studentenleven, de ludieke handelingen die plaatsvinden in een (spontaan) groepsverband²⁶⁸ en gedragingen 'ter verhoging van het seksuele gerief'.²⁶⁹ Binnen deze contexten is soms de rol en de autonomie van het strafrecht ter discussie komen te staan. Als reden daarvoor wordt dan aangevoerd dat er sprake is van gedragingen die zijn verricht met instemming of toestemming, verricht conform maatschappelijk geaccepteerde (cultuur)normen dan wel in lijn met het (privé)karakter van de context. Deze categorie wordt in de literatuur soms geschaard onder de sport- en spelsituatie. In het kader van juiste hantering van terminologie – zijn de studentikoze ontgroening en de sado-masochistische handelingen onder te brengen in de term *sport of spel?* – en de juiste beoordeling van inhoudelijke merites wordt deze categorie apart uitgewerkt.

Dat neemt niet weg dat er veel overeenkomsten zijn met de sport- en spelsituatie. Ook in deze categorie gaat het, als gezegd, veelal om handelingen waaraan de toestemming ten grondslag ligt aan het handelen. Participanten binnen de context kunnen over en weer bepaalde gedragingen (van elkaar) verwachten, en die gedragingen zijn in de regel conform de voor de context gangbare omgangsnormen. Zo zullen seksuele handelingen hun ontuchtige karakter doorgaans verliezen 'als ze geschieden met bewuste instemming van degene ten aanzien van wie ze worden gepleegd', al zullen interpretatieproblemen echter 'niet uitgesloten zijn met betrekking tot het al dan niet bestaan van een liefdesverhouding (...) of de mate van vrijwilligheid waarmee bepaalde handelingen de facto zijn ondergaan.'²⁷⁰

De vraag rijst hoever een en ander mag gaan en of bij het verrichten van dergelijke gedragingen kan worden gerekend op straffeloosheid. Het gaat namelijk veelal ook om gedragingen die, hoewel ze samenhangen met culturele patronen of tradities van een bepaalde groep of relatie, niet door het recht als geaccepteerd worden beschouwd. Het recht stelt zich bijvoorbeeld kritisch of zelfs afwijzend op ten opzichte van gedragingen die zijn verricht in strijd met de moraal vanwege de 'sub'-culturele normen en tradities, zoals (al dan niet onder invloed van alcohol) vechtpartijen met een studentikoos karakter en het toebrengen van pijn of letsel in de *sm-scene*. Zo heeft het EHRM in een zaak waarin door enkele Britse homoseksuelen een beroep werd gedaan op het recht op privéleven, zoals omschreven in art. 8 EVRM, vanwege een veroordeling tot gevangenisstraffen naar aanleiding

268 Denk bijvoorbeeld aan de handelingen die plaatsvinden in het kader van vrijgezellenfeesten.

269 Mevis 2013, p. 849.

270 Kelk & De Jong 2019, p. 193.

van sadomasochistische handelingen, de klacht afgewezen.²⁷¹ Hoewel onder omstandigheden het privé-karakter van de gedraging ten grondslag kan liggen aan straffeloosheid, reikt de toestemming (of breder: het zelf-beschikkingsrecht) echter niet zo ver dat bepaalde gedragingen daarmee zonder meer toelaatbaar zijn.²⁷²

Zo lijken gedragingen in deze context een iets andere verhouding te hebben ten opzichte van de moraal dan de in paragraaf 3.4.1 beschreven gedragingen. Anders dan bij de sport- en spelsituatie in strikte zin is de maatschappelijke acceptatie ten aanzien van die gedragingen minder, zijn er in de regel geen concrete of vastgelegde spelregels en zal de participant zich in de regel bewust zijn van het zich begeven op het randje van het toelaatbare. Zo zal het bij beroepen in het kader van deze context veelal gaan om een eigen subjectief oordeel van de participant dat zijn gedraging in het licht van 'sub'-culturele handelingen, gebruiken en tradities hem niet onrechtmatig voorkomt. Hoe dergelijke beroepen aan de orde zijn gekomen en hoe de rechter er (strafprocesrechtelijk) mee omgaat zal in het navolgende worden verkend.

3.8.2 De exceptie²⁷³

In het voorgaande kwam reeds aan de orde dat er in de regel niet meer gesproken kan worden van 'ontucht' indien de handelingen vrijwillig plaatsvinden en er sprake is van een gering leeftijdsverschil in een (duurzame) liefdesrelatie. Het bestanddeel 'ontucht' – dat niet alleen descriptief, maar ook normatief is – geeft volgens De Hullu ruimte voor verwerking van geldende opvattingen binnen de samenleving.²⁷⁴ Ook in het kader van vervaardiging en bezit van kinderpornografie kunnen toestemming en geldende opvattingen binnen de samenleving leiden tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Uit het arrest van de Hoge Raad van 9 februari 2016 volgt dat de kinderpornografiebepaling van art. 240b Sr te ruim geredigeerd is en er een discrepantie bestaat tussen de wetsgeschiedenis en de tekst van de wet.²⁷⁵ Door de Hoge Raad is een kwalificatie-uitsluitingsgrond in het leven geroepen, waardoor de strafrechter in specifieke gevallen, bijvoorbeeld wanneer een oudere minderjarige in de privésfeer ermee instemt dat een leeftijdgenoot voor eigen of beider bezit (en zonder aanwijzing voor een risico van verspreiding) kinderpornografisch materiaal vervaardigt, het feit

271 EHRM 19 februari 1997, appl.no. 21627/93, 21826/93 en 21974/93, NJCM-bulletin 1997, p. 496-497 (*Laskey, Jaggard & Brown t. Verenigd Koninkrijk*).

272 Zie in dit kader ook par. 4.2.1.3.1. In deze zaak kwam overigens in belangrijke mate ook betekenis toe aan de *margin of appreciation*.

273 Diverse passages in deze paragraaf zijn ontleend aan eerder gepubliceerd werk van mijn hand: Bakker 2017a, p. 177-187.

274 De Hullu 2021, p. 349. Zie ook: HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, NJ 2010/376 m.nt. N. Keijzer.

275 HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, NJ 2016/257 m.nt. N. Rozemond.

weliswaar bewezen kan achten, maar toch kan ontslaan van alle rechtsvervolging, vanwege niet-kwalificeerbaarheid. Daarmee kan de toestemming in combinatie met de culturele patronen waarmee in samenhang wordt gehandeld een rol spelen bij de beantwoording van de tweede vraag van art. 350 Sv.²⁷⁶

De toestemming lijkt hiermee van groot belang, zo niet een noodzakelijke voorwaarde bij het laten slagen van het beroep op de exceptie. Zo dient bij opgelopen letsel als gevolg van sadomasochistische handelingen onderzocht te worden of en in hoeverre de gelaedeerde daarmee instemde, of wellicht beter gezegd: in hoeverre een en ander (nog) op zijn toestemming berustte.²⁷⁷ Hetzelfde kan worden gezegd omtrent schade of letsel als gevolg van gedragingen die hebben plaatsgevonden tijdens ontgroeningen of gebruiken/tradities behorend bij het studentenleven. De instemming of toestemming is niet altijd en absoluut rechtvaardigend.²⁷⁸ Van een algehele acceptatie behorend bij alle inherente risico's van gedragingen binnen deze context is veelal geen sprake: relevant is bijvoorbeeld de vraag of de aard en de ernst van het letsel vallen binnen het risico dat het slachtoffer door het deelnemen aan de context redelijkerwijze moet worden geacht te hebben aanvaard.²⁷⁹ Rimmelink stelt hieromtrent:

'Bloedneuzen e.d. als gevolg van vechtpartijen binnen studentencorpora e.d., teruggaande op aldaar geldende "gewoonten", zal men wel moeten accepteren als berustend op "mutmassliche Einwilligung", tenzij ze zijn toegebracht binnen een organisatie, die zich tegen dergelijke mores met kracht verzet. Betreft het evenwel levensgevaarlijke praktijken, dan zullen ze, hoezeer berustend op traditie niet kunnen worden geaccepteerd.'²⁸⁰

Daarmee is de zwaarte van het feit een relevante factor bij de beoordeling in hoeverre sprake kan zijn van een strafrechtelijk relevante toestemming.²⁸¹

276 Bakker 2017a, p. 186.

277 Zie ook Hof Den Haag 16 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2682: 'Het hof overweegt dat inherent is aan sm dat sprake kan zijn van pijn of zelfs lichamelijk letsel en dat het geven van toestemming voor het toebrengen van pijn of lichamelijk letsel de wederrechtelijkheid van die gedragingen kan wegnemen.'

278 Ölçer 2000, p. 63-90. Zie uitgebreider hieromtrent par. 4.2.1.3.1.

279 HR 31 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9178, NJ 2007/79 m.nt. N. Keijzer (*Leestaafel zoonen*).

280 Hazewinkel-Suringa/Rimmelink, p. 357.

281 Bakker 2017a, p. 183. Zie voor een treffend voorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 22 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10176, waarin werd overwogen: 'Naar het oordeel van het hof is er hier geen sprake geweest van een gedraging van verdachte die een aspirant student bij een ontgroening kan verwachten. Anders dan de raadsman, is het hof van oordeel dat er geen sprake is van impliciet gegeven toestemming door aangever voor de handelwijze van verdachte. De rechtspraak waarnaar de raadsman heeft verwezen ziet, zoals hij zelf ook aangaf, op "lichte feiten". Het opzettelijk veroorzaken van pijn en/of letsel bij een ander door een geschoeide voet op of tegen het hoofd van een eerstejaars student te plaatsen valt daar niet onder.'

Illustratief is het arrest ‘Leestafel zooien’.²⁸² Bij de Leidse Studenten Vereniging Minerva werd een vijf meter lange leestafel van ongeveer 1000 kilogram als stormram gebruikt teneinde die leestafel buiten de sociëteit te brengen, hetgeen het zittende bestuur moest trachten te voorkomen. Er bestaat namelijk een *mos* binnen de studentenvereniging dat als men daarin slaagt, het bestuur dient af te treden. Tijdens de derde poging de tafel naar buiten te rammen bevond een lid van de vereniging, het latere slachtoffer, zich tussen de tafel en de deuren. Door de stormramactie brak hij zijn beide polsen. De verdachte werd veroordeeld wegens medeplegen van het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel door schuld. Van een algemene acceptatie van inherente risico’s behorend bij een gebruik, ritueel of traditie was ook geen sprake. Volgens annotator Keijzer ging het in wezen om de vraag of de aard en de ernst van het letsel vallen binnen het risico dat het slachtoffer door het deelnemen aan het ‘spel’ redelijkerwijze moet worden geacht te hebben aanvaard. De (stilzwijgende) toestemming reikt niet dermate ver dat een ernstig feit, zoals zwaar lichamelijk letsel door schuld,²⁸³ kan worden gerechtvaardigd, waardoor strafrechtelijke sanctiëring niet achterwege dient te worden gelaten.

In die zin vergelijkbaar is de al wat oudere ‘Tres’-zaak.²⁸⁴ Volgens een traditioneel installatieritueel van het gezelschap Tres Faciunt Collegium te Utrecht werd bij kandidaat-leden tijdens een rit per koets een zwarte linnen kap over het hoofd bevestigd. Die kap werd aan het ondereinde om de hals vastgebonden. Aan de kap was een slurf bevestigd, die na het opzetten met roet werd gevuld. Door aan de slurf te schudden werd het roet in de kap gebracht, hetgeen volgens de ontgroeners moest zorgen voor een ‘vreemde gewaarwording’. Daarbij werd benadrukt dat toestemming was gegeven voor deze ‘toetssteen van iemands karakter’. De ‘vreemde gewaarwording’ leidde bij het slachtoffer tot ernstige benauwdheid, verslikking, een hoestbui en daarmee tot een dermate hevige onlust dat kon worden gesproken van mishandeling. Een ander slachtoffer van hetzelfde ritueel overleed als gevolg van verstikking. Ook in deze zaak bleek het traditieargument niet succesvol. AG Berger concludeerde ook: ‘jarenlange toepassing door wie dan ook van een strafbare handeling kan geen recht geven noch kan het de onrechtmatigheid opheffen,’ hetgeen de Hoge Raad volgde.

Dat de zwaarte van het feit relevant is bij de vraag naar de rechtvaardigende werking van de toestemming hangt mede samen met de rechtsgoederen die door de strafbaarstellingen worden beschermd en de waarde die daaraan in de samenleving wordt toegekend. Diverse strafbepalingen zijn in het leven

282 HR 31 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9178, NJ 2007/79 m.nt. N. Keijzer (*Leestafel zooien*).

283 De ernst van het feit blijkt in dit geval niet zozeer uit de strafbedreiging of de subjectieve zijde van het delict, als wel uit het gevolg van het delict.

284 HR 12 december 1967, ECLI:NL:HR:1967:AB4598, NJ 1970/314 (*Tres*).

geroepen om het individu te beschermen, bijvoorbeeld tegen aanrandingen van de lichamelijke integriteit en aanrandingen van de eer en goede naam. Hoewel in de eerste plaats wordt beoogd het slachtoffer te beschermen, is bij ernstigere feiten vaak ook het algemeen belang met de strafbaarstelling verweven. Wanneer bij een bepaald strafbaar feit in zoverre ook andere belangen worden geschaad, verliest het adagium *volenti non fit iniuria* zijn kracht: de dood van het slachtoffer dat toestemming heeft gegeven is weliswaar een inbreuk op zijn recht op leven, maar kan bijvoorbeeld ook zorgen voor een geschokte rechtsorde en gevoelens van afschuw, angst, verdriet en ontsteltenis in de maatschappij. Het leven van de enkeling heeft niet alleen waarde voor hemzelf, maar ook voor de samenleving.²⁸⁵ Anders gezegd: toestemming als rechtvaardiging kan alleen die rechtsgoederen betreffen waarover de toestemminggever als enige de volledige beschikking heeft. Daarom moet van geval tot geval worden gezien of het algemeen belang zodanig met de handeling, waarvoor toestemming is gegeven, is verweven dat de toestemming niet rechtvaardigt.²⁸⁶ Van geval tot geval moet dan dus ook worden gezien of, ondanks die toestemming, toch publiekrechtelijke rechtshandhaving aangewezen is.

Ook in het kader van andersoortige strafbare feiten kan de exceptie zich doen laten gelden. Met betrekking tot art. 239 Sr lijkt vanwege de noemer 'vermaak' een andere beoordeling plaats te vinden. 'Omdat' sprake is van vermaak en instemming, kan bijvoorbeeld niet worden gesproken van aanstotelijk voor de eerbaarheid, in gevallen waarin in het kader van een vrijgezellenfeest een striptease-act en verder gaande gedragingen plaatsvinden. Een dergelijke vertoning geschiedt misschien wel 'in het openbaar' ofwel in vrij toegankelijke nachtlokalen, maar de omstandigheid dat mensen die aldaar aanwezig zijn juist deze gelegenheid hebben gezocht, welke tevoren als zodanig werd geannonceerd, ontnemt daaraan het 'schendende', aanstootgevende karakter.²⁸⁷ Het verweer komt er dan op neer dat, omdat sprake is van vermaak en instemming, vervulling van het concrete bestanddeel niet kan plaatsvinden of dat het belang dat de delictsomschrijving, waarop de tenlastelegging is toegesneden, beoogt te beschermen, niet is gekrenkt door de gedraging van de verdachte.²⁸⁸

285 Smidt 1881-1886, dl. I, p. 69; Nysingh 1888, p. 39; Dorbeck 1893, p. 71-72. Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 356.

286 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 354. Een bijzondere vorm van toestemming is overigens de plaatsvervangende toestemming: als het bijvoorbeeld gaat om besnijdenis bij jonge jongetjes zijn het de ouders/verzorgers die 'toestemming' geven. Zie HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, NJ 2011/466 m.nt. N. Keijzer; Timmerman 2012; Wahedi 2012.

287 Vgl. de conclusie van AG Remmelink bij HR 19 november 1974, ECLI:NL:PHR:1974:AB5332, NJ 1975/133.

288 Janssens 1995, p. 19.

Naast de toestemming speelt onder omstandigheden ook de kwestie dat de gedraging is verricht in een privésituatie. Een beroep op bijvoorbeeld art. 8 EVRM is reeds mogelijk bij de nationale rechter en kan bij het slagen ervan resulteren in het buiten toepassing laten van de nationale strafbepaling over de band van de artikelen 93 en 94 Gw, hetgeen leidt tot ontslag van alle rechtsvervolging, omdat het bewezenverklaarde feit niet kan worden gekwalificeerd. Het hiervoor aangehaalde voorbeeld aangaande de Britten die waren vervolgd en gestraft voor gedragingen, verricht in de *sm-scene*,²⁸⁹ laat zien dat de nationale rechter handelingen, verricht in deze context, niet per definitie buiten het bereik van art. 8 EVRM plaatst. Overigens zou, indien de formulering van de nationale strafbepaling daartoe ruimte biedt, verwerking van de exceptie ook plaats kunnen vinden over de band van de bewijsvraag door een delictsbestanddeel verdragsconform uit te leggen.

Een wat meer theoretische manier van verwerking van de exceptie betreft de modaliteit van de sociale adequatie, waarbij het van belang is dat de rechter (impliciet) een oordeel zal moeten vellen over onder andere de mate waarin de gedragingen conform maatschappelijke verwachtingen zijn verricht en over de kwestie in hoeverre de gedragingen (door een erkende groep) die in de context zijn verricht maatschappelijk geaccepteerd zijn. Indien dat het geval zou zijn, zou de correlerende strafbepaling, in de opvatting van Vermunt,²⁹⁰ niet van toepassing zijn, omdat de gedraging niet als onrecht kan worden aangemerkt. Een andere, meer theoretisch ingestoken verwerking van de exceptie zou zijn een gebrek aan subsocialiteit. De 'deuk in de rechtsorde' is in sommige gevallen binnen deze context afwezig of zeer beperkt, waardoor strafbaarheid, in de opvatting van Vrij,²⁹¹ niet aangewezen zou zijn.²⁹²

Een scala aan gedragingen die samenhangen met de context en diverse (mogelijk) van toepassing zijnde delicten, brengen in deze context uiteenlopende modaliteiten met zich waarmee, als dat aangewezen is, tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden geconcludeerd. Het is echter de vraag of er ordening kan worden aangebracht in deze veelheid aan mogelijkheden. Een poging daartoe zal in de komende hoofdstukken worden gemaakt en de resultaten ervan met betrekking tot deze context zullen worden weergegeven in paragraaf 4.3.7.

289 EHRM 19 februari 1997, appl.no. 21627/93, 21826/93 en 21974/93, NJCM-bulletin 1997, p. 496-497 (*Laskey, Jaggard & Brown t. Verenigd Koninkrijk*).

290 Vermunt 1984b, p. 717-718.

291 Zie par. 2.2.5 en par. 4.2.1.2.2.

292 Vgl. de notie van Zevenbergen aangaande gronden die de *onrechtmatigheid* uitsluiten: Zevenbergen 1924, p. 97.

3.9 AFSLUITENDE OPMERKINGEN EN DEELCONCLUSIE

In dit hoofdstuk is in kaart gebracht welke bijzondere contexten in de strafrechtstheorie en -praktijk aan de orde zijn (geweest) en wat die contexten precies karakteriseert. Achtereenvolgens is stilgestaan bij de kunst en wetenschap, de beroepsuitoefening, waarbij speciale aandacht is uitgegaan naar het medisch beroepsrecht, de sport- en spelsituatie, de opvoeding en tuchtiging, het actieve en passieve verzetsrecht, cultuur en religie en ten slotte 'sub'-culturele handelingen, tradities en gebruiken.

Deze verschillende contexten hebben elk (hun eigen) karakteristieke kenmerken en vaak (hun eigen) normen(kaders), hetgeen in concrete gevallen kan leiden tot normenpluriformiteit of zelfs tot een botsing van regels. Hoewel de contexten en de bijbehorende excepties onderling verschillen van karakter, hebben ze gemeenschappelijk dat ze de vraag oproepen of, hoe, dan wel wanneer²⁹³ het strafrecht überhaupt een rol moet spelen en of voor elke 'actie' binnen die context een strafrechtelijke 'reactie' vereist is. Een *over all* gemeenschappelijk antwoord op die vraag is vooralsnog moeilijk te geven nu de notie van niet-strafwaardigheid of niet-strafbaarheid is gestoeld op (combinaties van) verschillende grondslagen. Die grondslagen voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten blijken ingegeven door bijvoorbeeld in een rechtsorde geldende rechten en plichten, door de gewoonten, verwachtingen en (bijzondere, van de standaard afwijkende) (zorgvuldigheids)normen binnen de context, alsmede door de autonomie of het zelfbeschikkingsrecht van de participanten. Dat maakt dat één uniforme grond en (daarmee ook) aanpak of modaliteit voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten minder voor de hand ligt. Immers: alle excepties benaderen als strafuitsluitingsgronden zou tekortdoen aan de situatie waarbij de norm niet van toepassing is op de betreffende gedraging en alle excepties benaderen als kwalificatie-uitsluitingsgrond zou tekortdoen aan de situatie waarbij de gedraging weliswaar valt onder een wettelijke delictsomschrijving, maar waarbij, indachtig de regel-uitzonderingverhouding, de niet-strafbaarheid blijkt uit het gerechtvaardigd zijn van de verrichte gedraging.²⁹⁴

293 De 'wanneer-vraag' lijkt nog niet (concreet) te kunnen worden beantwoord op basis van het voorgaande. De vraag hangt samen met de, in par. 3.1 genoemde, *ultimum remedium*-gedachte: in welke gevallen dient het strafrecht (pas) te worden ingezet? In de navolgende hoofdstukken wordt getracht na te gaan in hoeverre de *ultimum remedium*-gedachte gestalte kan krijgen bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid door de strafrechter. Zie ook par. 6.4.

294 Het gaat hierbij dus om een regel-uitzonderingverhouding bezien vanuit het perspectief van het (nationale) strafrecht: de delictsomschrijving is de regel; de exceptie is de uitzondering. Zie voor een nuancering hierop vanuit het perspectief van (fundamentele) vrijheden par. 2.4.

Hoewel de hoeveelheid jurisprudentie, zeker in enkele specifieke bijzondere contexten, gering is, blijkt uit de verkenning hoe, alsmede hoe (in)consistent in de strafrechtspraak soms wordt omgegaan met contextgebonden verweren en excepties. De strafrechter heeft immers – zoals aangegeven – een groot arsenaal aan mogelijkheden tot zijn beschikking om in een concreet geval, ter zake van een gedraging die is verricht in een bijzondere context, te komen tot een (maatschappelijk wenselijke) uitkomst. Daarin is, bijvoorbeeld (maar niet alleen) afhankelijk van de betreffende delictsomschrijving, een *verscheidenheid* te ontwaren in de toepassing van de in hoofdstuk 2 beschreven modaliteiten: uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt in de strafrechtspraktijk gerealiseerd over de band van het bewijs en interpretatie van de delictsbestanddelen, de kwalificatiebeslissing en de verschillende facetten van strafuitsluiting. Dit onderscheid is niet zozeer waar te nemen op het niveau van de verschillende excepties – ‘contextgebonden exceptie X is (altijd) een strafuitsluitingsgrond; contextgebonden exceptie Y is (altijd) een kwalificatie-uitsluitingsgrond’ – als wel op het niveau van de context zelf – ‘contextgebonden exceptie X kan niet alleen de “hoedanigheid” aannemen (of: de vorm worden gegeven) van een strafuitsluitingsgrond, maar ook van een kwalificatie-uitsluitingsgrond’.

Naast deze *verscheidenheid* aan mogelijkheden is ook een zekere *vaagheid* (of als gevolg daarvan: *vermenging*) waar te nemen. Niet altijd is inzichtelijk waar een verschil in toepassing in is gelegen: wat maakt precies dat de exceptie een bepaalde hoedanigheid of vorm aanneemt (of door de rechter als zodanig wordt beschouwd)? En in het verlengde daarvan: zijn de factoren die aan de basis liggen van een verschil in hoedanigheid van dien aard dat ze een verschil in benadering verklaren en rechtvaardigen, of gaat het om toevallige factoren die leiden tot inconsistentie en weinig houvast bij ‘participanten’ in de betreffende context en (toekomstige) beoordelaars daaromtrent zoals strafrechters? Indien dat laatste namelijk het geval is, kan een en ander aanleiding geven om kritisch te overwegen of er mogelijkheden zijn die eraan bijdragen dat de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid beter kan worden toegespitst op de bijzondere contexten. Daarmee zou dan meer recht kunnen worden gedaan aan en meer kunnen worden gedifferentieerd naar de eigen aard en karakteristieken van de verschillende excepties. Deze aspecten zullen in de volgende hoofdstukken nader aan de orde komen.

De vraag rijst dus of de ‘diagnose’ dat sprake is van *verscheidenheid*, *vaagheid* en (risico op) *vermenging* problematisch is in het licht van de in de inleiding genoemde toetsingsmaatstaf, de systematiek bij de vaststelling van de omvang van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Enerzijds kan worden geconcludeerd dat de strafrechter door de *verscheidenheid* aan mogelijkheden met de nodige nuance en differentiatie (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid kan vaststellen en (daarmee) tot de meest rechtvaardige uitspraak kan komen. Aan de andere kant ligt het gevaar van inconsistente

(ofwel materieelrechtelijk onjuiste of onzuivere²⁹⁵) toepassing op de loer met alle (strafvorderlijke) gevolgen van dien. Bij dit laatste is bijvoorbeeld te denken aan het verschil tussen het dictum vrijspraak en het dictum ontslag van alle rechtsvervolgging, de responsie- en motiveringsverplichtingen voor de rechter en diens mogelijkheden om maatregelen op te leggen.²⁹⁶

Op basis van de bevindingen zal in de volgende hoofdstukken nader worden onderzocht of en hoe de *verscheidenheid*, *vaagheid* en (risico op) *vermenging* in het kader van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten, vanwege onder andere een gebrek aan wettelijk houvast, indien nodig, kunnen worden weggenomen, gemarginaliseerd of ondervangen, alsmede welke consequenties daarmee gepaard (moeten) gaan. Tevens wordt bij die zoektocht getracht inzichtelijk te maken wanneer het strafrecht als bestraffend instrument moet worden ingezet (en wanneer niet (meer)).

295 Men denke aan het verwerken van een kwalificatie-uitsluitingsgrond over de band van de beantwoording van de bewijsvraag.

296 Zie omtrent deze en andere aspecten die samenhangen met het strafprocesrecht en de strafrechtspraktijk hoofdstuk 5.

4.1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken is ingegaan op de wijzen waarop uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid door de strafrechter wordt gerealiseerd, respectievelijk de bijzondere contexten en bijbehorende excepties die aan de orde zijn (geweest) in de strafrechtsdogmatiek en -praktijk.

Die verkenning heeft geleid tot een ‘diagnose’ die de basis vormt voor nadere analyse. De diagnose wordt gevormd door een veelheid aan bevindingen die hier worden herhaald. Allereerst geldt dat de wetgever zich ‘waar mogelijk, ver [heeft] gehouden van de keuze voor een bepaalde dogmatische opvatting’¹ en dat hij ook niet altijd aandacht heeft gehad voor (de toepasselijkheid van de betreffende norm in) bijzondere contexten. Tevens (en mogelijk ook daardoor) komt uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid door de rechter binnen een bepaalde context op verschillende wijzen tot stand (‘verscheidenheid’). Daarbij is de jurisprudentie omtrent de toepassing van excepties niet altijd eenduidig en helder (‘vaagheid’ en ‘vermenging’) en voorts lopen de opvattingen daarover in de literatuur uiteen. Ten slotte moet het geheel worden gezien in het licht van de steeds groter wordende rol van het strafrecht in het algemeen en binnen de bijzondere contexten in het bijzonder.

Deze diagnose vormt de aanleiding voor het onderzoek in dit hoofdstuk naar de vraag of ten aanzien van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van gedragingen die zijn verricht in bijzondere contexten, die kennelijk niet altijd helder en inzichtelijk plaatsvindt, meer houvast kan worden geboden. Daartoe zal worden nagegaan wat de achtergronden van de verschillen in toepassing van excepties zijn, of structurering mogelijk is en of uniformering wenselijk is, mede in het licht van de consistentie, voorspelbaarheid en inzichtelijkheid.² In dat licht zal in dit hoofdstuk nader onderzoek worden verricht naar achtergronden en de overbrugbaarheid van de in de vorige hoofdstukken geschetste verschillen. In die analyse zal opnieuw aandacht worden besteed aan concepten die in de praktijk en in de doctrine aan de orde zijn (geweest), welke dienst zouden kunnen doen als geschikte instrumenten om helder en consistent (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid vast te stellen. Het gaat

1 Van Veen 1986, p. 350.

2 Vgl. De Hullu 2021, p. 350: ‘voldoende duidelijkheid’.

daarbij bijvoorbeeld ook om concepten die exemplarisch zijn voor een bepaalde tijdsgeschiedenis – reactie op veranderend moraal, terugdringen van het strafrecht etc. – en niet bepaald een vaste plek hebben verworven in de strafrechtspraktijk van vandaag de dag. Dat neemt niet weg dat aandacht voor (aspecten van) die concepten van waarde is bij een analyse en de zoektocht naar een normatieve benaderingswijze in het kader van de in dit onderzoek centraal staande excepties. De uitzonderlijkheid van de excepties brengt wellicht een noodzaak van een uitzonderlijke benadering met zich.

De bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken worden geordend en in kaders geplaatst, zodat kan worden geanalyseerd of (enige) bijdragen aan grotere systematiek kunnen worden gevonden in het materiële strafrecht zelf. In dit vierde hoofdstuk wordt op basis van de bevindingen uit het voorgaande hoofdstuk stilgestaan bij de dogmatiek en daarmee ook de systematiek op materieelrechtelijk niveau. Daartoe wordt in algemene zin onderzocht en ingekaderd wat de grondslagen zijn van de notie dat ten aanzien van een gedraging in een specifieke context geen strafrechtelijke aansprakelijkheid aangewezen is (paragraaf 4.2.) Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de strekking van strafrechtelijke normen en de ratio van strafbaarheid of strafwaardigheid, welke in potentie van toegevoegde waarde is in de zoektocht naar houvast en consistentie. Vervolgens wordt per contextgebonden exceptie nagegaan in hoeverre de ordening en de kaders tot meer inzichtelijkheid, voorspelbaarheid en consistentie (kunnen) leiden bij de beoordeling van gedrag (paragraaf 4.3.). Het hoofdstuk wordt afgesloten met enkele afsluitende opmerkingen en een antwoord op de vraag hoe met behulp van materieelstrafrechtelijke inzichten en noties, zoals aandacht voor de achtergrond van excepties en de strekking van strafrechtelijke normen, meer systematiek kan worden geboden, teneinde (meer) recht te doen aan de bijzonderheid van de context bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid (paragraaf 4.4.).

4.2 ANALYSE: GRONDSLAGEN EN ACHTERLIGGENDE RECHTSGOEDEREN

In het eerste lid van art. 1 Sr is opgenomen dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling. Het gegeven dat een feit strafbaar is, is – simpel gezegd – het gevolg van het omschrijven van strafbare gedragingen door een wetgever. Het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel ligt daarmee aan de basis van het bepalen welke gedragingen op een strafrechtelijke reactie mogen rekenen. In het kader van dit onderzoek is met name relevant hoe wordt bepaald dat (in of vanwege de context) *geen* sprake is van strafwaardig of strafbaar gedrag. Daarbij staat niet zonder meer vast dat ook in dat kader een exclusieve rol zou zijn weggelegd voor de wet(geving):

‘Zo stellig als de wet (art. 1 Sr) is in zijn verbod feiten strafbaar te achten zonder wettelijke basis, zo onuitgesproken is de wet bij de vraag of de rechter rekening mag houden met een niet in de wet voorziene omstandigheid die zijns inziens het gedrag van de verdachte rechtvaardigt. Mits hij maar niet zover gaat een particuliere opvatting omtrent de overtreden strafbepaling ten beste te geven (art. 11 Wet AB).’³

Het eerste deel van de analyse (paragraaf 4.2.1) bevat een verkenning van de grondslagen van de notie dat bepaalde (op het eerste gezicht strafwaardige of strafbare) gedragingen in of vanwege bijzondere contexten (moeten) zijn uitgezonderd van strafrechtelijke aansprakelijkheid. In de verkenning wordt antwoord gezocht op de vraag wat ten grondslag ligt aan de niet-strafwaardigheid of niet-strafbaarheid van een gedraging in een concreet geval, in een concrete context. In dat kader wordt gezocht naar aanleidingen voor ofwel ideeën over uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid op drie niveaus, te weten: het niveau van de rechtsorde, het niveau van het maatschappelijk leven en het niveau van het individu, welke nader zullen worden toegelicht.

Na die verkenning zal in het tweede deel van de analyse (paragraaf 4.2.2) worden nagegaan hoe op conceptueel niveau is vast te stellen of een gedraging strafwaardig c.q. strafbaar is. Als beoordelingskader wordt gehanteerd de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed/rechtsbelang.⁴ De grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid hangen immers samen met (de reikwijdte van) de achterliggende norm;⁵ die reikwijdte lijkt adequaat vast te stellen door na te gaan wat het te beschermen rechtsgoed is bij de betreffende strafbepaling. Zo stelt Van Hamel bijvoorbeeld ‘dat rechtens verboden moeten zijn die menselijke gedragingen, waardoor levensbelangen voor welker bescherming het recht heeft op te komen, worden aangerand of bedreigd; m.a.w. dat wat het strafrechtelijk verbod beoogt, bescherming van rechtsbelangen is.’⁶ En hij vervolgt: ‘Waar leven is zijn levensbelangen; en alle levensbelangen, die het naar ‘s wetgevers overtuiging waard zijn, kunnen rechtsbelangen worden.’⁷ Een voorlopig antwoord op de vraag waarom een gedraging volgens de wetgever een strafbare gedraging is, wordt beantwoord met de notie dat rechtsbelangen of rechtsgoederen dienen te worden beschermd tegen aanrandingen op bedreigingen daarvan.

Dat betekent overigens niet dat elke gedraging die beantwoordt aan een wettelijke delictsomschrijving een strafbaar feit is:

3 Jörg, Kelk & Klip 2016, p. 119.

4 Hoewel er argumenten zijn om de termen van elkaar te onderscheiden, zullen in dit onderzoek de termen zonder betekenisverschil worden gebezigd. Dit is mede ingegeven door het feit dat in de geraadpleegde en aangehaalde (Nederlandse) literatuur de termen veelal ook door elkaar worden gebruikt.

5 Enschedé 1979, p. 61-63.

6 Van Hamel 1927, p. 171.

7 Van Hamel 1927, p. 172.

'Er zijn meerdere van zulke feiten, die toch nimmer een delict kunnen wezen. Dit ligt dan hierin, dat zulk een handeling mist datgene, waarop het toch niet minder aankomt n.l. de strafwaardigheid. Ze 'past' dan niet op een strafbedreiging, er is dan geen strafbedreiging, waardoor zulk een, aan de wettelijke omschrijving beantwoordende, onrechtmatige, schuldige handeling 'gedekt' is.'⁸

Zeker in het kader van de bijzondere contexten is er aansluiting te vinden met de notie van Hazewinkel-Suringa die aannam dat:

'Ook hier het descriptieve vermogen van de wetgever wel eens te kort zal schieten en een gebeuren (volkomen ten onrechte en onbedoeld) als een strafbaar feit blijkt te moeten worden gerubriceerd zonder dat geschreven strafuitsluitingsgronden redding kunnen brengen, hoezeer een dergelijke gang van zaken, zelfs al zou de rechter terugvallen op een uiterst lage straf, het rechtsgevoel ook zou teleurstellen.'⁹

Verschillende concepten uit de juridische literatuur die verwantschap vertonen met deze notie zullen voor het voetlicht worden gebracht. In dat kader zal in het bijzonder nader aandacht worden besteed aan de (afwezigheid van) subsocialiteit, de leer van de sociale adequatie, de *Typizität-/Tabbestand*-leer en de leer van (het ontbreken van) de materiële wederrechtelijkheid. Tevens zal worden stilgestaan bij de gronden voor uitsluiting van strafbaarheid die zijn voorzien door de wetgever zelf voor de gevallen waarin een gedraging is verricht die in principe strafbaar is, maar vanwege een bijzondere omstandigheid moet leiden tot de conclusie dat die gedraging gerechtvaardigd is (of dat degene die de gedraging verrichtte niet verwijtbaar heeft gehandeld).

4.2.1 Grondslagen

In het eerste deel van deze materieelrechtelijke analyse wordt nagegaan wat precies ten grondslag ligt aan de notie dat in of vanwege een bijzondere context de gedraging niet strafwaardig of niet strafbaar is of misschien wel de inzet van het strafrecht als bestraffend instrument niet aangewezen zou zijn. In paragraaf 2.2.3.2.1 is reeds stilgestaan bij het onderscheid tussen enerzijds de vraag of sprake is van een schending van een in een strafbepaling gestelde onthoudingsnorm ('is er sprake van formele wederrechtelijkheid?') en anderzijds de vraag of de gedraging inhoudelijk strafwaardig en strafbaar is ('is er sprake van materiële wederrechtelijkheid?'). Verschillende grondslagen kunnen leiden tot het oordeel dat een gedraging *niet* materieel wederrechtelijk is (dus niet materieel strafwaardig/strafbaar), terwijl reeds was vastgesteld dat de gedraging wel aan de formele termen

8 Zevenbergen 1924, p. 36-37.

9 Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1973, p. 238.

van een delictsomschrijving beantwoordt. De abstracte grondslagen op basis waarvan kan worden geoordeeld dat vanwege de bijzondere context geen strafrechtelijke aansprakelijkheid zou moeten worden aangenomen zullen in het navolgende geordend voor het voetlicht worden gebracht op, de reeds geïntroduceerde, drie niveaus: op het niveau van de rechtsorde (macro-niveau), op het niveau van de maatschappij (meso-niveau) en op het niveau van het individu (micro-niveau).

In het navolgende zullen de bekende, gangbare grondslagen op hoofdlijnen worden besproken; de minder bekende, niet altijd breed geaccepteerde grondslagen die wel van bijzondere waarde kunnen zijn in het licht van de contextgebonden excepties worden van een uitgebreidere bespreking voorzien. Tevens zullen de besprekingen soms al worden verduidelijkt en toegelicht aan de hand van voorbeelden uit toepasselijke bijzondere contexten.

4.2.1.1 *Grondslagen op het niveau van de rechtsorde (macro-niveau)*

4.2.1.1.1 *Een (fundamenteel) recht*

Het antwoord op de vraag of sprake is of moet zijn van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid en (in het verlengde daarvan) of het strafrecht een rol dient te spelen in het kader van handhaving in bijzondere contexten kan ten eerste zijn ingegeven door de aanwezigheid van rechten en vrijheden die deelnemers aan het uitzonderingsgebied toekomen (en de reikwijdte daarvan). Deelnemers aan de bijzondere contexten genieten bijzondere rechten en vrijheden, die zij vanwege hun rol binnen de context (hebben mogen) verwerven of die inherent zijn aan deelneming aan de betreffende context. Het zijn dan ook die (toekomstige) rechten die veelal de basis vormen van beroepen en verweren in strafzaken waarbij deelnemers aan bijzondere contexten zich moeten verantwoorden voor bepaald gedrag of een bepaalde gedraging. In dergelijke gevallen gaat het om fundamentele mensenrechten, waarbij een verweer wordt vormgegeven door een beroep op bijvoorbeeld een bepaling uit het EVRM. Men denke aan de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van godsdienst, het recht op privéleven en hun 'sub-rechten', zoals de vrijheid van artistieke expressie, de vrijheid van het tot uiting brengen van een overtuiging en het zelfbeschikkingsrecht. Het feit dat binnen die context, vanwege het toekomstige recht, zo gehandeld mocht of moest worden, brengt mee dat niet kan worden gesproken van een strafwaardige of strafbare gedraging; buiten die context is dezelfde gedraging mogelijk wel strafwaardig of strafbaar. Uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt in het concrete geval daarmee gerealiseerd door invulling van de reikwijdte van het (toekomstige (fundamentele)) recht binnen de betreffende context. Als de uitzondering van dat recht (de strafrechtelijke delictsomschrijving) van toepassing is, wordt deze op haar beurt van een uitzondering voorzien: de bevestiging van de fundamentele vrijheid of het fundamentele recht.

Deze benadering heeft een positiefrechtelijk karakter en wordt gebruikt om vorm te geven aan de – later te bespreken – gedachte dat personen in sommige bijzondere contexten vrijwaring van strafrecht (moeten) hebben. De abstracte idee dat bijvoorbeeld de kunstenaar gebruik mag maken van zijn vrijheid van artistieke expressie en dat in sommige gevallen een strafrechtelijke reactie achterwege dient te blijven is niet direct gebaseerd op art. 10 EVRM (die idee kwam immers al aan de orde vóór de inwerkingtreding van het EVRM), maar komt tot uiting door een concreet beroep op art. 10 EVRM.¹⁰

Gebruik van toekomstende rechten moet – vanzelfsprekend – worden onderscheiden van *misbruik* van toekomstende rechten. Hoewel een toekomstend recht van toepassing kan zijn in een concrete context, brengt dat niet per definitie mee dat de persoon die handelt in die context het toekomstende recht als vrijbrief of dekmantel mag gebruiken. In geval van misbruik van recht wordt materieel buiten de context getreden en kan er geen succesvol beroep worden gedaan op de exceptie.¹¹ Met andere woorden: ‘de uitzondering op de uitzondering’¹² gaat niet op.

4.2.1.1.2 Een (wettelijke) plicht (en daaruit voortvloeiende bevoegdheden)

Een variatie op het voorgaande betreft de (wettelijke) plicht tot handelen en de daaruit voortvloeiende bevoegdheden. Hierbij gaat het niet zo zeer om een toekomstend recht, als wel om een plicht tot handelen. (Anders of) niet handelen is hierbij kwalijker dan uitvoering van een op een persoon rustende plicht. Ter illustratie: de arts heeft op grond van art. 7:453 BW¹³ de (civielrechtelijke) verplichting bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen en daarbij te handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard. Het feit dat de arts bij zijn handelingen iemand (even) pijn moet doen is een inherent gevolg van uitvoering geven aan de op hem rustende verplichting. In zaken waarin artsen zich moeten verantwoorden voor hun gedragingen vormt onder andere de plicht een grondslag van het verweer.¹⁴

De vraag rijst hoe het in deze paragraaf besprokene zich verhoudt tot art. 42 Sr, waarin als rechtvaardigingsgrond is opgenomen: ‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.’ Bedoeld is hier om de conceptuele grondslag van het verweer te introduceren en te

10 Dat neemt overigens niet weg dat aan de kunstexceptie ook andere ideeën ten grondslag liggen. Ook de hierna te bespreken rol van de kunst of de kunstenaar in de samenleving vormt bijvoorbeeld een grondslag. Zie verder par. 3.2 en 4.3.1 aangaande de verhouding tussen kunst en (straf)recht.

11 Zie voor voorbeelden par. 3.2.2.1, 3.2.2.2, 4.3.1.1, 4.3.4 en 4.3.5.

12 Zie par. 2.4.

13 Zie ook: art. 2 van de Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg (Wkkgz).

14 Let wel: de medische exceptie omvat ook aspecten die te maken hebben met de sociale adequatie en de zelfbeschikking. Zie daarvoor nader par. 4.3.2.

presenteren. De concrete uitwerking komt in de praktijk aan de orde als beroep op bijvoorbeeld de ongeschreven medische exceptie, maar kan ook worden vormgegeven als beroep op art. 42 Sr. Overigens, wetsconflicten komen in veel gevallen, door tussenkomst van de rechter, langs interpretatieve weg tot een oplossing.¹⁵ Zo kan een op het eerste gezicht strijdige bepaling verdrags-/richtlijn-/wetsconform worden geïnterpreteerd, zodat de strijdigheid als het ware wordt weggewerkt. De vervulde (overigens niet altijd gemakkelijk te omlijnen) plicht kan ook als rechtvaardiging worden ingelezen of vormt de basis van de idee dat de betreffende bepaling niet van toepassing moet zijn op het concrete geval.

4.2.1.1.3 *Macroniveau: tussenbalans*

Op het niveau van de rechtsorde kunnen reeds twee grondslagen voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gevonden. Met betrekking tot de personen die deelnemen aan een bijzondere context geldt dat zij strafrechtelijk vrijuit kunnen gaan door het succesvol naar voren brengen van een (toekomstend (fundamenteel)) recht en/of (de bevoegdheid volgend uit) een wettelijke plicht die op de persoon rust, afkomstig van de (internationale/Europese of nationale) wetgever. Het beroep op het betreffende recht of de betreffende plicht vormt de aanleiding om strafrechtelijke aansprakelijkheid ofwel inzet van het strafrecht te heroverwegen.

4.2.1.2 *Grondslagen op het niveau van het maatschappelijk leven (meso-niveau)*

4.2.1.2.1 *Sociale adequatie*

Naast invloeden op het niveau van de rechtsorde, kan de rol van het strafrecht in bijzondere contexten ook worden beïnvloed door fenomenen die spelen op het niveau van het maatschappelijk leven. Vervulling van rollen, handelen naar verwachtingen, nakomen van maatschappelijke plichten en gedragen volgens gewoonten omvatten (en leiden tot) handelingen waarin zich het maatschappelijk leven overeenkomstig zijn historisch bepaalde ordening afspeelt;¹⁶ die handelingen leveren sociaal adequate handelingen op die in paragraaf 2.2.3.3 zijn geïntroduceerd. Aldaar werd gesteld dat voor de sociale adequatie als concrete wijze van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid weinig ruimte bestaat, maar deze zou mogelijk wel kunnen dienen als conceptuele grondslag bij het bepalen van (de afwezigheid van) strafwaardigheid en/of strafbaarheid van gedrag en de rol van het strafrecht in concrete gevallen, bijvoorbeeld als regulerend principe

15 Vos 1950, p. 168; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 329-330. Dat is ook een reden waarom in de literatuur wordt gesproken over het overbodig zijn van art. 42 Sr.

16 Kelk & De Jong 2019, p. 183-184. De leer van de sociale adequatie vindt, als gezegd, haar oorsprong in de Duitse strafrechtsdogmatiek. Zie nader: Welzel 1939, p. 491-566, i.h.b. p. 514; Welzel 1969, p. 55-57.

bij de beoordeling van de toepasselijkheid van de norm.¹⁷ Immers, handelingen die passen in het verwachtingspatroon van de maatschappelijke participanten, kunnen worden beschouwd als niet-grensoverschrijdend, waardoor ze volgens Vermunt nimmer als 'onrecht' in strafrechtelijke zin kunnen worden aangemerkt.¹⁸ Die visie volgend, lijkt een sociaal adequate handeling *inhoudelijk* buiten het bereik van de strafbepaling te (moeten) vallen.

Bij de vraag of er sprake is van een normovertreding of van sociaal adequaat handelen zal de gedraging volgens Vermunt moeten worden gezien 'in een bepaalde context; simpelweg de context waarin gehandeld is (gedragscontext) en die gekend zal moeten worden willen wij de handeling naar haar werkelijke betekenis kunnen waarderen. Tot de gedragscontext dient ook gerekend te worden de plaats die het handelend subject inneemt, de functie die door hem in het maatschappelijk leven wordt vervuld, kortweg zijn sociale positie.'¹⁹ Het is dan ook niet de norm of de handeling op zichzelf die bepaalt of een gedraging binnen de strafwet valt; de gedraging is pas strafrechtelijk relevant als op grond van een bepaald maatschappelijk waarderingsoordeel het gedrag ontoelaatbaar is.²⁰ Volgens Vermunt kan bij positieve beantwoording van drie vragen worden vastgesteld dat het 'handelend subject' sociaal adequaat, 'niet onrechtmatig' heeft gehandeld:

'a) geldt ten aanzien van die groep binnen de samenleving waarvan het handelend subject deel uitmaakt een verhoogde mate van maatschappelijke acceptatie met betrekking tot bepaalde gedragstypen?; b) behoort de handeling in concreto tot zo'n gedragstype?; en – uiteraard – c) is de handeling door het handelend subject verricht uit hoofde van of in het kader van zijn participatie aan die groep?'²¹

Indien deze vragen positief worden beantwoord, waarbij overigens niet vereist is dat sprake is van een 'bijzondere rechtsplicht',²² is volgens Vermunt sprake van een handelen dat geheel past in het maatschappelijk normaalbeeld. Dergelijk handelen moet volgens hem niet worden gezien

17 Vgl. de notie van Hazewinkel-Suringa/Rommelink: 'Het komt mij voor, dat de Sozial-Adäquanz (...) als regulatief principe van redelijkheid bij de uitleg van wet en strafuitsluitingsgronden zijn plaats zal moeten vinden (...). Als afzonderlijke grond, als de belichaming van de niet-wederrechtelijkheid gaat mij dit te ver. Ik zou (...) slechts willen denken aan gevallen, waarin er kennelijk sprake is van een leemte in de geschreven rechtsorde, waarvan men moet aannemen, dat de wetgever deze eventueel zou hebben aangevuld.' Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1971, p. 241-242. In par. 5.4.4 en 6.5 zal hier op terug worden gekomen.

18 Vermunt 1984c, p. 120.

19 Vermunt 1984b, p. 715.

20 Ten Voorde 2007, p. 176; Vermunt 1984b, p. 715.

21 Vermunt 1984b, p. 718.

22 Daarmee is deze benadering niet slechts van toepassing op bijvoorbeeld (vee)artsen, maar gaat de benadering ook op 'wanneer een voetballer in het kader van een 'correct uitgevoerde sliding' het scheenbeen van zijn tegenstander raakt.'

als rechtvaardiging van het plegen van het delict, maar als een oorzaak van het niet realiseren van 'een gedraging y als bedoeld in strafbaarstelling x'.²³

In navolging daarop benadrukt Ten Voorde dat een voorwaarde voor hantering van deze benadering is dat het daadwerkelijk gaat om delicten die uit hoofde van een bepaalde rol of (maatschappelijke) functie worden gepleegd, zoals iemand die een beroep uitoefent of bijvoorbeeld de voetballer in een sport- en spelsituatie. Om die reden dicht hij de sociale adequatie een kleinere rol toe in het licht van culturele delicten dan in het licht van delicten gepleegd in het kader van beroepsuitoefening of sport.²⁴ Handelingen die typisch zijn voor en inherent zijn aan het zich begeven in een dergelijke, maatschappelijk erkende, bijzondere context en worden verricht in dat kader, zoals de *sliding tackle* binnen de lijnen van het voetbalveld, kunnen in deze visie niet als onrecht worden aangemerkt en kunnen daarmee niet als strafwaardig worden aangemerkt.

Wat normconform of sociaal adequaat is, is (mede) afhankelijk van plaats en tijd. Schaffmeister en Heijder gebruiken met betrekking tot de concretisering van wederrechtelijkheid een treffend voorbeeld. Door hen wordt antwoord gegeven op de vraag of sprake is van wederrechtelijk binnendringen, in de zin van art. 138 Sr, wanneer een colporteur door de open deur een huis binnenkomt:

'Daarover wordt in de maatschappij niet steeds hetzelfde gedacht: op het platteland is men iets vrijer dan in de dicht bevolkte wijken van de steden; wat de buurvrouw of de melkboer mag is niet aan een colporteur toegestaan. Wanneer echter de colporteur niet door de open deur is binnengekomen maar aan het touwtje heeft getrokken dat door de brievenbus naar buiten hangt, ligt de situatie al heel anders. Naar algemeen besef is het touwtje uit de brievenbus voor de eigen kinderen op straat, dus niet voor colporteurs. Als zo iemand met behulp van het touwtje binnenkomt dringt hij het huis binnen.'²⁵

Als gezegd, hangt volgens Schaffmeister en Heijder de strafwaardigheid van een gedraging ook samen met de tijd. Ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht zag het maatschappelijk leven er – vanzelfsprekend – anders uit dan vandaag de dag. Mede door ontwikkelingen in de omgang tussen participanten binnen een samenleving, meer diversiteit, invloeden van buitenaf en digitalisering zijn normen en waarden aan verandering onderhevig. De betekenis van strafrechtelijke normen, of op abstracter niveau: de idee van strafwaardigheid, kan veranderen in de loop der tijd. Ook in het kader van bijzondere contexten blijkt dat dergelijke ontwikkelingen in de beoordeling van de betekenis van de norm worden meegenomen.

23 Vermunt 1984a, p. 118.

24 Ten Voorde 2007, p. 177, alsmede p. 184.

25 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 465.

Illustratief in dezen is de opvoeding en tuchtiging. In paragraaf 3.5 is reeds aan de orde gekomen dat in de totstandkomingsgeschiedenis van het Wetboek van Strafrecht uitdrukkelijk aan de orde komt dat de opvoedende tik van bijvoorbeeld de vader niet onder de reikwijdte van de mishandlingsbepaling dient te vallen: 'Die opzettelijk aan een ander lichamelijk leed toebrengt is volstrekt niet altijd strafwaardig. Men denke aan [...] de castigatio paterna. Het misdrijf behoort zóó uitgedrukt te worden, dat deze en dergelijke gevallen er niet in begrepen zijn.'²⁶

De (voor die tijd) sociaal adequate handeling werd expliciet buiten het bereik van de bepaling gehouden. Dit komt overeen met de visie dat ten aanzien van elke verbodsbepaling de premisse moet gelden dat de bewoordingen waarin zij is gesteld geen handelingen bestrijken die als volstrekt rechtmatig passen in het beeld van de maatschappelijke normale situatie.²⁷ Dat betekent overigens niet dat elke tik gevrijwaard was van straf. In de woorden van Hazewinkel-Suringa:

'Niet iedere castigatio paterna valt [...] buiten art. 300. Gaat het niet om opvoeding of zijn de aangewende middelen daartoe ongepaste, dan wordt dit optreden mishandeling. Slaat een vader zijn niets misdoend kind, botvierend eigen kwade luimen, gelijk in dronkenschap frequent voorkomt, dan ontbreekt het juiste doel. Tuchtigt hij een snoeplustig kind met een ijzeren staaf, dan deugt het middel niet; zijn gedrag valt dan wel onder mishandeling. Hieruit volgt, dat de al of niet strafbaarheid van ouderlijk optreden steeds afhankelijk zal zijn van en zich zal wijzigen met morele en maatschappelijke opvattingen, die zelf weer variëren naar [...] tijd en plaats.'²⁸

Ontwikkelingen in de pedagogische wetenschappen, maatschappelijke discussies omtrent nut en noodzaak van corrigerende tikken en het zich (meer) doen laten gelden van de rechten van het kind hebben ertoe geleid dat vandaag de dag de proportionaliteit van handelen anders wordt ingevuld en dat de corrigerende tik veelal wel valt onder mishandeling, zeker wanneer die is uitgedeeld door anderen dan ouders/voogden. Volgens Remmelink 'zal pittige koek die de schoolmeester en de dorpsveldwachter vroeger uitdeelden, niet meer als een heilzaam tuchtmiddel worden erkend.'²⁹ De niet-strafwaardigheid of niet-strafbaarheid van de corrigerende tik is daarmee in praktische zin ook eerder te beschouwen als uitzondering dan als regel.

In hoeverre maatschappelijke opvattingen door de tijd heen hun weerslag hebben op de beoordeling van strafwaardigheid is bijvoorbeeld goed waarneembaar ten aanzien van zedendelicten. Kelk beschrijft dat na de

26 Smidt/Smidt 1891-1901, dl II, p. 475.

27 Dolman 2006, p. 58; Vermunt 1984a, p. 114.

28 Hazewinkel-Suringa 1953, p. 198

29 Remmelink 1989, p. 16.

jaren 60 en 70, die zich kenmerkten door vrijere zeden,³⁰ in de jaren 80 een repressiever straffklimaat volgde, doordat de wetgever zich royaal begon te manifesteren.³¹ Sindsdien is volgens hem sprake van een uitdijende strafbaarheid ten aanzien van onzedelijk handelen. Steeds meer onzedelijke gedragingen zijn opgenomen in het Wetboek van Strafrecht en bestaande delictomschrijvingen worden door de rechter ruim geïnterpreteerd.³² Digitalisering en het oprukkende belang van slachtofferbescherming in samenhang met de maatschappelijke opvattingen zouden daaraan (mede) ten grondslag liggen. Excessen, in de vorm van een te ruime omvang van strafrechtelijke aansprakelijkheid, lijken door de rechter te worden genuanceerd: de tongzoen is niet meer te *labelen* als verkrachting³³ en het versturen of in bezit hebben van naaktfoto's door/van een minderjarige met instemming en zonder gevaar voor verdere verspreiding valt – met het oog op de wetsgeschiedenis – onder omstandigheden niet onder het bereik van de kinderpornografiebepaling.³⁴

Met betrekking tot de in dit onderzoek centraal staande excepties kan dat bijvoorbeeld betekenen dat een exceptie als de kunstexceptie van invulling kan verschillen door de maatschappelijke opvattingen die heersen en de ontwikkelingen die in dat kader spelen. De Hoge Raad heeft al eens overwogen:

‘De Hoge Raad acht zeker de mogelijkheid aanwezig dat een in de wet voorkomend woord of begrip in de loop der tijden van betekenis verandert, zodat met behoud van de aan het artikel ten grondslag liggende algemene strekking feiten onder het artikel vallen, die er vroeger niet onder vielen, met het gevolg dat de rechter een uitspraak kan geven, die met de in de maatschappij levende overtuiging betreffende het strafwaardige van bepaalde feiten ten volle rekening houdt.’³⁵

Hoewel deze overweging stamt uit de oorlogstijd, lijkt de overweging niet aan waarde te hebben ingeboet. Bestanddelen van een delictomschrijving vergen vaak en nog steeds hernieuwde uitleg in het licht van verander(en)de

30 Kelk vat een illustratief advies van de door de regering in 1970 ingestelde commissie-Melai samen met de woorden: ‘Deze commissie wilde in haar eindrapport van 1980 onder meer – kort gezegd – alle pornografie, inclusief kinderporno, vrijgeven.’

31 Kelk 2015, p. 520-527. Zie in dit kader ook Kool 1998, p. 56-83 en Cleiren & Ten Voorde 2016, p. 398-405.

32 Zie in dat kader ook: Ten Voorde 2016b, p. 191-256

33 HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, NJ 2013/437 m.nt. N. Keijzer; Rozemond 2013; Duker 2013.

34 HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, NJ 2016/257 m.nt. N. Rozemond. In het kader van beoordeling van de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed zal in par. 4.2.2.2.1 nader aandacht worden besteed aan dit arrest.

35 HR 21 juni 1943, NJ 1943/559. In deze zaak ging het overigens om de betekenis van de term ‘onmacht’ in het licht van art. 242 Sr.

maatschappelijke situaties en opvattingen.³⁶ ‘Het is de rechter die strafbepalingen in de praktijk toepast – ‘actualiseert’ – en dan tot de ontdekking komt dat die niet (langer) op de maatschappelijke realiteit aansluiten.’³⁷ Het belang van kunst kan, als eerder gezegd, niet alleen maken dat de gedraging niet als wederrechtelijk kan worden beschouwd, maar kan ook van invloed zijn op de beoordeling omtrent de toepasselijkheid van de strafbepaling.³⁸ Door een herdefiniëring van de norm, vanwege een verander(en)de maatschappelijke realiteit, kan een belangenafweging tussen artistieke vrijheid en de beperking daarvan anders uitpakken of kan de oorspronkelijke norm niet meer van toepassing worden geacht. Daarbij is het mogelijk dat een bestanddeel, zoals ‘aanstotelijk voor de eerbaarheid’, in de betreffende casus zelfs kan worden geëlimineerd, vanwege herdefiniëring als gevolg van een verander(en)de maatschappelijke realiteit. Zo legde de Hoge Raad uitdrukkelijk de link met verander(en)de maatschappelijke opvattingen in het zogenaamde *Chick*-arrest: de term (aanstotelijk voor de) eerbaarheid moet worden opgevat naar de hier te lande heersende zeden ‘welke worden bepaald door de bij een belangrijke meerderheid van het Nederlandse volk op dit punt levende opvattingen.’³⁹ Doordat opvattingen voor verandering vatbaar zijn, is de reikwijdte van de term (aanstotelijk voor de) eerbaarheid ook voor verandering vatbaar.

Ter Heide koppelt de kunstexceptie aan de sociale adequatie. Naar aanleiding van het arrest waarin de Hoge Raad oordeelde over (het in bezit hebben en verspreiden van) het boek ‘Liesbeth en de wereld van Bob en Daphne’⁴⁰ en de kwestie in hoeverre er sprake was van aanstotelijkheid voor de eerbaarheid,⁴¹ stelt Ter Heide diverse vragen die de relatie tussen het werk van een schrijver/kunstenaar en de rol van de schrijver/kunstenaar in een samenleving blootleggen:

36 Heijder 1982, p. 53.

37 Dolman 2006, p. 62.

38 Zie Rimmelink 1995, p. 117.

39 HR 17 november 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB5129, NJ 1971/373 m.nt. C. Bronkhorst (*Chick*).

40 HR 23 maart 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB5689, NJ 1965/260 m.nt. W.P.J. Pompe. Het boek ‘Liesbeth en de wereld van Bob en Daphne’ bevatte volgens de tenlastelegging ‘een reeks zedenkwetsende beschrijvingen van ontuchtige en/of oneerbare handelingen met soms een pervers karakter, somwijlen zelfs in bloedschennige verhouding’.

41 Overbeek beschouwt de vraag – of het boek als geheel, in zijn vorm van roman met enige literaire waarde, aanstotelijk was – niet als een feitelijke vraag (‘zijn bepaalde gevolgen van de lezing te verwachten of niet?’), maar als een rechtsvraag (‘is het al dan niet in strijd met de norm van de heersende seksuele moraal en geeft het daardoor aanstoot?’), Overbeek 1966, p. 116. Daardoor kon volgens hem de Hoge Raad ‘in het midden latende of een kunstwerk als zodanig niet aanstotelijk voor de eerbaarheid kan zijn (...) verklaren dat naar zijn mening het boek niet een zodanige literaire waarde kon worden toegekend, dat die stelling (namelijk dat het als kunstwerk niet onder de wet viel) nadere bespreking zou behoeven.’

‘Voldeed de schrijver aan de verwachtingen die men van een schrijver kan hebben in zijn handelen temidden van de anderen? In zekere zin is hier zijn sociale rol in het geding. De schrijver moet aan bepaalde normen voldoen, hij moet zich onthouden van publikaties die aanstotelijk zijn voor de eerbaarheid. Overschrijdt het geïncrimineerde boek de grens van het toelaatbare? Wat is de ‘zin’ van de handeling in het maatschappelijk speelveld?’⁴²

De kunstexceptie, die, zoals besproken in paragraaf 4.2.1.1.1, ook in het kader van (toekomstige (fundamentele)) rechten aan de orde kan zijn, kan haar grondslag mede vinden op meso-niveau, omdat de rol van de kunstenaar in de samenleving en de te verwachten handelingen van iemand die de grenzen in maatschappelijke context mag opzoeken net zo goed een rol speelt. Positiefrechtelijk gezien lijkt de ingang voor een beroep op de kunstexceptie wel het beroep op de vrijheid van meningsuiting te zijn. Met art. 10 EVRM wordt handen en voeten gegeven aan de vrijheid van artistieke expressie.⁴³ Een beroep op een kwalificatie-uitsluitingsgrond, ingegeven door de idee dat de sociaal adequate gedraging niet onder de norm zou moeten vallen of niet het label strafwaardig opgeplakt mag krijgen, is in specifieke gevallen wellicht juridisch-dogmatisch zuiverder, maar lijkt in de bestendige praktijk, waarin de kwalificatievraag enigszins ondergesneeuwd lijkt,⁴⁴ niet aan de orde.⁴⁵ Dit is enerzijds opmerkelijk, nu art. 10 EVRM slechts als ‘kapstok’ dient. Anderzijds is uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid via deze benaderingswijze grijpbaarder, concreter en juridisch beter afdwingbaar. Daarbij kan de notie dat sprake zou zijn van sociaal adequaat handelen worden meegenomen in de argumentatie bij een beroep op bijvoorbeeld een EVRM-bepaling dat bij honorering ervan over de band van art. 94 Gw kan resulteren in het buiten toepassing verklaren van de in het geding zijnde strafbepaling en dus tot niet-kwalificatie.⁴⁶

4.2.1.2.2 *Subsocialiteit*

In paragraaf 2.2.5 is reeds stilgestaan bij de subsocialiteit als derde element, naar aanleiding van de afscheidsrede van Vrij. Hij voerde een pleidooi voor de subsocialiteit als element, naast ‘Onrecht’ (wederrechtelijkheid) en ‘Schuld’ (verwijtbaarheid). Wanneer de voorwaarden voor strafbaarheid werden gelegd op de doelstellingen van straf(recht), bleek het aspect

42 Ter Heide 1965, p. 141.

43 Het voordeel van deze ‘route’ is dat het EVRM, dat minimumwaarborgen biedt, en het EHRM, dat bindende uitspraken daaromtrent kan doen, ervoor kunnen zorgen dat de nationale rechter wordt gestuurd (of begrensd). Daarmee kan de gewenste houvast worden geboden.

44 Zie hieromtrent nader par. 5.2.2.

45 Zie opnieuw Kelk & De Jong 2019, p. 183-184.

46 Een beroep op het niet strafwaardig zijn van de gedraging of het feit dat de betreffende bepaling niet voor deze gedraging is geschreven zou, bij een zuivere toepassing, ook leiden tot niet-kwalificatie. Zie nader par. 4.3.1.

van 'Gevaar' soms niet te zijn gedekt. Het gevaar voor de maatschappij als gevolg van wetsovertreding raakt aan de doelmatigheid van de straf, maar is niet onder te brengen in wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid als voorwaarden voor strafbaarheid. De subsocialiteit als derde element zou in die leemte voorzien. *A contrario* kan daaruit worden gedestilleerd dat als het gevaar nihil is of ontbreekt, omdat geen sprake is van herhalingsdrang bij de delinquent, alsmede geen onvoldaanheid bij het slachtoffer, geen navolgingsneiging bij derden en geen ontdaanheid bij vierden, volgens Vrij strafrechtelijk optreden dan achterwege dient te blijven en geen strafrechtelijke aansprakelijkheid dient te worden aangenomen.⁴⁷

Als gezegd is in de literatuur veelal stilgestaan bij de vraag of de subsocialiteit een plek zou moeten hebben in de strafrechtelijke dogmatiek en zo ja, op welke wijze deze een rol kan vervullen. De algemene tendens is dat de subsocialiteit als het ware wordt verwerkt bij de door het openbaar ministerie te nemen opportuniteitsbeslissing, de rechterlijke interpretatie van bestanddelen, de beoordeling omtrent de aannemelijkheid van strafuitsluitingsgronden en/of bij de vraag omtrent de strafoplegging, in het bijzonder de mogelijkheid om gebruik te maken van het rechterlijk pardon van art. 9a Sr.

Mede in het licht van de hierna te bespreken verhouding tot het achterliggende rechtsgoed, bestaat een mogelijkheid voor de strafrechter om de subsocialiteit in het vigerende stelsel van vaststelling/uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te verwerken op een (voor specifieke gevallen) juridisch-dogmatisch zuiverdere wijze. Indien een gedraging heeft plaatsgevonden die kan worden bewezen verklaard, dient zich de kwestie aan of het bewezenverklaarde een strafbaar feit oplevert. Bij de beantwoording van deze kwalificatievraag,⁴⁸ lijkt er voor de strafrechter ruimte te bestaan om een oordeel te vellen over de strafwaardigheid van de gedraging, waarbij elementen uit de rede van Vrij van waarde kunnen zijn. 'De strafwaardigheid is voor een deel, maar niet geheel, belichaamd in wederrechtelijk en schuld en voor het overige in het overeenstemmen van het feit met de delictsomschrijving.'⁴⁹ Wanneer immers wordt volgehouden dat er geen sprake is van een strafbaar feit, indien het achterliggende rechtsgoed niet is gekrenkt of niet in gevaar is gebracht,⁵⁰ is het niet uitgesloten dat de rechter de bewezenverklaarde gedraging niet strafwaardig acht. Immers: er is mogelijk geen 'gevaar' (voor het achterliggende rechtsgoed) en er is mogelijk geen 'verstoring van de maatschappelijke toestand': geen herhalingsdrang bij de delinquent, geen onvoldaanheid bij het slachtoffer, geen navolgingsneiging bij derden en geen ontdaanheid bij vierden.

47 Vrij 1956, p. 300.

48 En indien de subsocialiteit niet reeds ten grondslag lag aan de interpretatie van de delictsbestanddelen bij de beantwoording van de bewijsvraag.

49 Langemeijer 1950, p. 13.

50 Zie par. 4.2.2.2.1, alsmede Schaffmeister & Heijder 1983, p. 457; Nieboer 1987, p. 455; Strijards, p. 50.

De wetgever heeft volgens Knigge in de delictomschrijvingen aspecten die raken aan opportuniteit en subsocialiteit ingevoegd, waarmee subsocialiteit, net als wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid, mag worden verondersteld.⁵¹ Als de subsocialiteit in een specifiek geval ontbreekt, is van de veronderstelde subsocialiteit in het betreffende geval geen sprake.⁵² De leer van de subsocialiteit kan dan als hulpmiddel worden gebruikt bij de teleologische interpretatie van de strafwet en als kwalificatiekwestie aan de orde komen.⁵³ Deze figuur komt in die zin overeen met het eerder besproken onderzoek naar de precieze aard en betekenis van het delict: de *Typizität*.⁵⁴

4.2.1.2.3 *Mesoniveau: tussenbalans*

Op het niveau van het maatschappelijke leven (meso-niveau) kan in diverse gevallen uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gerealiseerd over de band van (rechterlijke) (her)waardering van de strafwaardigheid of strafbaarheid naar aanleiding van de mate van sociaal adequaat handelen en op basis van het ontbreken van subsocialiteit. Daarvoor is dus een inhoudelijke afweging of beoordeling nodig, waarbij de rechter actief moet oordelen over strafwaardigheid en strafbaarheid en een grote discretionaire ruimte geniet. Hoewel deze figuren met name in de literatuur aan de orde komen en amper in de rechtspraak, kunnen deze niettemin in het licht van de in dit onderzoek centraal staande excepties van toegevoegde waarde zijn bij het komen tot een juridisch oordeel omtrent strafwaardigheid of strafbaarheid van handelingen binnen die betreffende context.

De besproken grondslagen op mesoniveau zijn wellicht op zichzelf (nog) niet sterk en concreet genoeg om eigenstandig tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te leiden, maar kunnen bijvoorbeeld wel een impuls geven aan de bewijs- of kwalificatievraag die de strafrechter dient te beantwoorden, zeker wanneer de in paragraaf 4.2.2 te bespreken verhouding tot het achterliggende rechtsgoed wordt gekoppeld aan deze theorieën. De theorieën laten goed het onderscheid zien tussen (de betekenis van) bestanddelen en rechtvaardigingsgronden. In de woorden van Machielse:

‘Bestanddelen hebben dan als taak in hun samenhang zo nauwkeurig mogelijk de door de wet bedoelde schending van het rechtsgoed te beschrijven en gaan als zodanig aan de rechtvaardigingsgronden vooraf. De rechtvaardigingsgronden spelen hun rol in een situatie waarin de schending van het ene rechtsgoed moet worden afgewogen tegen schending van het andere rechtsgoed van een ander

51 Knigge 1987, p. 297.

52 Knigge 1987, p. 297-298.

53 Mulder 1957, p. 228-229.

54 Van de Wetering, Mevis & Van der Heide maken ook een koppeling tussen de subsocialiteit en de *Typizität*. Van de Wetering, Mevis & Van der Heide 2019, p. 244, voetnoot 72. Ook de *Typizität* zal in het licht van de verhouding tot achterliggende rechtsgoederen nader worden besproken.

belang; rechtvaardigingsgronden geven dus niet aan wanneer er van een schending van het rechtsgoed geen sprake is, zij zijn geen soort beperkende bestanddelen, maar nemen de schending van het rechtsgoed op in een vergelijking.⁵⁵

In het verlengde daarvan kan hernieuwde, grotere aandacht voor de kwalificatievraag een drempel opwerpen voor oneigenlijk gebruik van het strafrecht door overspanning van de delictsinhoud, bijvoorbeeld in bijzondere contexten. De gedragingen (bijvoorbeeld in of vanwege een bijzondere context die als zodanig min of meer kan worden gedefinieerd) die weliswaar naar de letter onder de delictsoomschrijving vallen, hoeven niet daadwerkelijk het label 'strafwaardig feit' of '(verondersteld) strafbaar feit' opgeplakt te krijgen. Wanneer de handeling sociaal adequaat is of wanneer de subsocialiteit ontbreekt, kan een geslaagd 'rechtsgoedverweer' ertoe bijdragen dat het strafrecht verder op de achtergrond kan raken, of voor toekomstige gevallen: blijven. Het achterliggende rechtsgoed wordt namelijk niet gekrenkt of in gevaar gebracht en er is geen sprake van een gedraging waarvan de wetgever acht(te) dat het onder de strafbepaling zou moeten vallen. Op basis daarvan is het in diverse gevallen zuiverder om te spreken van een gedraging die niet kan worden gekwalificeerd als strafbaar feit. Daar waar de gedraging in de meeste, gangbare gevallen een strafbaar feit oplevert, is dat voor een gedraging, verricht in of vanwege een bijzondere context, bij uitzondering niet het geval. Voor dergelijke situaties is de kwalificatie-uitsluitingsgrond te verkiezen boven bijvoorbeeld het inlezen van een impliciet bestanddeel.⁵⁶ Zie hierover nader: paragraaf 5.2.4.1.

4.2.1.3 Grondslagen op het niveau van het individu (micro-niveau)

4.2.1.3.1 De toestemming

Niet alleen op het niveau van de rechtsorde of het maatschappelijk leven zijn grondslagen te vinden die leiden tot mogelijke beperking van de rol van het strafrecht in bijzondere contexten, ook op het niveau van het individu spelen oorzaken die resulteren in een herwaardering van strafwaardigheid, strafbaarheid en inzet van het strafrecht.⁵⁷ Zo zou de toestemming van het

55 Machielse 1979, p. 38-39.

56 Vgl. Van Kempen in zijn noot onder HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315 (i.h.b. onderdeel 5): 'Excepties – waaronder kwalificatieuitsluitingsgronden – zijn daarentegen veeleer aangewezen wanneer een strafbaarstelling in zijn algemeenheid correct werkt en alleen in specifieke situaties ten onrechte tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden.'

57 Overigens is het niet uitgesloten dat de uiting van zelfbeschikking – de toestemming – mede kan zijn ingegeven door invloeden die zien op bijvoorbeeld de samenleving. De normen, verwachtingen of gewoonten binnen een samenleving (of een afgezonderde bijzondere context daarvan) kunnen een (beslissende) factor zijn bij de beoordeling van het individu toe te stemmen met een bepaalde gedraging. Ook zal bij een delict dat is gepleegd met toestemming moeten worden gekeken naar het maatschappelijk geoorloofd zijn van de daad. Een strikte scheiding tussen de niveaus is, als gezegd, moeilijk voorstelbaar. Vgl. Vos 1950, p. 177.

slachtoffer onder voorwaarden (bij sommige contexten) in de weg kunnen staan aan strafrechtelijke aansprakelijkheid van degene die handelde op grond van die toestemming.⁵⁸ Hoewel Pompe kritisch is ten aanzien van het toekennen van enige betekenis aan de toestemming van het slachtoffer in het strafrecht, lijkt die toestemming in sommige gevallen te (kunnen) leiden tot het oordeel dat handelen naar aanleiding daarvan geen strafwaardig of strafbaar feit oplevert. Pompe stelt:

‘Men denke vooral aan wat in ons strafrecht niet geldt: de toestemming van de benadeelde doet nl. aan de wederrechtelijkheid en strafbaarheid op zich zelf en in het algemeen niet af. Soms beïnvloedt de toestemming de mate van strafbaarheid (artt. 293 i.v.m. 287, 297 i.v.m. 296 Sr. e.a.). Soms ook brengt de toestemming te weeg, dat het feit niet meer onder de wettelijke omschrijving van het strafbare feit valt (“zijns ondanks” in art. 239 onder 2, “dwingt” in art. 284, “oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen” in art. 310 Sr enz.). In beginsel echter, dus behoudens de in de wettelijke bepalingen duidelijk blijkende uitzonderingen, heeft de toestemming van de benadeelde rechtsgenoot in ons strafrecht geen betekenis. In beginsel staat er immers het belang der gemeenschap voorop. Men zou zelfs wensen, dat met belangen der benadeelden, die toch altijd in het publiekrechtelijk strafrecht, zij het op de voorgrond, blijven bestaan, meer rekening gehouden werd.’⁵⁹

In afwijking van wat Pompe stelt lijkt er thans wel degelijk (meer) ruimte te zijn om de toestemming van het slachtoffer als grondslag voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid mee te nemen in de beoordeling naar aanleiding van het handelen van een verdachte. Hoewel strafwetgeving publiekrechtelijk van aard is en het bijzondere, individuele belang van de rechtsgenoot die door een delict benadeeld wordt niet op de voorgrond staat, reikt de macht van de wetgever niet altijd tot ‘het particuliere’: de staat behoort geen zedenmeester te zijn en moet terughoudend zijn met het in het private leven doordringen.⁶⁰ In het private leven, of beter gezegd: in de relatie tussen individuen, kunnen uitingen van zelfbeschikking in de weg staan aan strafrechtelijke aansprakelijkheid. Bij deze uitingen van zelfbeschikking kan worden gedacht aan de toestemming, alsmede aan een verzoek, verklaring of verlangen.⁶¹ Dergelijke uitingen zien op de vrijheid om het leven, binnen zekere grenzen, naar eigen keuze in te richten; ‘het rechtsidee van de vrije autonome mens die door die vrijheid verantwoordelijk wordt, een beginsel waarvan karakter noch reikwijdte in de wet

58 Het komt ook voor dat de toestemming (slechts) van invloed is op het strafmaximum. Zie hieromtrent nader Bakker & Postma 2019. In het navolgende ligt de focus echter op de toestemming die in de weg kan staan aan strafrechtelijke aansprakelijkheid.

59 Pompe 1959, p. 11.

60 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 280; Cleiren & Ten Voorde 2016, p. 399.

61 Zie nader: Rozemond 2019, p. 1864-1871.

of verdrag is vastgelegd.⁶² Niettemin wordt dit zelfbeschikkingsrecht als belangrijk onderdeel gezien van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.⁶³ Hierin ligt ook de kern waarom in het Latijnse adagium *volenti non fit iniuria* geen ‘onrecht’ wordt aangenomen jegens degene die toe- of instemt.⁶⁴ Buiten de gevallen om waarin aan- of afwezigheid van een vorm van de toestemming is vereist als te bewijzen bestanddeel, wordt de toestemming veelal gezien als grondslag die ziet op de rechtvaardiging van de (bewezenverklarde en gekwalificeerde) handeling van de verdachte.⁶⁵ De toestemming vormt daarmee een bijzondere categorie van ongeschreven rechtvaardiging⁶⁶ en deze hanteringswijze vindt ook navolging in de jurisprudentie.⁶⁷ Het klassieke adagium is echter niet zo absoluut als het doet vermoeden: de toestemming van de gelaedeerde of het slachtoffer brengt geen garantie voor straffeloosheid met zich.⁶⁸ Niet elke toestemming leidt tot straffeloosheid van de verdachte. De reikwijdte en grenzen worden in het navolgende verkend.

Ten grondslag aan het klassieke adagium ligt de gedachte dat de staat de mensen zoveel mogelijk vrijheid wil geven, maar er dient wel rekening te worden gehouden met de bescherming van belangrijke rechtsgoederen en belangen van anderen.⁶⁹ Dat laatste betekent in concrete zin dat dat het adagium niet van toepassing is in de gevallen waarin toestemming is gegeven voor een gedraging die (ook) belangen van de maatschappij raken of bijvoorbeeld het belang van respect voor het leven raakt.⁷⁰ ‘De vrijheid van het individu tot zelfbeschikking strekt zich niet uit tot die aantastingen die binnen de reikwijdte van zwaardere strafbare feiten vallen. (...) Bij ernstigere feiten, zoals zware mishandeling, buitensporige vrijheidsberoving, ontucht of doodslag, gaat het adagium *volenti non fit iniuria* niet (snel) op.’⁷¹ Dat hangt samen met de aanname dat de ‘zwaardere’ of ‘ernstigere’ feiten samenhangen met bescherming van belangen waarover een individu

62 Sutorius 1986, p. 421

63 Vgl. Hendriks 2014 en de daarin besproken jurisprudentie. Zie in dit kader ook de betekenis van art. 8 EVRM op macroniveau, par. 4.2.1.1.

64 Bakker 2017a, p. 180.

65 Anders: Nysingh 1888, p. 41: ‘Overall, waar de wetgever hetzij de toestemming, hetzij het niet-willen van den feitelijk benadeelde niet als element voor het delict vordert, aan dien wil geene werking mag worden toegekend.’

66 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 353-357; Van Bemmelen & Van Hattum 1953, p. 372-373; Van Hamel 1927, p. 260-263; De Hullu 2021, p. 348.

67 Zie voor een overzicht van illustratieve zaken: Bakker 2017a.

68 Bakker & Postma 2019, p. 21; Dierickx 2006, p. 202.

69 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1991, p. 333.

70 Zie reeds: Dorbeck 1893, p. 71-72.

71 Bakker 2017a, p. 182. Zie ook: Haro Beels 1887, p. 74-75. Anders: Roedenbeck 1883, p. 38: ‘Bei jeder Tötung, bei jeder Körperverletzung wird also durch die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit der Handlung von vornherein ausgeschlossen.’

niet zelf volledig kan beschikken.⁷² Voor sommige gevallen is expliciet bepaald of overwogen dat de toestemming (strafrechtelijk) irrelevant is. Zo kan bijvoorbeeld een verdachte van mensenhandel zich niet beroepen op de toestemming van het slachtoffer.⁷³

Slechts ter zake van delictsomschrijvingen die rechtsgoederen beschermen die zien op louter het individu en waarbij geen andere belangen verder in de weg staan, kan (indien verder is voldaan aan de andere, hierna te bespreken eisen van een strafrechtelijk relevante toestemming) worden geconcludeerd dat de gegeven toestemming een grondslag vormt voor straffeloosheid.⁷⁴

Een andere eis is dat de toestemming wordt gegeven door iemand die bekwaam is zijn of haar wil te uiten.⁷⁵ Men moet zich hierbij, volgens Rimmelink, niet geheel oriënteren op het civiele recht, bijvoorbeeld voor wat betreft de leeftijd van de toestemminggever.⁷⁶ Ook een persoon die bijvoorbeeld vanwege een mentale handicap in het handelsverkeer als wilsonbekwaam wordt aangemerkt, kan mogelijk in strafrechtelijke zin toestemming geven.

72 Zo vraagt bijvoorbeeld in het kader van het delict hulp bij zelfdoding de strafwet nog steeds (bescherming voor) het respect voor het leven, 'juist ook als de ander zelf zijn eigen dood wenst, zelfs als die wens uit ervaren lijden te begrijpen is.' Zie Mevis in zijn noot (par. 2) onder HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:418, NJ 2017/269. Ook op internationaal niveau is vastgesteld dat de toestemming niet prevaleert en niet kan prevaleren boven bepaalde rechten of waarden. Zo is recreatief 'dwergerpen' ondanks de toestemming van de 'geworpene' in strijd met, 'de ruggengraat van de rechten van de mens', de menselijke waardigheid en kan men als slachtoffer niet juridisch instemmen met schendingen van dergelijke belangen. EHRM 16 oktober 1996, appl.no. 29961/96 (ontvankelijkheidsbeslissing) (*Wackenheim t. Frankrijk*); Mensenrechtencomité VN 26 juli 2002, comm. no. 854/1999 (*Wackenheim t. Frankrijk*); De Blois 1998, p. 523-539; Haveman 2000, p. 58; Ölçer 2000, p. 63-90.

73 Zie art. 3, onder b, Protocol inzake de voorkoming, bestrijding en bestraffing van mensenhandel, in het bijzonder vrouwenhandel en kinderhandel, tot aanvulling van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad, *Trb.* 2004, 35. Deze bepaling uit het zogenaamde 'Palermo-protocol' is aangehaald in EHRM 7 januari 2010, appl. no. 25965/04 (*Rantsev t. Cyprus en Rusland*), par. 151: 'Article 3(b) provides that the consent of a victim of trafficking to the intended exploitation is irrelevant where any of the means set out in Article 3(a) have been used.'

74 Let wel: als een exceptie méér vereist dan slechts de toestemming, dient uiteraard ook aan de overige vereisten te worden voldaan. Zie nader verderop in deze paragraaf en par. 4.3.2 inzake de medische beroepsuitoefening, waarbij ook de medische indicatie en het handelen volgens de regels van de beroepsgroep vereist zijn voor een geslaagd beroep op de medische exceptie.

75 Bakker 2017a, p. 181.

76 Hazewinkel-Suringa/Rimmelink 1996, p. 355. Zie ook EHRM 17 januari 2012, appl. no. 36760/06, EHRC 2012/83 m.nt. L. Arends (*Stanev t. Bulgarije*), par. 130: 'the fact that a person lacks legal capacity does not necessarily mean that he is unable to comprehend his situation.' Vgl. EHRM 27 maart 2008, appl. no. 44009/05, EHRC 2008/74 m.nt. C. Fordeur (*Shtukaturov t. Rusland*).

De toestemming dient verder vrijwillig en op in beginsel niet voor misverstand vatbare wijze te zijn gegeven.⁷⁷ Als de toestemming tot stand is gekomen als gevolg van bedrog, dwang, bedreiging of vergissing, levert dat geen toestemming op die de verdachte vrijuit doet gaan. Enigszins problematisch is het geval dat zich bijvoorbeeld kan voordoen in de context van de medische beroepsuitoefening. De arts die met spoed een ingreep moet verrichten bij een persoon die niet in staat is zijn toestemming op een niet voor misverstand vatbare wijze te geven, bijvoorbeeld omdat deze in coma ligt, kan veelal niet wachten tot er een moment komt waarop die toestemming wel kan worden gegeven. In een dergelijke situatie mag ervan uit worden gegaan dat sommige handelingen zo zeer in het belang van de patiënt kunnen worden geacht dat een impliciete toestemming wordt aangenomen of verondersteld.

Een volgende eis betreft de noodzaak dat de toestemminggever op de hoogte is van de aard, ingrijpendheid en de gevolgen van de handeling, waardoor hij dus weet waarvoor hij precies toestemming geeft. Een treffend voorbeeld is de situatie die speelde in het kader van de studentikoze ontgroening bij een dispuut van de Groningse studentenvereniging Albertus Magnus, waarbij vier kandidaat-leden 'een stunt wilden uithalen'.⁷⁸ Het slachtoffer had een Sinterklaaspak aan en hij gaf zijn medekandidaat-leden toestemming om het pak in brand te steken, waarna hij schreeuwend door de kamer heen zou rennen om vervolgens in het water te springen, hetgeen geschiedde.⁷⁹ Het slachtoffer heeft daarbij echter niet geweten dat gebruik werd gemaakt van een behoorlijke hoeveelheid lampenolie. Naar het oordeel van de rechtbank kon daarom niet worden gezegd dat het slachtoffer goed op de hoogte was van, of goed was geïnformeerd over de aard, ingrijpendheid en gevolgen van deze handeling, zodat bijgevolg van het geven van een strafrechtelijk relevante toestemming voor de uitvoering van die handeling geen sprake is geweest. De kandidaat die het pak aanstak werd uiteindelijk veroordeeld tot een taakstraf, bestaande uit een werkstraf van 50 uren, wegens zware mishandeling.

De laatste eis is dat de toestemming voorafgaand aan of tijdens de gedraging is gegeven.⁸⁰ Met andere woorden: toestemming achteraf levert in strafrechtelijke zin geen legitimering op. Immers: de persoon die handelt mag dat alleen maar doen op basis van die toestemming, waarbij de werking van die toestemming moet voortduren. Er dient namelijk ook gelegenheid te zijn voor het slachtoffer om op de toestemming terug te kunnen komen of om aan te geven dat de grens van de toestemming bereikt is.⁸¹

77 Bakker 2017a, p. 181.

78 De volgende beschrijving is ontleend aan een publicatie van mijn hand: Bakker 2017a, p. 181.

79 Rb. Groningen 14 oktober 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BO0421.

80 Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 10 bij 'Wederrechtelijkheid'.

81 Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de toestemming voor sadomasochistische handelingen ter verhoging van het seksuele gerief.

Naast de hiervoor beschreven voorwaarden voor een strafrechtelijk relevante toestemming, gelden in sommige gevallen ook vereisten aangaande de 'vorm'. Afhankelijk van het in het geding zijnde delict en feiten en omstandigheden zijn de eisen aan de gegeven toestemming namelijk aan differentiatie onderhevig. Voor bijvoorbeeld een straffeloze euthanasie wordt een omvangrijkere waarborg vereist (een uitdrukkelijk en ernstig verlangen; bij euthanasie bij bijvoorbeeld een dementerende geldt ook de eis van een schriftelijke wilsverklaring die aan inhoudelijke en procedurele eisen voldoet)⁸² dan voor een lichte medische ingreep die tijdelijk letsel kan veroorzaken, uitgevoerd door een arts bij een bewusteloze of comateuze patiënt (veronderstelde instemming, die uiteraard niet aanwezig is bij een niet-behandelverklaring). Met betrekking tot sommige bijzondere contexten, zoals bijvoorbeeld de sport- en spelsituatie geldt dat alleen al het toetreden tot de context (in concrete zin: het meedoen aan een sportwedstrijd) impliceert dat wordt ingestemd met voorzienbare gevolgen.⁸³

Met dat laatste gegeven kan in zekere zin zelfs een onderscheid worden gemaakt binnen de figuur van de toestemming. Enerzijds is er de toestemming van het slachtoffer als uiting van zijn zelfbeschikking die, wanneer wordt voldaan aan de bovengenoemde eisen, zowel binnen als buiten bijzondere contexten tot straffeloosheid kan leiden *ten aanzien van een concrete gedraging*. Anderzijds is er de toestemming van het slachtoffer die een rol speelt binnen (alleen) bijzondere contexten, welke reeds blijkt uit een toetreden tot de betreffende bijzondere context. Die toetreding leidt tot acceptatie van *abstracte, nog onbepaalde gedragingen* die (kunnen) plaatsvinden binnen die betreffende context.

In zijn algemeenheid geldt dat de toestemming voor bepaalde commune feiten, verricht in bijzondere contexten dus ten grondslag kan liggen aan de idee dat een strafrechtelijke reactie niet aangewezen is. De vraag in hoeverre de toestemming van de gelaedeerde als grondslag van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden aangemerkt bij de afzonderlijke in dit onderzoek centraal staande excepties, komt aan de orde in paragraaf 4.3.

4.2.1.3.2 Een andersoortige, bijzondere relatie tussen individuen

In de literatuur wordt veelal de toestemming geduid als enigszins concrete grondslag voor straffeloosheid (op het niveau van het individu), maar dat neemt niet weg dat er mogelijk ook al waarde kan worden gehecht aan een bijzondere relatie tussen individuen als abstracte grondslag voor straffeloosheid. In deze abstracte grondslag is wellicht geen sprake van een

82 Hiervoor kwam al aan de orde dat de toestemming op zichzelf niet leidt tot straffeloosheid, maar de toestemming, in de vorm van een uitdrukkelijk en ernstig verlangen (i.c. een schriftelijke wilsverklaring), is wel een constitutieve voorwaarde in dit kader.

83 Vgl. HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, NJ 2008/375 m.nt. N. Keijzer. Zie ook: Machielse 2019, p. 304-305.

expliciete toestemming die aan alle hiervoor uiteengezette voorwaarden van een strafrechtelijk relevante toestemming voldoet, maar kan uit de aard van de bijzondere relatie al een ‘veroorlovene ingesteldheid’⁸⁴ worden gedestilleerd die aan de basis kan liggen van het oordeel dat bepaald soort handelen niet als strafwaardig of strafbaar moet worden aangemerkt. Hoewel hier de grens met de sociale adequatie en andere gronden op het meso-niveau wordt genaderd ofwel bereikt, zou bijvoorbeeld van de liefdesrelatie kunnen worden gezegd dat die bijzondere relatie aan de basis ligt van het straffeloos blijven van bepaalde in het Wetboek van Strafrecht omschreven handelingen. De bijzondere relatie brengt in deze opvatting een impliciete, voortdurende veroorlovene ingesteldheid met zich, op basis waarvan niet snel kan worden gesproken van vervulling van bijvoorbeeld bepaalde zedendelicten of delicten aangaande eigendom.⁸⁵ Andere bijzondere relaties waaraan kan worden gedacht zijn bijvoorbeeld de relatie tussen arts en patiënt en de relatie tussen een hulpverlener en een cliënt, welke kunnen resulteren in herwaardering van strafwaardigheid van gedragingen die in die relatie plaatshebben.⁸⁶

In concrete gevallen kunnen belangen van het veroorlovene individu zelf eraan in de weg staan dat de bijzondere relatie straffeloosheid van de verdachte oplevert. Zo worden kwetsbare slachtoffers in het strafrecht tegen zichzelf in bescherming genomen: toen een twaalfjarig meisje een intieme, wederkerige liefdesrelatie had en vrijwillig seksuele contacten onderhield met een veertigjarige man leverde de veroorlovene ingesteldheid van het meisje geen straffeloosheid op voor de man.⁸⁷ Ook bij een afhankelijkheidsrelatie gaat dit op: een arts kan zich bij het aangaan van een seksuele dan wel liefdesrelatie met een patiënt in principe niet ‘verschuilen’ achter het gegeven dat de patiënt zich daartoe veroorlovend opstelde en dat geldt ook voor de situatie waarin het initiatief van de seksuele handelingen van het slachtoffer is uitgegaan.⁸⁸

4.2.1.3.3 *Microniveau: tussenbalans*

Niet alleen op het niveau van de rechtsorde en het niveau van de samenleving zijn grondslagen te vinden die de aanleiding vormen tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te concluderen, maar ook op het niveau van het individu. Bij de beantwoording van de vraag of toestemming

84 Dierickx 2006, p. 50-51.

85 In diverse gevallen is door de wetgever ook voorzien in een vervolgingsuitsluitingsgrond, zie bijv. art. 316 Sr.

86 Uiteraard gelden er nog steeds grenzen; zie hieromtrent Bakker & Postma 2019, p. 26-27.

87 HR 24 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0775, NJ 1997/676.

88 Bakker & Postma 2019, p. 27; Hof Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5669, TvGR 2019/2 m.nt. L. Postma; zie ook de noot van ‘t Hart onder HR 18 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0645, NJ 1997/485.

van het slachtoffer (op zichzelf al) leidt tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, dient in acht te worden genomen dat aan de toestemming eisen worden gesteld om strafrechtelijk relevant te zijn.⁸⁹ In het kader van dit onderzoek is de belangrijkste eis de mate waarin het slachtoffer over het te beschermen rechtsgoed heer en meester is of de kwestie in hoeverre het (straf)recht hem heer en meester laat zijn. Zodra andere/andermans belangen dan eigen belangen worden geraakt, verliest het adagium *volenti non fit iniuria* zijn kracht: niet altijd geschiedt jegens hem die toestemt geen onrecht. De verhouding tot het achterliggende rechtsgoed van de strafbepaling zal (in algemene zin) in het navolgende uitgebreid aan de orde komen.

4.2.2 De verhouding tot het achterliggende rechtsgoed⁹⁰

4.2.2.1 *Het achterliggende rechtsgoed als concept*

Strafbepalingen zijn er niet zonder grond: ‘Bij wege van strafbaarstellingen beoogt de wetgever, in functie van als behartenswaardig te beschermen rechtsgoederen of rechtsbelangen, de naleving van daartoe noodzakelijk of nuttig geachte gedragsnormen af te dwingen of te vrijwaren.’⁹¹ De wetgever heeft bepaalde ongewenste gedragingen strafbaar willen stellen om waarden, belangen of rechtsgoederen te beschermen. Die bescherming wordt geduid als de *raison d’être* van het strafrechtelijk systeem: ‘de staat ziet zich eerst gelegitimeerd om zijn zwaarst mogelijke middel in te zetten als hij kan aantonen dat daarmee het “rechtsgoederenbestand” wordt beschermd.’⁹² Negatief gesteld is daarmee verdedigbaar dat er geen ruimte is of moet zijn voor het strafrecht indien met strafbaarstelling of strafrechtelijk optreden geen bescherming van rechtsgoederen of rechtsbelangen wordt beoogd. Een gedraging moet in dit licht dan ook een gevaar voor of een krenking van een rechtsgoed opleveren, wil de gedraging strafrechtelijke relevant worden, of (weer) negatief gesteld: een gedraging die geen gevaar voor of krenking van een door de wetgever beoogd te beschermen rechtsgoed oplevert, blijft buiten het bereik van het strafrecht. Men denke bij de beoogde te beschermen rechtsgoederen aan belangen die samenhangen met de vrijheid, ontplooiing en subjectieve rechten van de persoon

89 Bakker 2017a; Dierickx 2005, p. 57-77; Demeersseman 1985, p. 412-414.

90 Naar dit materieelrechtelijk beoordelingskader heb ik eerder onderzoek verricht: Van de Wetering, Eckhardt & Bakker 2018; Bakker & Postma 2019. Enkele onderdelen en passages van de navolgende beschrijving zijn ontleend aan dat werk.

91 Dupont 1993, p. 142.

92 Esser 2019, p. 18-19.

in staat en samenleving,⁹³ maar ook aan belangen die samenhangen met het functioneren en de veiligheid van de staat zelf.⁹⁴

Machielse dicht het rechtsgoed in relatie tot een strafbaarstelling drie functies toe: een legitimerende functie, een groeperingsfunctie en een interpretatieve functie.⁹⁵ Het rechtsgoed ziet men als een figuur die de bevoegdheid van de strafwetgever aan een doel bindt en daarmee beperkt of begrenst. Die doelbinding vormt de legitimerende functie: slechts die gedragingen die een te beschermen rechtsgoed in gevaar brengen of krenken, komen in beginsel voor strafbaarstelling in aanmerking.

Aan de hand van die rechtsgoederen zijn de strafbepalingen in het Wetboek van Strafrecht (grofweg⁹⁶) geordend. Volgens De Hullu denkt de wetgever overigens niet strikt in typen strafbare feiten of in een strak geordend geheel van bijzondere delicten, maar vooral in specifieke problemen die moeten worden aangepakt. Volgens hem staat in het wetgevingsproces dan ook doorgaans de concrete delictsomschrijving centraal. 'Dat geldt zeker voor de hedendaagse wetgever die niet codificeert, maar vanwege een actuele maatschappelijke vraag partiële veranderingen aanbrengt in een bestaand wetboek,' aldus De Hullu.⁹⁷ Hoe het ook zij: een aanwijzing omtrent welk rechtsgoed met een specifieke strafbepaling wordt beschermd is veelal terug te vinden in de benaming van de betreffende titel van het Wetboek van Strafrecht, waarin de strafbepaling is opgenomen. Hiermee is de groeperingsfunctie (of systematische functie) van het rechtsgoed gegeven.

De eerste twee functies hangen voornamelijk samen met de rol van de wetgever in het strafrecht. De strafrechter kan en mag echter ook het concept van het achterliggende rechtsgoed benutten en wel in het kader van rechterlijke interpretatie en rechtsvinding. Het rechtsgoed vormt namelijk een belangrijke factor bij de (restrictieve) interpretatie en de uitleg van strafbepalingen en kwalificatie van gedragingen.⁹⁸ In het verlengde daarvan

93 Zoals de bescherming van de lichamelijke integriteit bij het delict mishandeling, de bescherming van het eigendom bij het delict diefstal, de bescherming van de eer en goede naam bij het delict belediging etc.

94 Zoals de bescherming van de integriteit van 's Rijks grondgebied bij het delict aanslag tegen het rijk, de bescherming van het belang van de geboden geheimhouding van informatie bij het delict schenden van staatsgeheim etc.; Nieboer 1991, p. 23-24. Zie ook Langemeijer 1977, p. 48-50.

95 Machielse 1979, p. 24-43.

96 Enkele namen van Titels in het Wetboek van Strafrecht zijn niet ingegeven door het te beschermen rechtsgoed maar benoemen bijvoorbeeld het (hoofd)delict (bijv. 'Afbreking van de zwangerschap' en 'Mishandeling') of de plaats/context waarin het delict kan plaatshebben (bijv. 'Scheepvaart- en luchtvaartmisdrijven'). Wel kan worden volgehouden dat de verschillende misdrijven (weliswaar op 'een vrij losse manier', maar wel degelijk) op een bewuste volgorde zijn geplaatst, waarin een samenhang in rechtsgoederen is waar te nemen, vgl. De Hullu 2021, p. 68-69.

97 De Hullu 2021, p. 69.

98 Van de Wetering, Eckhardt & Bakker 2018.

kan het concept van het achterliggende rechtsgoed ook van toegevoegde waarde zijn in de overwegingen omtrent opportuniteit en de te nemen vervolgingsbeslissing door het openbaar ministerie.⁹⁹

De drie functies van het achterliggende rechtsgoed richten zich tot verschillende actoren in de strafrechtspleging en leiden bij juiste invulling ervan tot interactie tussen die verschillende actoren. Volgens Esser is voor het achterliggende rechtsgoed een rol weggelegd als regulerend 'bindmiddel' of 'relationeel concept' binnen de trias politica. Het rechtsgoed dient niet alleen ter articulatie van de doelen en belangen die met strafbaarstelling worden beoogd, het kan ook dienen 'als een construct waarmee de rechtsvorming kan worden begeleid die telkens op de doelen en belangen van wetgeving gebaseerd is en die oog heeft voor de verhouding tussen de verschillende actoren die deze doelen en belangen moeten realiseren.'¹⁰⁰

Wanneer de verschillende functies worden samengenomen en in samenhang worden gezien, geldt in zijn algemeenheid dat het achterliggende rechtsgoed van invloed is op (de vaststelling van) de omvang van het onrecht. De beslissing omtrent beschermwaardigheid van belangen is daarmee (in theorie) in eerste instantie een taak van de wetgever en in laatste instantie een taak van de rechter: de wetgever fungeert als spreekbuis van 'de wil van het volk' langs de weg van de parlementaire democratie en het is dan uiteindelijk aan de rechter om over de actuele inhoud en grenzen van het rechtsgoed – of van de strafbepaling in het licht van het rechtsgoed – het laatste oordeel te vellen.¹⁰¹

Voordat *in concreto* kan worden beoordeeld dat sprake is van een in gevaar brengen of krenken van een rechtsgoed zal achterhaald moeten worden welk rechtsgoed (of welke rechtsgoederen)¹⁰² door de strafbepaling dient (of dienen) te worden beschermd. Voor wat betreft de verklaring en toepassing van strafbepalingen kan het verband tussen strafbare feiten en achterliggende rechtsgoederen dienstig zijn, maar volgens Pompe moet men zich ervoor hoeden om principieel te eisen dat ieder strafbaar feit concreet aanwijsbare schade of concreet aanwijsbaar gevaar voor rechtsbelangen moet meebrengen. Sommige strafbare feiten beschermen slechts het algemeen welzijn en onbepaalde, moeilijk aanwijsbare rechtsgoederen. Pompe heeft daartoe in dit kader vier groepen van strafbare feiten voorgesteld:¹⁰³

1. de eerste groep omvat de strafbare feiten, welke aan bepaalde rechtsgoederen schade toebrengen (zoals doodslag (art. 287 Sr), mishandeling (art. 300 Sr) en diefstal (art. 310 Sr));

99 Van de Wetering, Eckhardt & Bakker 2018, p. 167. In het navolgende zal de aandacht, vanwege het centrale thema van dit onderzoek, voornamelijk uitgaan naar de betekenis van de functie in relatie tot de taak van de strafrechter.

100 Esser 2021, p. 200.

101 Vermunt 1984c, p. 140-144.

102 Bij een strafbaar gestelde gedraging kunnen meer rechtsbelangen betrokken zijn: Vos 1950, p. 26.

103 Pompe 1959, p. 47-48.

2. de tweede groep omvat de strafbare feiten, welke aan bepaalde rechtsgoederen geen schade, maar een concreet gevaar of een concrete mogelijkheid van gevaar teweegbrengen (zoals brandstichting (art. 157 Sr));
3. de derde groep omvat de strafbare feiten, waarbij niet in elk afzonderlijk geval (mogelijkheid van) gevaar aanwezig behoeft te zijn, maar toch, in het algemeen, de gehele groep der gevallen die onder de omschrijving van het betrokken strafbare feit horen, samengenomen (abstract) gevaar voor min of meer bepaalde rechtsgoederen oplevert (zoals het verhinderen van het blussen van brand (art. 159 Sr), iemand in hulpeloze toestand brengen/laten (art. 255 Sr) en het zonder verlof in brand steken van eigen onroerende goederen (art. 428 Sr));
4. de vierde groep omvat de strafbare feiten, waarbij niet direct schade of enig gevaar voor bepaalde rechtsgoederen is aan te wijzen, maar waarbij moet worden vermeld dat zij 'het algemeen welzijn' raken en (indirect) een onbepaald aantal moeilijk aanwijsbare rechtsgoederen betreffen (zoals deelneming aan misdadige en verboden verenigingen (art. 140, tweede lid, Sr (oud)), terugkeer van de vreemdeling binnen het rijk in Europa in strijd met 's Konings last of 's rechters bevel tot uitzetting, ter uitvoering van de wet gegeven (art. 197 Sr (oud)) en het niet bijhouden van een register door smeden, kashouders, horlogemakers, uitdragers, rijwielhandelaren, opkopers en tagrijnen (art. 437 Sr (oud))).

Hoewel de derde en de vierde groep een minder concrete relatie hebben met een achterliggend rechtsgoed, kan nog steeds worden volgehouden dat de grondslag voor strafwaardigheid van de gedraging gegeven is, vanwege abstracte gevaarzetting of indirecte gevaarzetting. In het navolgende zullen de feiten uit de derde en vierde groep daarom toch ook worden beschouwd als feiten waarbij sprake is van het in gevaar brengen of krenken van een rechtsgoed, ondanks de 'abstractie' of 'indirectheid'. 'Het algemeen welzijn' fungeert dan als (overkoepelend) rechtsgoed en kan als zodanig in gevaar worden gebracht of gekrenkt. Hoewel het verband met het rechtsgoed bij de laatste twee groepen 'zwak'¹⁰⁴ is, is er wel degelijk (nog steeds) een verband. Dat bij alle delicten (nog steeds) een verband is met zaken die beschermenswaardig zijn (bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van een democratische samenleving),¹⁰⁵ maakt dat de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed als beoordelingskader kan worden gehanteerd:

'Die schendingen van belangen komen strafrechtelijk in aanmerking, die zoodanige ergernis wekken, dat voor het behoud van de rechtsorde straf noodig is. Immers het strafbaar feit manifesteert minachting voor het recht, het schokt het vertrouwen in de macht van de rechtsorde, het wekt de begeerte naar het verbodene (...) kortom, het wekt die psychische spanningen, die voor het intact blijven van de rechtsorde de straf noodig maken.'¹⁰⁶

104 Pompe 1959, p. 48.

105 Vermunt 1984c, p. 139.

106 Röling 1941, p. 112-113.

Bij het beoordelen van de kwestie welk rechtsgoed – veelal dus af te leiden uit het opschrift van de Titel waaronder het in het Wetboek van Strafrecht geschaard is; anders vaak te herleiden uit de totstandkomingsgeschiedenis – door de strafbaarstelling van de gedraging wordt beschermd, speelt, dat rekening moet worden gehouden met het feit dat de reikwijdte van de achterliggende belangen ook aan verandering – vaak uitdijing – onderhevig is. Een nuance naar tijdsperiode is niet uitgesloten: ‘De inhoud en/of interpretatie van rechtsgoederen zijn tijdgebonden en de verhouding tussen de verschillende rechtsgoederen zijn voor een belangrijk gedeelte afhankelijk van de feitelijk bestaande waarderingen in een bepaald volk en in een bepaalde tijd, waardoor het strafrecht het karakter van een volk en een tijd weerspiegelt.’¹⁰⁷ Wanneer een rechter moet oordelen of het achterliggende rechtsgoed in gevaar is gebracht of is gekrenkt, speelt impliciet de vraag of de rechter zich een verantwoord beeld kan vormen omtrent de reikwijdte en inhoud van het rechtsgoed, zoals deze waren ten tijde van de ten laste gelegde gedraging.¹⁰⁸ Dat wordt bemoeilijkt als de reikwijdte en inhoud lijken te zijn veranderd in de loop der tijd. De strafrechter heeft volgens Vermunt die ruimte en mag de sociale betekenis van het rechtsgoed daarin meenemen (mede om te voorkomen dat de strafrechter in zijn uitspraak voorbijgaat aan de maatschappelijke realiteit).¹⁰⁹

Het zijn weliswaar ‘niet de rechtsgoederen alléén, die relevant zijn’¹¹⁰ bij de beoordeling van strafwaardigheid van gedrag, ze kunnen wel worden benut bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid, in het bijzonder ten aanzien van gedragingen die zijn verricht in of vanwege een bijzondere context. Het rechtsgoed kan worden aangemerkt als ‘een intrinsiek belangrijke, altijd meespelende, factor’¹¹¹ die de wetgever en rechter als het ware kan dwingen om het strafrecht (slechts) van toepassing te laten zijn op de gevallen waarvoor het strafrecht bedoeld is. Omdat in bijzondere contexten de rol van het strafrecht en strafrechtelijke aansprakelijkheid juist vaak ter discussie kan worden gesteld, vanwege bijvoorbeeld de besproken grondslagen op macro-, meso- en microniveau, levert het rechtsgoed een adequaat en enigszins objectief instrument op bij de te maken beoordelingen. Tegen die achtergrond geldt voor de navolgende exercitie het volgende uitgangspunt. De wetgever heeft bij het opstellen van een strafbepaling voor ogen gehad welk achterliggend rechtsgoed beschermd dient te worden met de betreffende strafbepaling. Daarmee bepaalt het achterliggende rechtsgoed de reikwijdte van de wederrechtelijkheid en ‘gegeven de wettelijke omschrijving kan men dus vele gevallen waarin de wederrech-

107 Pompe 1959, p. 46-47.

108 Bogert 2005, p. 161.

109 Vermunt 1984c, p. 164.

110 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 17.

111 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 17.

telijkheid ontbreekt, buiten de strafbaarheid houden.¹¹² In het verlengde daarvan geldt dat 'het wezenlijke van de gedraging (...) bij deze opvatting [is] dat zij bepaalde gevolgen in de buitenwereld bewerkt, welke gevolgen dan krenking of in gevaar brengen van een rechtsgoed inhouden.'¹¹³ Vervolgens is voor een onderzoek naar contextgebonden excepties in de kern de vraag relevant of een gedraging die beantwoordt aan de bestanddelen van een delictsomschrijving, maar die vanwege de bijzondere context *niet* een rechtsgoedkrenking (of -gevaarzetting) teweegbrengt (of nimmer kan brengen) dan wel *gerechtvaardigd* een rechtsgoedkrenking (of -gevaarzetting) teweegbrengt, (per definitie) niet strafwaardig respectievelijk niet strafbaar moet worden geacht. Wanneer deze vraag positief wordt beantwoord, komt de vraag aan de orde langs welke wegen en modaliteiten straffeloosheid in een concreet geval dan kan worden bereikt.

4.2.2.2 Twee 'scenario's'

Wanneer *sec* wordt gekeken naar de materieelrechtelijke kwestie aangaande het achterliggende rechtsgoed in het kader van de in hoofdstuk 3 verkende contexten en excepties, kunnen twee materieelrechtelijke 'scenario's' leiden tot straffeloosheid. Het eerste 'scenario' betreft het geval waarin de – in of vanwege de bijzondere context gangbare – gedraging zelf reeds in het geheel geen gevaarzetting of krenking van het achterliggende rechtsgoed teweegbrengt en daarmee buiten het bereik van de strafbepaling valt (*niet-strafwaardig*). Het tweede 'scenario' betreft het geval waarin er (wel) sprake is van een gevaarzetting of krenking van het rechtsgoed, maar waarbij de gedraging (bijvoorbeeld in verhouding tot andere belangen) gerechtvaardigd is in of vanwege de bijzondere context (*niet-strafbaar*).

Formeelrechtelijke kwesties, zoals de werking van de grondslagleer, de processuele verwerking van de voorrangregeling aangaande (een ieder verbindende) verdragsbepalingen, etc. worden in de navolgende bespreking nog zo veel mogelijk buiten beschouwing gelaten. In hoofdstuk 5 zal nadere aandacht zijn voor deze strafprocesrechtelijke factoren.

4.2.2.2.1 Scenario 1: (überhaupt) geen krenking/gevaarzetting van het achterliggende rechtsgoed (op de wijze die de wetgever voor ogen stond)

Schaffmeister en Heijder spreken over 'talrijk[e] (...) gevallen waarin een gedraging wel naar de letter van de delictsomschrijving strafbaar is maar niet naar de bedoeling van de wetgever, of niet strafbaar gezien dwingende voorschriften in andere wetten of in de maatschappij algemeen aanvaarde gedragsregels.'¹¹⁴ Het is dan vervolgens de vraag of in deze gevallen verdachten ook daadwerkelijk vrijuit moeten gaan, omdat het achterlig-

112 Pompe 1950, p. 100.

113 Röling 1941, p. 110.

114 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 444.

gende rechtsgoed, het belang dat, naar de bedoeling van de wetgever, moet worden gediend of gewaarborgd, niet in gevaar is gebracht of is gekrenkt. Een aanwijzing dat het niet geraakt zijn van het achterliggende rechtsgoed voor de Hoge Raad niet zonder meer tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid hoeft te leiden is te vinden in zijn arrest waarin hij overweegt 'dat aan den rechter, al heeft de wetgever het verbod (...) gegeven in het belang van juiste concurrentieverhoudingen, nergens de vrijheid is verleend op grond van het niet geschaad zijn van deze verhoudingen dengene, die dit verbod overtrad, niet strafbaar te verklaren.'¹¹⁵ Hoewel in deze zaak het achterliggende rechtsgoed (het belang van juiste concurrentieverhoudingen) niet door de gedraging in gevaar werd gebracht of gekrenkt, volgde er geen uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid ten aanzien van de verdachte.

Tegen een dergelijke benadering is het nodige in te brengen. Zo heeft Strijards betoogd dat een (strafrechtelijk relevante) handeling een schending van het door de strafwet beschermde rechtsgoed dient in te houden.¹¹⁶ 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.¹¹⁷ *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 delictsomschrijving.¹¹⁸ Hiermee lijkt aansluiting te zijn gezocht bij hetgeen AG Langemeijer concludeerde bij het Sigaretten-arrest: een type handeling dat geen nadelige gevolgen heeft voor het door de wetsbepaling beschermde belang, kan buiten het tekstuele bereik van de strafbepaling worden gehouden.¹¹⁹

115 HR 9 februari 1954, *SEW* 1956, p. 201.

116 Strijards 1988, p. 50.

117 Nieboer 1987, p. 455. Ten behoeve van de zuivere bespreking en toepassing van het rechtsgoedconcept zal – om verwarring te voorkomen – niet worden gesproken over zorgplichten, maar de verhouding worden benadrukt tussen gedraging en het rechtsgoed. In die zin is bijvoorbeeld relevant wat in bepaalde contexten van personen (artsen, kunstenaars, deelnemers aan sport en spel etc.) verwacht of gevergd kan worden en tot hoever die bijzondere verantwoordelijkheid reikt.

118 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 457.

119 Conclusie van Langemeijer bij HR 6 oktober 1949, *ECLI:NL:HR:1949:37*, *NJ* 1950/178 m.nt. W.P.J. Pompe: 'Daar waar slechts gezegd kan worden dat geen nadeel voor door de strafwet beschermde belangen kan intreden – afgezien van het ideële nadeel van de schending der wet – kan er slechts reden zijn om af te vragen, of de omstandigheid dat een onschadelijk gedrag denkbaar is, dat op het eerste gezicht onder de delictsomschrijving schijnt te vallen, niet een factor moet zijn, bij de uitlegging dier omschrijving, die, wanneer de andere overwegingen van rechtsvinding dat toelaten, tot een interpretatie leidt, die dat onschadelijke gedrag buiten de omschrijving doet vallen. Ik meen dat dit laatste geval hier aanwezig is.'

In de opvatting ‘geen straf zonder krenking of gevaarzetting van het achterliggende rechtsgoed’ lijkt er een rol weggelegd voor de rechter om aan de hand van de bedoeling van de wetgever ofwel de reden van strafbaarstelling te oordelen over de toepasselijkheid van de strafbepaling. De rechter onderkent daarmee dat het primaat bij de wetgever ligt.¹²⁰ De wetgever dient te voorzien in (duidelijke en concrete) bepalingen die duiden welke gedragingen strafbaar zijn. De rechter kan vervolgens alleen strafbaarheid aannemen op grond van die wettelijke strafbaarstellingen.¹²¹ 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.¹²² 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.¹²³ Algemeen aanvaard is, dat de wet mede betekenis krijgt in samenhang met de wetsgeschiedenis, 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 kan aansluiting worden gezocht bij de opvatting van Vermunt. Hij meent dat handelingen die passen in ‘het normaalbeeld van de maatschappij’ nooit bedoeld zijn om onder een delictsomschrijving te vallen, hoe deze ook verwoord is.¹²⁴ Gedragingen in bijzondere contexten die conform cultuurnormen, spelregels en dergelijke zijn verricht, kunnen daardoor passen in dat normaalbeeld. Omgekeerd uitgelegd: er is volgens Vermunt (indachtig de leer van de sociale adequatie) alleen ruimte voor de rechter bij de uitleg van de wet als sprake is van een gedraging die niet in het normaalbeeld van de maatschappij past. De leer van de sociale adequatie filtert daarmee hetgeen voor de strafrechter relevant is.

Dat brengt met zich dat in bijzondere contexten, ingegeven door deze benadering, de gedraging (die past in het normaalbeeld van de maatschappij of beter gezegd: die past in het normaalbeeld binnen die bijzondere context als onderdeel van het maatschappelijk leven) weliswaar naar de letter valt onder delictsomschrijving, maar dat de gedraging nog niet het delict lijkt te verwezenlijken. ‘De wet toch geeft (...) een beeld, een schema aan, waaraan de handeling moet voldoen om strafrechtelijk in aanmerking te kunnen komen; zij teekent een handeling niet op aanschouwelijke wijze, maar schematisch, in scherpe trekken.’¹²⁵ Het is dan vervolgens de vraag of die handeling daadwerkelijk leidt tot verwezenlijking van het delict, of met andere woorden: of die handeling daadwerkelijk de kern van het

120 Zie hieromtrent nader: Mevis 2000.

121 Borgers 2011, p. 106.

122 Borgers 2011, p. 109; Borgers 2016, p. 2.

123 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 444.

124 Vermunt 1984a, p. 118.

125 Zevenbergen 1924, p. 48.

delict raakt (en daarmee is te vooronderstellen als 'onrecht'). Wanneer niet volgens de essentie van het delict die kern wordt geraakt, wordt het rechtsgoed niet gekrenkt zoals de wetgever voor ogen stond en zou een strafrechtelijke reactie een overspanning van de delictsinhoud meebrengen. Een blik op wat de kern van het delict betreft – met behulp van het te beschermen rechtsgoed – wat wordt aangeduid met *Wesensschau* of *Typizität*, ligt aan de beoordeling ten grondslag van wat strafwaardig is.

Verschillende ontwikkelingen zijn van invloed op de vraag of een kwestie aan de strafrechter moet worden voorgelegd.¹²⁶ Het achterliggende rechtsgoed kan ook aan beantwoording van die vraag een bijdrage leveren: het hanteren van het achterliggende rechtsgoed als beoordelingskader bij strafwaardigheid van gedragingen maakt inzichtelijker a) wat en waarom de wetgever strafbaar heeft willen stellen, b) wat de rechter als strafwaardig kan aanmerken (waardoor hij niet genoodzaakt is buitensporig creatief met de wet om te gaan) en c) binnen welke grenzen een burger zich mag bewegen dan wel buiten welke strafrechtelijke grenzen hij moet blijven.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie van de Hoge Raad is illustratief. Met betrekking tot het vervaardigen/bezitten van kinderpornografisch materiaal voor eigen gebruik en/of zonder risico van verspreiding tussen twee oudere minderjarigen die daarmee ook instemmen is niet altijd sprake van strafbaar gedrag.¹²⁷ De Hoge Raad overweegt in zijn arrest dat de kinderpornografiebepaling in die zin te ruim is geredigeerd. Ook al is voldaan aan alle bestanddelen van de bepaling, dan moet desondanks in sommige gevallen, die niet voor niets zelfs uitdrukkelijk 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 rechtsvervolgning. De *wetsgeschiedenis* levert in dezen een zelfs uitdrukkelijk geformuleerde nuancering op ten aanzien van de zinsnede 'en zo ja, welk strafbaar feit het bewezen verklaarde volgens de *wet* oplevert' van art. 350 Sv. De Hoge Raad komt tot een bewezenverklaring, maar hanteert een kwalificatie-uitsluitingsgrond – door aandacht te hebben voor de strafwaardigheid, voor hetgeen de wetgever heeft beoogd bij de strafbaarstelling en voor de sociale werkelijkheid – en komt via die weg tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. In deze redenering zijn kenmerken waar te nemen die overeenkomen met de (afwezigheid van) subsocialiteit ofwel de afwezigheid van een 'deuk in de rechtsorde' en de sociale adequatie. Voor een dergelijke redenering is wellicht ook plaats in het kader van de in dit onderzoek centraal staande excepties. Het was immers de wetgever zelf die bijvoorbeeld, als gezegd, bepaalde gedragingen buiten het bereik van de mishandelingsbepaling wilde houden.

126 Zie in dit kader: Crijns 2012.

127 HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, NJ 2016/257 m.nt. N. Rozemond.

Een lastigere kwestie betreft het geval waarin de rechter zijn oordeel niet expliciet kan baseren op de wetsgeschiedenis. In dergelijke gevallen is er in de wetstekst noch in de wetsgeschiedenis houvast te vinden. Als de rechter, anders dan de tekst van de wet doet vermoeden, geen strafrechtelijke aansprakelijkheid aanneemt, is het aangewezen dat dat oordeel, om als legitiem te worden aangemerkt, wordt gemotiveerd aan de hand van een enigszins objectieve maatstaf: de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed. In hoeverre de rechter actief het achterliggende rechtsgoed kan en mag interpreteren in dergelijke gevallen wordt nader besproken in paragraaf 4.2.2.3. Daarvóór zal eerst aandacht worden besteed aan de situatie waarin een gevaarzetting of krenking ten aanzien van het achterliggende rechtsgoed weliswaar vaststaat, maar waarbij wordt geoordeeld dat dit (toch) straffeloos moet blijven.

4.2.2.2 Scenario 2: Een niet strafbare krenking/gevaarzetting van het achterliggende rechtsgoed

De vaststelling dat een menselijke gedraging valt onder de reikwijdte van een wettelijke delictsomschrijving, brengt de vooronderstelling mee dat de gedraging een strafrechtelijke reactie verlangt. Dit uitgangspunt kan worden tenietgedaan, indien aannemelijk wordt dat de gedraging gerechtvaardigd is verricht, of dat aan degene die de handeling verrichtte ter zake geen verwijt valt te maken. In dergelijke gevallen is dus sprake van een krenken of een in gevaar brengen van een rechtsgoed, maar de strafbaarheid wordt uitgesloten, bijvoorbeeld vanwege juiste afweging tegen andere rechtsgoederen.¹²⁸ Bij deze wijze van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid is de gedraging in beginsel strafwaardig, maar wordt uitsluiting van aansprakelijkheid ingegeven door een vervolgens intredende strafrechtelijke 'billijkheidsuitzondering'.¹²⁹ Deze wordt mede gevonden in bijvoorbeeld de geschreven strafuitsluitingsgronden.

Ook in bijzondere contexten kunnen zich gevallen voordoen waarbij de gedraging een achterliggend rechtsgoed in gevaar brengt of krenkt, maar omdat bijvoorbeeld in de bijzondere context andere relevante belangen worden gediend, leidt een herwaardering/-afweging van de belangen tot de hiervoor genoemde strafrechtelijke billijkheidsuitzondering hetgeen leidt tot *niet-strafbaarheid*. Die conclusie volgt uit de vaststelling dat het achterliggende rechtsgoed gerechtvaardigd¹³⁰ is gekrenkt of in gevaar is gebracht. De *strafwaardigheid* is reeds gegeven – er is sprake van een gedraging die valt onder de reikwijdte van een wettelijke delictsomschrijving – maar vanwege een strafuitsluitingsgrond is er geen sprake van *strafbaarheid*. Die conclusie

128 Knigge 1993, p. 45.

129 Bakker 2018, p. 223.

130 Met 'gerechtvaardigd' wordt hier niet alleen bedoeld op de rechtvaardigingsgronden; het gaat hier om een legitieme reden die de vooronderstelling van strafbaarheid teniet kan doen. Aan die reden kan ook bijvoorbeeld een schulduitsluitingsgrond ten grondslag liggen. Zie overigens wel omtrent de beperkte relevantie van schulduitsluitingsgronden voor dit onderzoek par. 2.2.4.1 en 2.3.4.2.

ziet op de acceptatie van de gedraging (of de persoon die die gedraging verrichtte) in relatie tot de toepasselijke wettelijke delictomschrijving; niet op (de toepasselijkheid van) de delictomschrijving zelf.

Een onderscheid aan de hand van voorbeelden tussen niet-strafwaardigheid en niet-strafbaarheid in bijzondere contexten wordt gemaakt in paragraaf 4.3.

4.2.2.3 *Het achterliggende rechtsgoed en de leer van (het ontbreken van) materiële wederrechtelijkheid*

Bij uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid die het resultaat is van een rechtsgoedbenadering is de link met de leer van (het ontbreken van) de materiële wederrechtelijkheid snel gelegd. In hoofdstuk 2 is reeds aan de orde gekomen dat het materiële wederrechtelijkheidsbegrip toelaat dat – buiten de gevallen van wettelijke rechtvaardiging – gronden aan het licht kunnen worden gebracht die de rechtmatigheid of de toelaatbaarheid funderen van gedragingen die aan een wettelijke delictomschrijving beantwoorden.¹³¹ In bijzondere contexten lijkt daarmee op het eerste gezicht ruimte voor toepassing van deze leer en wellicht ook voor het hanteren van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als exceptie. Niet alleen voor de navolgende excursie, maar in zijn algemeenheid is het van belang een onderscheid te maken tussen de *leer van (het ontbreken van) de materiële wederrechtelijkheid enerzijds* en het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid als *exceptie* anderzijds.

De vaststelling dat de gedraging niet materieel wederrechtelijk is, kan in feite neerkomen op de vaststelling dat een bepaalde handeling niet onder het bereik van de strafwet valt. In feite is in strafvorderlijke zin dan sprake van een kwalificatiekwestie¹³² die raakt aan vragen met betrekking tot het doel van de strafwet en hoe deze functioneert of zou moeten functioneren.¹³³ Wanneer het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid als exceptie wordt ingeroepen is er, volgens Ten Voorde, anders dan bij een beroep op (een van de) geschreven rechtvaardigingsgronden sprake, van een ‘collectief karakter’:

‘[D]e verdachte stelt niet zozeer dat *zijn* gedrag, maar de *norm* van de groep waaruit hij afkomstig is rechtvaardig is. Hij stelt zich op het standpunt dat de betekenis van de rechtsnorm moet worden veranderd vanwege ‘veranderende maatschappelijke opvattingen’. Het invoeren van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid ontstijgt dan ook het strafrecht en is een politiek statement, waarbij de rechtszaak gebruikt wordt als publieke arena om de discussie over de rechten voor een bepaalde groep of een bepaalde set normen kracht bij te zetten.

131 Zie par. 2.2.3.2; Dupont 1993, p. 131.

132 Kelk & De Jong 2019, p. 173; Van Veen 1980, p. 7.

133 Bogert 2005, p. 156.

Een verdachte ziet zichzelf hier als spreekbuis voor de groep en is bereid het offer voor de goede zaak te dragen.¹³⁴

De wens van de verdachte voor ‘verandering van de rechtsnorm’ (en wel in de richting van zijn handelen) komt voort uit een (voor een bepaalde groep gangbare of geaccepteerde manier van) handelen, waarbij sprake zou zijn van het ‘richtiges Mittel zum richtigen Zwecke’. De handeling zou volgens degene die zich erop beroept het juiste middel zijn om het juiste doel te bereiken, waaraan de gevolgtrekking wordt verbonden dat strafrechtelijke aansprakelijkheid niet aangewezen is als ‘juist’ gehandeld is. Volgens Knigge gaat het bij een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid echter veelal om vormen van burgerlijke ongehoorzaamheid, waardoor het ‘al gauw de kleur krijgt van een beroep op een hogere gerechtigheid’ die in het positieve recht juist niet kan worden gevonden; een dergelijk verweer stelt de door de wetgever gemaakte belangenafweging ter discussie.¹³⁵

In de rechtspraak is diverse keren een beroep gedaan op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als exceptie, waarbij verschillende pogingen zijn gedaan voor het voetlicht te brengen waarom de handeling het juiste middel was om het juiste doel na te streven. In sommige situaties ging het om het nastreven van een doel dat buiten de norm is gelegen, zoals politiek getinte acties.¹³⁶ Daartegenaan schurken de gevallen waarbij het overtreden van de norm heeft plaatsgevonden met als doel het verzet tegen de norm of het aantonen van het tekortschieten van handhaving van de norm.¹³⁷ Deze pogingen hebben nimmer geleid tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De enige poging die bij de Hoge Raad heeft geleid tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, betrof het eerder besproken (tweede) *Veearts*-arrest, waarbij de overtreding van de strafwet niet heeft geleid tot strafbaarheid: het doel dat werd nagestreefd kwam overeen met het achterliggende te beschermen rechtsgoed en de handeling (van de deskundige die er over een objectief, althans in de beroepsgroep gedeeld oordeel kan vellen) *diende* juist het rechtsgoed.¹³⁸

Daarmee komt het achterliggende rechtsgoed in beeld. Bij een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid komt de kwestie aan de orde of het achterliggende rechtsgoed is gekrenkt of in gevaar is gebracht c.q. of het achterliggende rechtsgoed juist met de handeling is gediend.

134 Ten Voorde 2007, p. 72; Schaffmeister & Heijder 1983, p. 467-468.

135 Knigge 1993, p. 32-33.

136 Hierbij valt te denken aan bezetting van de Mexicaanse ambassade: HR 23 november 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB5759, NJ 1972/76;

137 Hierbij valt te denken aan het werk van een journalist om ‘misstanden’ aan te tonen: HR 27 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0180, NJ 1995/711; Wolswijk 1998, p. 244.

138 Zie bijv. Mevis 2000, p. 34: ‘De Hoge Raad heeft dit leerstuk – als hij het al accepteerde – beperkt tot het uit legaliteitsoogpunt correcte geval waarin het geïncrimineerde gedrag exact hetzelfde rechtsbelang diende als dat welk de wetgever (voor de rechter onmiskenbaar) heeft willen beschermen.’

Of een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid kans van slagen heeft is volgens Wolswijk sterk afhankelijk van de ter zake van toepassing zijnde delictsoomschrijving.¹³⁹ In dat kader is het namelijk relevant onderscheid te maken tussen materiële en formele delicten. Materiële delicten kennen een delictsoomschrijving waarin het krenken of het in gevaar brengen van het achterliggende rechtsgoed als bestanddeel is opgenomen, zoals doodslag of brandstichting. Formele delicten kennen een delictsoomschrijving waarin slechts het handelen is genoemd, zonder dat het krenken of het in gevaar brengen van het achterliggende rechtsgoed als bestanddeel is opgenomen.

Ingeval een materieel delict is ten laste gelegd, kan volgens Wolswijk het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid geen rol spelen: indien de handeling geen gevaar voor of krenking van het rechtsgoed oplevert, is de delictsoomschrijving al niet vervuld. Het feit is dan niet eens formeel wederrechtelijk; aan een onderzoek naar de materiële wederrechtelijkheid komt men dan (het strafvorderlijk beslissingsmodel volgend) niet toe. Ingeval een formeel delict is ten laste gelegd, hangt het volgens Wolswijk van het 'soort' formele delict af of een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid mogelijk is. Wanneer een formeel delict niettemin, onontkoombaar een *concrete gevaarzetting* of *krenking* van een (niet genoemd) rechtsgoed teweegbrengt, is voor het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid geen plaats. Slechts bij formele, *abstracte gevaarzettingsdelicten*¹⁴⁰ kan, na vaststelling van de formele wederrechtelijkheid, het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid een rol spelen, omdat volgens hem bij de ter zake van toepassing zijnde delictsoomschrijvingen niet een gevaarzetting of krenking van het rechtsgoed expliciet of impliciet als bestanddeel is opgenomen. In alle overige gevallen is de materiële wederrechtelijkheid 'ingebakken' in het delict.¹⁴¹

Het onderscheid tussen materiële delicten en formele delicten, alsmede het onderscheid tussen krenkingsdelicten en gevaarzettingsdelicten is echter als 'diffuus' aan te merken. De Hullu spreekt van een vloeiende overgang tussen krenkings- en gevaarzettingsdelicten, waar krenkingsdelicten tamelijk formeel worden omschreven, terwijl ze toch meestal als materieel delict zijn vormgegeven en concrete gevaarzettingsdelicten zijn volgens hem 'materiëler' dan abstracte gevaarzettingsdelicten.¹⁴² Niet altijd is een delict dus ondubbelzinnig aan te merken als een bepaald soort delict. Daarmee is, de opvatting van Wolswijk volgend, ook niet altijd ondubbelzinnig een mogelijkheid op een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid vast te stellen.

139 Wolswijk 1998, p. 244-249.

140 Het moet dan wel gaan om een delict met een 'ideaaltypische' delictsoomschrijving. Als de wederrechtelijkheid als bestanddeel is opgenomen verschuift de beoordeling van de materiële wederrechtelijkheid naar voren.

141 Jonkers 1984, p. 30 e.v.

142 De Hullu 2021, p. 73.

Een groter bezwaar tegen het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als exceptie ziet op de rol van de rechter (in verhouding tot die van de wetgever). Wanneer de rechter een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid als exceptie honoreert, kan worden gezegd dat de rechter in zekere zin plaatsneemt op de stoel van de wetgever.¹⁴³ De rechter stelt in dat geval namelijk de juridische norm vast. In het verlengde daarvan zou de burger meer ruimte krijgen om te handelen naar het eigen inzicht omtrent de verhouding tussen voor hem of zijn groep geldende normen. Zijn opvattingen zijn immers lang niet altijd geaccepteerde normen en de Hoge Raad aanvaardt niet snel dat de strafwet moet wijken voor het 'beter rechtsinzicht'¹⁴⁴ van de verdachte:

'De burger is (...) niet in de positie om op basis van een dergelijke, eigen opvatting over wat niet strafbaar zou moeten zijn, zich (...) tegen de wet(gever) te keren en zijn opvattingen in plaats van die wetgever te stellen; (...) ook de rechter behoeft een juridische legitimatie teneinde de reikwijdte van de wettelijke strafbaarstelling op basis van een van de wetgever afwijkend (politiek) oordeel over de strafrechtelijke bescherming van enig rechtsgoed in plaats te stellen van dat van de wetgever en aan dat gedrag de voor strafbaarheid noodzakelijke wederrechtelijkheid deswege te ontzeggen.'¹⁴⁵

Volgens Mevis is het terecht dat het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid nooit als 'een enigszins algemeen ontwikkelde modaliteit van legitimatie van correctie in de toepassing van de wet op basis van een waardering van het formeel strafbaar gestelde gedrag' is ingezet: niet-strafwaardigheid of niet-strafbaarheid vanwege veranderde maatschappelijke opvattingen vereist (nog steeds) een rechtspolitieke afweging die aan de wetgever is.¹⁴⁶ De Hoge Raad heeft al vaker een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid vanwege (een beroep op een eigen, 'beter' inzicht in) veranderde maatschappelijke opvattingen omtrent een strafbepaling afgewezen.¹⁴⁷

De combinatie van 1) het feit dat slechts enkele soorten delicten geschikt zijn met het oog op een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid, 2) het feit dat zeer terughoudend gebruik zou moeten worden gemaakt van deze vorm van rechterlijk activisme, daar waar het

143 Van Veen 1971a, p. 5.

144 Strijards 1987, p. 75.

145 Mevis in zijn noot onder HR 13 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1074, NJ 2017/339.

146 Mevis in zijn noot onder HR 13 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1074, NJ 2017/339.

147 HR 27 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8615, NJ 1985/106 m.nt. Th.W. van Veen. Het betrof hier een euthanasiezaak voorafgaand aan de in 2002 in werking getreden Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding. Vgl. HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5967, NJ 2011/578 m.nt. P.A.M. Mevis. (In deze laatste zaak ging het weliswaar niet zozeer om een expliciet beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als exceptie, als wel om een beroep op overmacht in de zin van noodtoestand die van argumenten werd voorzien die passend zijn in het kader van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als exceptie.)

eigenlijk de wetgever moet zijn om de reikwijdte van delictsomschrijvingen inzichtelijk te maken en 3) het feit dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen sprake is van een gedraging die naar de letter in strijd met de tekst van de wet is, maar tegelijkertijd een bijdrage levert aan het door de wet beschermde rechtsgoed, maakt dat het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid als exceptie van zeer geringe betekenis is in de strafrechtspraktijk.¹⁴⁸

Het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid dient dus niet zozeer te worden gezien als *middel* om uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te realiseren, als wel als *resultaat* van een zoektocht naar de toepasselijkheid van de delictsomschrijving in relatie tot het te beschermen rechtsgoed. Die zoektocht past bij de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten. De bijzondere contexten die aan bod zijn gekomen in het voorgaande hoofdstuk worden namelijk veelal gekenmerkt door andere (waardering van) normen. In die bijzondere contexten kan sprake zijn van 'een meer homogene groep van minder uitzonderlijke gevallen',¹⁴⁹ die de wetgever waarschijnlijk niet voor ogen heeft gehad of waarvoor hij wellicht een uitzonderingsbepaling zou hebben gemaakt¹⁵⁰ dan wel waarover hij een opmerking zou hebben gemaakt in de totstandkomingsgeschiedenis.¹⁵¹ Elementen uit de leer van (het ontbreken van) de materiële wederrechtelijkheid kunnen worden benut om *verander(en)de* opvattingen of *andere* normopvattingen te verdisconteren bij herdefiniëring van de norm door de strafrechter, nu de wetgever daartoe de ruimte heeft geboden. Zo zal de persoon die op straat een tackle inzet en daarmee een ander verwondt, in het dagelijks leven wellicht 'opzettelijk pijn en letsel toebrengen', of met andere woorden: mishandeling plegen, maar de sliding, uitgevoerd door de voetballer, in het kader van de sportuitoefening, kan op het voetbalveld een geaccepteerde interventie zijn vanwege de setting waarin het gedrag werd gepleegd. 'Op het voetbalveld gelden andere normen dan in het dagelijks leven en waarom zou een voetballer voor mishandeling worden veroordeeld als hij conform de normen op

148 Volgens (Floor) Bakker zou het aannemen van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als exceptie wel passender zijn dan gekunstelde interpretaties of gekunstelde toepassing van geschreven rechtvaardigingsgronden, Bakker 2018, p. 88-93 en 325-326. Zie voor een duiding van de verschillende dogmatische opvattingen omtrent de exceptie par. 2.2.3.2.3.

149 Dolman 2006, p. 57; vgl. Langemeijer 1970, p. 17-29.

150 Hierbij kan men denken aan het later ingevoerde tweede lid bij de bepaling die centraal stond in de Veearts-jurisprudentie, art. 82 Veewet. In 1947 kreeg het artikel een tweede lid, luidende: 'Het bepaalde van het eerste geldt niet, indien het districtshoofd van de veeartsenijkundige dienst het in verdachte toestand brengen met het oog op de veeartsenijkundige verzorging van het vee uitdrukkelijk heeft goedgekeurd.' Zie *Stb.* 1947, H. 21, p. 33.

151 Dat laatste is, als vermeld, gebeurd ten aanzien van de opvoedende tik en de medische behandeling in het kader van mishandeling (art. 300 Sr): Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 475.

het voetbalveld heeft gehandeld?’¹⁵² Daar waar het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid als *middel* of *exceptie* niet of zeer terughoudend kan ofwel moet worden toegepast – immers: de sliding draagt niet bij aan het belang dat wordt beschermd door de strafbaarstelling, bescherming van het lichaam en de lichamelijke integriteit – kan het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid wel het *resultaat* zijn van een beoordeling waarbij, bijvoorbeeld ingegeven door aspecten van de leer van de sociale adequatie en aspecten van de leer van de subsocialiteit, tot de conclusie moet worden gekomen dat uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid aangewezen is. De wetgever heeft, als gezegd, niet altijd geëxpliciteerd of een bepaalde handeling al dan niet onder de reikwijdte van een bepaling valt. In dat licht kan worden verdedigd dat – wanneer het gaat om uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid¹⁵³ – de rechter actief mag worden als de wetgever omstandigheden niet voor ogen heeft gehad, over het hoofd heeft gezien en ongetwijfeld geregeld zou hebben als hij ‘beter had nagedacht’.¹⁵⁴

Zo kan het vóórkomen dat vanwege/in de betreffende context de verrichte handeling (als resultaat) niet materieel wederrechtelijk is, omdat de door wetgever beoogde en omschreven gedraging niet overeenkomt met de gedraging in de bijzondere context, met eigen normen die afwijken van algemene maatschappelijke normen. In deze benadering kan ook bij andersoortige delicten dan formele, abstracte gevaarzettingsdelicten de materiële wederrechtelijkheid ontbreken. De leer van de sociale adequatie, de leer van de subsocialiteit, aandacht voor de precieze betekenis en inhoud van het delict (de *Typizität*) en hantering van een rechtsgoedbenadering kunnen leiden tot het oordeel dat een gedraging, verricht in of vanwege een bijzondere context, buiten het bereik van de strafbepaling valt of moet vallen.

Vooropstaat dat, in het kader van diverse in het vorige hoofdstuk beschreven excepties, diverse betrokken wetsartikelen niet van toepassing kunnen worden geacht op de letterlijk onder de delictsomschrijving vallende gedraging, omdat de achterliggende rechtsbelangen – zoals voorgesteld door de wetgever – niet in gevaar worden gebracht of worden gekrenkt: van een delict is in het betreffende geval geen sprake en het is dan juridisch-dogmatisch onjuist om van de veronderstelde strafrechtelijke wederrechtelijkheid uit te gaan en vervolgens te zoeken naar rechtvaardigingsgronden.¹⁵⁵ Deze benadering heeft kenmerken van de zogenaamde

152 Ten Voorde 2007, p. 184: Let wel: de sport- en spelsituatie kenmerkt zich ook door uitingen van zelfbeschikking: de instemming of toestemming. Zie par. 3.4 en 4.3.3.

153 Uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid door de rechter verhoudt zich moeizaam met het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel.

154 Noot van P.A.M. Mevis onder HR 6 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9819, NJ 2001/498.

155 Van Eikema Hommes 1983, p. 307-308: Er is dan geen ‘Tatbestandmässigkeit’. Zie ook: Van Eikema Hommes 1980, p. 169.

‘Taverniaanse variant’¹⁵⁶ van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid. Taverne spreekt in dit kader over ‘iets nieuws, en in zekeren zin niet overeenkomstig ons wettelijk systeem’, en verdedigde het arrest door te stellen dat:

‘het m.i. als rechtsverfijning [mag] gelden, dat hier door den rechter de onrechtmatigheid als zelfstandigen factor voor de strafbaarheid in een concreet geval is erkend, in dièn zin, dat bij het wegvallen der onrechtmatigheid niet gestraft kan worden. (...) Maar, er is niet aan te ontkomen, bij elke rechtsverfijning (...) vindt eene machtsverschuiving plaats van de wet, met haar altijd eenigszins starre, abstracte en niet op alle sociale mogelijkheden berekende, voorschriften naar den, midden in het maatschappelijk leven staanden, de eischen van het concrete geval ten volle waardeerende, rechter.’¹⁵⁷

4.2.2.4 Tegengeluid: kritiek op het achterliggende rechtsgoed als concept

De rechtsgoedbenadering is niet vrij van kritiek. In het voorgaande zijn al diverse bezwaren en gevaren aangestipt. Deze en andere punten van kritiek worden in het navolgende nader geduid en, waar relevant, voorzien van een reactie, inhoudende een weerlegging of nuancering. In die duiding zal uitsluitend worden ingegaan op bezwaren en gevaren in het licht van hantering van een rechtsgoedbenadering door de *rechter*. Het rechtsgoedconcept, te hanteren door de *wetgever*, is (ook) niet vrij van tegengeluid, maar bespreking ervan gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten. Kortheidshalve zij hier verwezen naar de dissertaties van Peršak en Esser en de daarin opgenomen literatuur.¹⁵⁸

De kritiek op een rechtsgoedbenadering ziet op verschillende aspecten. Het voornaamste punt van kritiek betreft het gevaar dat de rechter in het kader van de interpretatieve functie van de rechtsgoedbenadering op de stoel van de wetgever gaat zitten. Immers: in een klassiek legistische leer heeft de wetgever de taak om regels te stellen en heeft de rechter slechts de taak het recht toe te passen. Oordelen over wat in zijn algemeenheid ‘weder het recht’ is of zou moeten zijn past niet goed in die taakomschrijving. Zo kan de strafrechter zich volgens Van Veen niet verplaatsen in de wetgever als het gaat om gevallen die de wetgever niet kan hebben voorzien: ‘De rechter, die tot ontslag van rechtsvervolging komt in deze categorie gevallen, besluit dus tot wetsontkrachting in een op een door de wetgever niet te voorziene

156 Deze term wordt, als gezegd, o.a. gebezigd in Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1991, p. 323 en is een verwijzing naar de hantering van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid in de *Veearts*-jurisprudentie, uitgelegd door Taverne in zijn noot bij het (tweede) arrest en in zijn bijdrage in Tijdschrift voor Strafrecht in 1936: Taverne 1936. Zie ook par. 2.2.3.2.

157 Taverne 1936, p. 253.

158 Peršak 2007, p. 104-118; Esser 2019, p. 17-49.

en niet te beheersen wijze.¹⁵⁹ De strafrechter dient in die opvatting terughoudend te zijn in het categoriaal buiten het bereik van de wet houden van zeker gedrag. Een dergelijk oordeel kent precedentwerking: dezelfde gedraging in dezelfde situatie moet dan ook kunnen rekenen op die ‘wetsontkrachting’. Volgens Van Veen dient de rechter ervan overtuigd te zijn dat hij zo handelt als de wetgever zou hebben gedaan als hij de situatie had kunnen voorzien, doel en strekking van de overtreden strafbepaling in aanmerking genomen.¹⁶⁰ Als de rechter de wet inhoudelijk beoordeelt, zou dat strijd kunnen opleveren met art. 11 Wet AB.¹⁶¹ Het rechtspreken volgens de wet zou leiden tot rechtszekerheid, doordat de woorden van de strafbepaling altijd de grens van de rechterlijke bevoegdheid bepalen, en een grotere vrijheid voor de rechter (zoals bij een rechtsgoedbenadering het creatief interpreteren van delictsbestanddelen, het niet-kwalificeren, het toepassen van ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als exceptie etc.) zou leiden tot een afname van rechtszekerheid. ‘Wij menen dat de rechtszekerheid, kortom het specifieke doel van het strafrecht, het geven van bescherming aan justitiabelen dan verloren dreigt te gaan. Voor ons is het strafrecht primair “regelrecht”, te vinden in de wet, een verworvenheid waarvoor wij niet dankbaar genoeg kunnen zijn,’ aldus R Emmelink.¹⁶²

De Wilde nuanceert dit door te stellen dat aan deze benadering drie presumpties ten grondslag liggen die elk niet (altijd) aannemelijk zijn.¹⁶³ Ten eerste ligt volgens hem in de benadering een veronderstelling besloten dat woorden altijd slechts voor één uitleg vatbaar zijn. Interpretatie is echter onontkoombaar, omdat voor vaststelling van de betekenis van de gehanteerde woorden criteria of termen moeten worden gebruikt die zelf ook weer in taal geformuleerd zijn.¹⁶⁴ Ten tweede signaleert hij dat men ervan uitgaat dat de wetgever alle voorkomende situaties waarin de norm toegepast zou kunnen worden van tevoren heeft overwogen – wat vanzelfsprekend onmogelijk lijkt – hetgeen overigens zou kunnen leiden tot een strafrechtelijk systeem dat niet mee kan gaan met zijn tijd.¹⁶⁵ Als laatste, maar zeker niet als minste, benoemt hij de veronderstelling dat burgers rechtszekerheid ontlenen aan de door de wetgever gekozen woorden van een strafbepaling. Ook aan deze veronderstelling verbindt hij sterke twijfels, omdat de gemiddelde burger zich volgens hem veelal niet richt op rechtsnormen, maar op maatschappelijke, sociale normen: ‘normen die hij niet woordelijk kent, maar waarvan de materiële betekenis voor hem duide-

159 Van Veen 1971a, p. 6.

160 Van Veen 1971a, p. 6; Dolman 2006, p. 61.

161 Art. 11 Wet AB luidt: ‘De regter moet volgens de wet recht spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen.’

162 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1991, p. 20-21.

163 De Wilde 2001, p. 1160-1168, i.h.b. p. 1166.

164 Vgl. Rozemond 2000, p. 50-52.

165 ‘Nieuwe ontwikkelingen kunnen immers niet steeds binnen de norm gebracht worden.’ De Wilde 2001, p. 1166.

lijk is.¹⁶⁶ Met een legistische benadering wordt dus niet altijd c.q. niet per definitie rechtszekerheid bereikt. Bovendien zou met het strikt vasthouden aan een legistische benadering eerbied voor het recht kunnen verdwijnen en zouden beslissingen kunnen worden genomen die strijden tegen 'aller rechtvaardigheidsgevoel'.¹⁶⁷

Een minder legistische benadering, waarbij de rechter ruimte krijgt om te interpreteren (ook conform sociale normen), is kennelijk noodzakelijk om rechtszekerheid te creëren. Daarmee is nog niet gezegd dat, wanneer de rechter met een rechtsgoedbenadering bijvoorbeeld creatief interpreteert of tot de conclusie komt dat de materiële wederrechtelijkheid ontbreekt, hij in strijd handelt met art. 11 Wet AB. Integendeel zelfs, meent Ter Heide:

[D]e rechter toetst niet de wet aan de billijkheid, maar intrapoleert in het wettelijk systeem van rechtvaardigingsgronden, en maakt daardoor de strafbejening zinvol. Deze gronden vormen een systeem waardoor deze intrapolatie geoorloofd wordt. Déjuridisering betekent niet het opzij zetten van de wet, maar het aan de wet die betekenis toekennen die zij heeft, nl. als instrument, als actielijn, daar waar in concreto rolverlaging plaats heeft. De wet is geworden tot instrument opdat er recht zij.¹⁶⁸

De Waard en Holland volgen Ter Heide in zekere zin door te stellen dat als de rechter uitgaat van de bedoeling van de wetgever en de strekking van de wetbepaling nimmer kan worden gezegd dat hij met miskennis van art. 11 Wet AB de innerlijke waarde of billijkheid van de wet beoordeelt: 'Het gaat dan immers om een afbakening van de grenzen van de toepasbaarheid van de wet volgens de intentie van de wetgever en de strekking van de door deze zelf geformuleerde bepalingen.'¹⁶⁹ En:

'Als het door een delictsommschrijving beschermde rechtsgoed/rechtsbelang door realisering van die delictsommschrijving in concreto in het geheel niet wordt geraakt (...) ook ingeval er sprake is van een conflict tussen enerzijds het rechtsbelang dat de bewuste delictsommschrijving beoogt te beschermen en anderzijds een geheel ander rechtsbelang – een belang waar de wetgever geen rekening mee heeft kunnen houden, waar hij niet bij stil heeft gestaan – terwijl er niet kan worden gesproken van een noodsituatie, (...) mits er voldaan is aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit (...) is het mogelijk de redenering te volgen dat de verdachte een redelijk middel tot een redelijk doel heeft gebezigd of maatschappelijk adequaat heeft gehandeld, zonder in strijd te komen met het bepaalde in artikel 11 AB.'¹⁷⁰

166 De Wilde 2001, p. 1166; Rozemond 2000, p. 48.

167 Overbeek 1934, p. 5.

168 Ter Heide 1965, p. 133.

169 De Waard 1985, p. 391.

170 Holland 1989, p. 303-304.

En ten slotte De Doelder en Strijards:

‘Zelfs artikel 11 wet AB is geschreven door een wetgever die de betrekkelijke waarde van zijn regels inzag en bereid was aan buitenwettelijk recht een plaats in te ruimen, erkennend dat niet alles in de wet te regelen is. Al ware dat anders, met een opvatting die het strafrecht alleen in de strafwet wil vinden, zou het heden ten dage toch moeilijk rechtdoen zijn.’

De praktijk leert dat er ruimte bestaat voor interpretatie en rechtsvinding door de rechter. Er bestaan ook gegronde redenen voor de wetgever om de strafrechter, zij het in zijn beperkte rol als geschillenbeslechter, die ruimte te laten.¹⁷¹ De rechter benut die ruimte geregeld uitdrukkelijk om de wet nader te specificeren gelet op de exclusieve gevallen waarover hij is gehouden te oordelen.¹⁷² Zowel de wetgever als de rechter hebben daarmee een (eigen) rol als rechtsvormer, terwijl hun interactie niet is geregeld; gegeven is dat de wetgever en rechter het ‘ook met elkaar te doen zullen hebben’.¹⁷³ Mevis maakt in dit kader de vergelijking met co-auteurschap:

[R]echter en wetgever [moeten] als auteurs bij het schrijven van hun verhaal oog houden voor elkaar, maar [kunnen] elkaars onvolkomenheden niet over en weer wegschrijven. Het schrijven van de diverse hoofdstukken van het verhaal is niet een taak in de vervulling waarvan de rechter en wetgever onderling inwisselbaar zijn. Maar zonder ieders bijdrage wordt het verhaal nimmer compleet. (...) De rechtsvorming kan (...) niet slechts aan een der auteurs worden overgelaten; dan gaat de noodzakelijke rechtsvorming mank op de inherente beperkingen van die ene auteur. De ander is altijd nodig om het verhaal compleet te maken.¹⁷⁴

Zowel wetgever als rechter hebben dus een afgegrensde taak, waarbij beide ‘auteurs’ zich bewust moeten zijn van niet alleen hun eigen taak, maar ook van die van de ander. De tekst van de wet(gever) levert een aantal ‘standaardgevallen’ op die de rechter de nodige duidelijkheid verschaffen; het is voor de wetgever alleen niet mogelijk om precies in de wet ook vast te leggen wat de grensgevallen zijn. Daarom is het ‘een typische taak van de rechter om de grenzen nader af te bakenen, waarbij de rechter over een meer specifiek inzicht beschikt in de aard van de grensgevallen dan de wetgever’ en is het ‘de taak van de rechter om de algemene termen van de wet toe te passen in veranderlijke maatschappelijk omstandigheden, zodat de betekenis van de standaardgevallen wordt beïnvloed door de wijze waarop wetteksten in een veranderlijke sociale contexten worden

171 Borgers 2011, p. 109; Borgers 2016, p. 2.

172 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 444.

173 Borgers 2016, p. 53; Mevis 2017a, p. 179.

174 Mevis 2000, p. 25.

gebruikt.¹⁷⁵ Toegespitst op een rechtsgoedbenadering door de rechter: als de rechter niet in de plaats treedt van de wetgever en voor de verfijning in een concreet geval bewust is van zijn (beperkte) rol, kan hij, daar waar de wetgever ruimte heeft gelaten, een bijdrage leveren aan rechtsvinding.¹⁷⁶ Aandacht voor het achterliggende rechtsgoed bij de betreffende strafbepaling kan daarbij als rode draad worden gebruikt als basis of uitgangspunt van rechtsvorming.¹⁷⁷

Naast de kwestie aangaande de rol van de rechter in verhouding tot die van de wetgever, kan ook de kwestie spelen van subjectiviteit bij de invulling van de rechtsgoedbenadering.¹⁷⁸ Als de rechter belast is met het achterhalen en bepalen van de bedoeling van de wetgever en de strekking van de wet en daarbij de vrijheid krijgt om een gedraging die naar de letter onder de reikwijdte van de strafbepaling valt, niet daaronder te scharen, is het niet ondenkbaar dat hij die vrijheid op een eigen wijze inkleurt die niet bepaald recht doet aan de rechtszekerheid, hetgeen 'den grondslag van het positieve recht geheel wankel maakt'.¹⁷⁹ De ruimte voor (eventuele, gevaarlijke) subjectiviteit kan volgens Van Hattum worden beperkt door *rationele* elementen – zo is het inhoudelijk niet (schrikbarend) afwijkend ten opzichte van het (creatief) interpreteren van delictsbestanddelen en het invullen van leerstukken aan de hand van open normen als 'redelijke toerekening' – en door *objectiverende* elementen, zoals de wetsgeschiedenis, de opschriften van Titels in het Wetboek van Strafrecht (als duiding van het achterliggende rechtsgoed) etc. Deze benadering neigt weliswaar meer naar het volgen van *rubrica est lex* dan naar het adagium *rubrica non est lex*, maar dient het belang van rechtszekerheid: de Hoge Raad moet immers zorgen voor rechtseenheid en ontwikkeling van het recht. De rechter zal in lijn met het achterliggende rechtsgoed de delictsomschrijving uitleggen en een zelfstandige betekenis toekennen aan die delictsomschrijving die meer omvat dan een optelsom van alle afzonderlijke bestanddelen. In de woorden van Van Hattum: 'Wanneer de nieuwe opvatting omtrent de zelfstandige betekenis op deze wijze wordt uitgewerkt, kan zij een dieper inzicht in de leer der bijzondere delicten verschaffen en zal zij tevens een dam kunnen opwerpen tegen de door Pompe zo terecht gewraakte overspanning van de delictsinhoud.'¹⁸⁰ De interpretatieve functie en ordeningsfunctie van

175 Rozemond 2000, p. 52.

176 Zie in dit kader Lindenberg 2007, p. 86: 'In het algemeen geldt dat een actieve houding van de rechter geen kwaad kan en zelfs noodzakelijk is – wanneer de wettekst en de bedoeling van de wetgever geen eenduidig handvat geven. Pas wanneer de rechter tegen de tekst of de mening van de wetgever ingaat, kan dit rechtsstatelijk problematisch zijn. Toch kan in sommige gevallen het belang van actualisering van de wet als doorslaggevend worden beschouwd.'

177 Van de Wetering, Eckhardt & Bakker 2018, p. 165.

178 Van Bemmelen & Van Hattum 1953, p. 230.

179 Simons 1937, p. 275.

180 Van Bemmelen & Van Hattum 1953, p. 124. De overspanning van de delictsinhoud en de visie van Pompe daaromtrent zijn reeds aan de orde gekomen in par. 2.3.3.6.

de rechtsgoedbenadering lijken daarmee een oplossing voor gevaren die gepaard gaan met diezelfde rechtsgoedbenadering.¹⁸¹ Excessen¹⁸² zijn wellicht niet te voorkomen, waarbij direct moet worden aangetekend dat waarschijnlijk elke benadering niet opgewassen is tegen dergelijk rechtsmisbruik.

Een volgend punt ziet op een ander aspect van de openheid van de rechtsgoedbenadering. Omdat de enige 'tastbare' houvast zijn de opschriften van de Titels en de wetsgeschiedenis, biedt deze benadering op het eerste gezicht minder handvatten voor de rechter dan bijvoorbeeld de geschreven strafuitsluitingsgronden. Diverse geschreven strafuitsluitingsgronden kennen vaste vereisten en voorwaarden die de rechter kan benutten om consistentie te waarborgen in zijn uitspraken en (daarmee) rechtszekerheid te creëren. Een rechtsgoedbenadering biedt de rechter, als gezegd, veel vrijheid en gaat gepaard met een groot vertrouwen in de rechter. Dat vertrouwen is nodig om voor de concrete casus de meest juiste uitspraak te genereren. Bovendien brengt de specificiteit van die casus mee dat er geen algemene vereisten en voorwaarden (zoals bij geschreven strafuitsluitingsgronden) op 'losgelaten' kunnen worden. Subjectiviteit kan, zoals hiervoor reeds is uiteengezet, worden beteugeld door koppeling van de redenering aan de hiervoor besproken objectiverende elementen. Overigens moet het nadeel van deze benadering (ontbreken van concretere handvatten) niet onnodig als zorgelijk worden bestempeld: de wetgever heeft aan de strafrechter ook ten aanzien van de strafuitsluitingsgronden veel ruimte gelaten om deze nader vorm te geven¹⁸³ en aan de hand van de wetsgeschiedenis en de opschriften van de Titels in het Wetboek van Strafrecht kunnen soms meer op de materie toegepaste uitspraken worden gedaan dan over de band van de strafuitsluitingsgronden.¹⁸⁴

181 In dit onderzoek gaat het om uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid en restrictieve interpretatie, maar men kan zich afvragen hoe een rechtsgoedbenadering zich verhoudt tot extensieve interpretatie. Vgl. HR 20 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2809, NJ 2003/632 m.nt. P.A.M. Mevis & R. de Lange (*Mensenroof/Baby Lisa*) en Cleiren 2008, p. 285-306. Deze kwestie gaat echter het bestek van dit onderzoek te buiten.

182 Het klassieke voorbeeld in dezen komt uit de Duitse geschiedenis: de Hitlerjugend ontrukte aan een katholieke jeugdorganisatie een vaandel (en verbrandde het), hetgeen indertijd geen diefstal opleverde. 'Wir nehmen kein Diebstahl an, weil der Dieb nicht einer ist, der eine fremde bewegliche Sache in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, sondern nur, wer seinem Wesen nach Dieb ist.' Dahm 1935, p. 62 en 102. Alleen hij die in zijn aard een dief is, zou volgens Dahm diefstal kunnen plegen.

183 Van Veen 1986, p. 350.

184 Opnieuw zij hier verwezen naar de jurisprudentiële kwalificatie-uitsluitingsgronden ter zake van bezit van kinderpornografisch materiaal bij experimenterende oudere minderjarigen in geval van afwezigheid van risico voor verdere verspreiding en toestemming en terzake van heling van door de verdachte zelf gestolen goederen.

Een ander punt dat gevaar of in elk geval 'ruis' kan opleveren in het kader van de rechtsgoedbenadering is de notie dat verschillende rechtsgoederen als te beschermen belangen kunnen worden gezien bij één strafbaarstelling. In het bijzonder is dit het geval wanneer sprake is van 'veellagigheid'. De strafbepaling is dan niet het resultaat van (alleen) een nationale wetgevingsmolen, maar bijvoorbeeld het resultaat van implementatie van Europese Richtlijnen in (bestaande) wetgeving. Zo begeeft de Europese Unie zich door middel van Verdragen en Richtlijnen zich (steeds meer) op het terrein van bijvoorbeeld (strafbaarstelling van) uitingsdelicten, witwassen, drugsbestrijding, mensenhandel, corruptie en kinderpornografie.¹⁸⁵ De vraag rijst of het achterliggende rechtsgoed van de strafbepaling correleert met 'the legal aim' en 'the legal interests' van de te implementeren wet(s)bepaling). Ook vanuit de Raad van Europa is invloed op de rechtsgoedbenadering waarneembaar. Bijvoorbeeld positieve verplichtingen kunnen maken dat de rechter in te maken belangenafwegingen rekening moet houden met bovennationale verplichtingen om fundamentele mensenrechten te waarborgen. De vervolgvraag is wat de rechter dient te doen bij het afwijken of uiteenlopen van verschillende in het geding zijnde rechtsgoederen en belangen. Hier zal worden volstaan met de signalering van dit pijnpunt nu de finesses ervan niet de kern van dit onderzoek raken. In dit kader zij verwezen naar het werk van Rozemond, van Cleiren en Ten Voorde en de oraties van Vellinga-Schootstra en Vellinga en van Van Kempen en de in die werken opgenomen literatuur.¹⁸⁶ In paragraaf 6.6. wordt hier ook kort bij stilgestaan.

Een laatste, hier te bespreken kritiekpunt betreft de kwestie dat het niet altijd duidelijk is wat het achterliggende rechtsgoed precies is, terwijl het concept 'valt of staat met het al dan niet duidelijk kunnen aanwijzen van het rechtsgoed en van de rechtsgoedschending.'¹⁸⁷ Dit probleem doet zich met name voor bij abstracte gevaarzettingsdelicten, overtredingen/wetsdelicten en ordeningswetgeving. Bescherming van rechtsgoederen is in dat kader nog steeds aangewezen, maar veel minder concreet zichtbaar in de wetsgeschiedenis.

Zo rijst ten eerste de vraag wat precies het te beschermen rechtsgoed is bij een bepaling waarin strafbaar wordt gesteld hij die handelt zonder vergunning, bijvoorbeeld in milieuwetgeving. Men kan hier als antwoord op geven dat het gaat om bescherming van het milieu (of concreter: schone lucht, schoon oppervlaktewater etc.). Dat zou betekenen dat *met* vergunning handelen dan geen krenken of in gevaar brengen van het rechtsgoed te weeg zou brengen. Die redenering doet vreemd aan. 'De handeling, die strafbaar is indien verricht zonder vergunning, [is] op zichzelf niet sociaal ongewenst en dus niet strafwaardig.'¹⁸⁸ Strafwaardig en strafbaar is het

185 Eckhardt & Bakker 2018, p. 1881; Spronken 2015, p. 2341.

186 Rozemond 1999; Cleiren & Ten Voorde 2019; Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008; Van Kempen 2008.

187 Machielse 1979, p. 40.

188 Wolswijk 1998, p. 247.

pas indien dat zonder vergunning gebeurt. 'Het rechtsgoed zou dan niet het milieu zijn, maar het administratieve ordeningsinstrument zelf, i.c. het vergunningverleningsproces.'¹⁸⁹ Ook dat doet vreemd aan: er zou dan een rechtsgoed worden gecreëerd dat ziet op de handhaving van het strafbare feit zelf. Op abstracter niveau is daartegenin te brengen dat het vergunningverleningsproces in dienst staat van regulering van handelingen die het milieu (potentieel) aantasten: 'De handhaafbaarheid van een norm vormt op zichzelf uiteraard niet het doel of het rechtsgoed van de norm; wel kan zij (...) van invloed zijn op de precieze norminhoud.'¹⁹⁰

Ten tweede rijst dan echter de vraag wat de rechter in een dergelijk geval kan en mag doen. Illustratief is de zaak waarin iemand zonder vergunning sloopafval in het oppervlaktewater heeft gestort. Verdachte ontkende niet dat het sloopafval afvalstoffen waren als bedoeld in art. 4, eerste lid, Uitvoeringsbesluit behorend bij art. 1, derde lid, Wvo (oud). Wel meende hij niet strafbaar te zijn omdat het sloopafval niet waterverontreinigend is, waarmee hij impliciet stelde dat zijn handeling het achterliggende rechtsgoed (bescherming van het oppervlaktewater) niet krenkte of in gevaar bracht. De Hoge Raad interpreteerde enigszins grammaticaal en wetstechnisch en overwoog:

'Daar het zonder vergunning in oppervlaktewater storten van verontreinigende stoffen naast het aldus storten van afvalstoffen afzonderlijk is verboden, kan niet worden staande gehouden dat van afvalstoffen moet blijken dat zij verontreinigend zijn wil het zonder vergunning storten daarvan in oppervlaktewater verboden zijn. Ware dit anders, dan zou de afzonderlijke vermelding van afvalstoffen in de verbods bepaling geheel overbodig zijn.'¹⁹¹

Indien in plaats van een grammaticale en wetstechnische interpretatiewijze een rechtsgoedbenadering werd gevolgd, waarin bescherming van het milieu of (concreter) bescherming van het oppervlaktewater als direct te beschermen rechtsgoed werd beschouwd, had het verweer kansrijker geweest. Hiermee wordt de moeilijkheid van een rechtsgoedbenadering bij ordeningswetgeving, wetsdelicten en abstracte gevaarzettingsdelicten blootgelegd: de wetgever heeft de rechtsgoedbenadering al enigszins losgelaten door handelingen die potentieel (maar dus niet altijd) een gevaar teweegbrengen reeds strafbaar te stellen, hetgeen weliswaar in indirecte zin het belang van het rechtsgoed kan dienen.

Net als aan andere benaderingswijzen, kleven aan een (rechterlijke) rechtsgoedbenadering bezwaren. Deze bezwaren moeten niet worden miskend of onderschat, maar sommige zijn wel vatbaar voor weerlegging of nuancering. Een honderd procent verantwoord model van rechtsvorming

189 Wolswijk 1998, p. 247.

190 Wolswijk 1998, p. 247.

191 HR 24 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC8458, NJ 1992/76, r.o. 6.2.3.

lijkt niet mogelijk, maar desalniettemin kan in het kader van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid bij bijzondere contexten een rechtsgoedbenadering, naast thans gehanteerde benaderingswijzen en interpretatiemethoden, van toegevoegde waarde zijn, gezien de voordelen die de benadering met zich brengt voor de gedifferentieerde behandeling en beoordeling van gedragingen in die contexten.

In het navolgende worden de bevindingen uit de eerste deelanalyse (omtrent de grondslagen) en uit de tweede deelanalyse (omtrent de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed) in samenhang gezien om de verschillende, met de bijzondere context samenhangende gedragingen op een systematische, juridisch te verantwoorden wijze te beoordelen.

4.2.3 Materieelrechtelijk beoordelingskader

De voorgaande analyse heeft 1) inzichtelijk gemaakt op basis waarvan kan worden geoordeeld dat een strafrechtelijke reactie op een bepaald soort handelen in of vanwege een bijzondere context niet aangewezen is en 2) in welke verhouding de gedraging staat tot de delictsomschrijving en het achterliggende rechtsgoed. Uit die analyse is een abstract model te destilleren dat kan worden benut bij de beantwoording van de vraag op basis waarvan uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid ofwel afwezigheid van een rol voor het strafrecht als bestraffend instrument kan worden gelegitimeerd, alsmede van de vraag hoe systematisch kan worden bewerkstelligd dat de juiste modaliteit van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gehanteerd. Met andere woorden: op een inzichtelijke en voorspelbare manier kan de reden van straffeloosheid worden geduid, waarbij afhankelijk van delict, achterliggend rechtsgoed en context kan worden bepaald of het een situatie betreft waarbij a) de gedraging vanwege de context materieel niet correspondeert met de door de wetgever geformuleerde delictsomschrijving (het eerste scenario), of b) de gedraging weliswaar op de door de wetgever geformuleerde delictsomschrijving van toepassing is, maar niet strafbaar is vanwege belangen die samenhangen met de context (het tweede scenario).

Voor de toepassing in een concreet geval dient *ten eerste* te worden nagegaan welke *gedraging* precies is verricht in of vanwege de betreffende context, *ten tweede* welke *delictsomschrijving* (formeel) daarmee correleert en *ten derde* wat de *achterliggende norm* of het *achterliggende rechtsgoed* van de betreffende delictsomschrijving is.

Als is vastgesteld welke gedraging is verricht (bezien in de context waarin het plaatsvindt), is reeds vast te stellen of het een gedraging betreft die samenhangt met één of meerdere grondslag(en) op de verschillende in paragraaf 4.2.1 onderscheiden niveaus: macro-, meso- en microniveau. Als gezegd, kunnen de niveaus van elkaar worden onderscheiden, maar niet van elkaar worden gescheiden. Zo is het mogelijk dat de concrete

gedraging in aanmerking zou moeten komen voor straffeloosheid vanwege grondslagen die kunnen worden gevonden op verschillende niveaus. Uit de van toepassing geachte grondslag(en) volgt bijvoorbeeld dat de gedraging wordt gekenmerkt door het feit dat deze verricht mócht worden (bijvoorbeeld door een toekomstend recht, een wettelijke plicht of toestemming), of dat er juist sprake is van een gedraging die past in het normaalbeeld van de maatschappij of geen gevaar oplevert voor de maatschappij (bijvoorbeeld vanwege sociaal adequaat handelen of een kwestie aangaande de subsocialiteit). Met deze eerste stap is de gedraging verfijnd in kaart gebracht en is het (niet-strafbare) karakter van de gedraging vastgesteld.

De volgende stap is de feitelijke vaststelling welk delict (formeel) correleert met de gedraging. Dit zal in de regel neerkomen op de constatering welk delict ten laste is (of vanuit het oogpunt van het openbaar ministerie: kan worden) gelegd in een concreet geval.

Bij de laatste stap kan met behulp van de tekst van de delictsomschrijving en het achterliggende rechtsgoed worden beoordeeld of en hoe uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid moet worden vormgegeven. Om te kunnen bepalen of het eerste scenario van (überhaupt) geen krenking of gevaarstelling van het achterliggende rechtsgoed van toepassing is, kan zowel aandacht worden besteed aan de *gedraging* – bijvoorbeeld de kwestie of de gedraging die is verricht in of vanwege de context sociaal adequaat is – als aan het *delict* – bijvoorbeeld de kwestie wat, in het licht van de *Typizität*, de precieze delictsinhoud is van de formeel correlerende delictsomschrijving. Indien de uitkomst is dat de gedraging niet leidt tot een krenken of in gevaar brengen van het achterliggende rechtsgoed of dat de delictsomschrijving, waarin de volgens de wetgever strafwaardige gedraging staat opgenomen, niet van toepassing is op het betreffende geval zodat het achterliggende rechtsgoed überhaupt niet kan worden geraakt, is een strafrechtelijke reactie niet aangewezen vanwege vervulling van het eerste scenario. Schematisch kan dat als volgt worden weergegeven.¹⁹²

Scenario 1

Gedraging verricht in context → wettelijke delictsomschrijving lijkt ermee te corresponderen → verhouding tot rechtsgoed? → achterliggend rechtsgoed wordt niet gekrenkt of in gevaar gebracht, m.a.w.: strafrechtelijke norm wordt niet geraakt → wettelijke delictsomschrijving is i.c. niet van toepassing.

192 In deze materieelstrafrechtelijke weergave wordt nog geen rekening gehouden met factoren die samenhangen met het strafproces en factoren die samenhangen met de strafrechtspraktijk. Deze factoren zullen aan de orde komen in hoofdstuk 5.

Voorbeeld:

Wortelkanaalbehandeling door tandarts → art. 300 Sr lijkt ermee te corresponderen → hoe verhoudt de gedraging zich tot de bescherming van het menselijk lichaam, de lichamelijke integriteit met inbegrip van de gezondheid? → wortelkanaalbehandeling is sociaal adequaat (is overigens verricht volgens de regelen der kunst, waarbij sprake is van een medische indicatie en informed consent) en is verricht volgens een wettelijke plicht/bevoegdheid; dient zelfs het achterliggende rechtsgoed, m.a.w.: strafrechtelijke norm wordt niet geraakt → art. 300 Sr is niet van toepassing op dit specifieke geval.

Als op basis van de voorgaande exercitie de delictsomschrijving wel degelijk van toepassing is en het achterliggende rechtsgoed wel in gevaar wordt gebracht of gekrenkt, is het nog steeds mogelijk dat de gedraging vanwege de context straffeloos blijft. In dat geval gaat het niet om de beoordeling omtrent de toepasselijkheid van delictsomschrijving, maar om de beoordeling van het gedrag zelf en de kwestie of de gedraging die een in gevaar brengen of krenken van het achterliggende rechtsgoed met zich brengt, afgezet tegen andere belangen, gerechtvaardigd is. Bij dit tweede scenario spelen niet zozeer de leer van de sociale adequatie en de subsocialiteit (meso-niveau) een rol, als wel bijvoorbeeld de rechtvaardigende toestemming (micro-niveau), en de wettelijke plicht (macro-niveau). Schematisch kan dat als volgt worden weergegeven.¹⁹³

Scenario 2

Gedraging verricht in context → wettelijke delictsomschrijving lijkt ermee te corresponderen → verhouding tot rechtsgoed? → rechtsgoed wordt gekrenkt of in gevaar gebracht → echter: rechtsgoed wordt gerechtvaardigd gekrenkt of in gevaar gebracht → wettelijke delictsomschrijving is weliswaar van toepassing, maar vervulling ervan blijft door rechtvaardiging ongestraft.

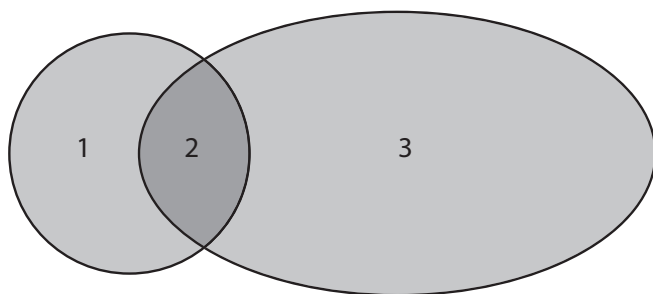
Voorbeeld:

Studentikoos 'zooien' of 'brassen' met letsel als gevolg → art. 300 Sr lijkt ermee te corresponderen → hoe verhoudt de gedraging zich tot de bescherming van het menselijk lichaam, de lichamelijke integriteit met inbegrip van de gezondheid? → studentikoos 'zooien' of 'brassen' is niet (per definitie) als sociaal adequaat aan te merken en het achterliggende rechtsgoed wordt gekrenkt → omdat er sprake is van toestemming/instemming kan de gedraging (onder omstandigheden) worden gerechtvaardigd → art. 300 Sr is van toepassing, maar vervulling blijft door toestemming van het slachtoffer straffeloos.

¹⁹³ In deze materieelstrafrechtelijke weergave wordt nog geen rekening gehouden met factoren die samenhangen met het strafproces en factoren die samenhangen met de strafrechtspraktijk. Deze factoren zullen aan de orde komen in hoofdstuk 5.

Bij het onderzoek naar het van toepassing zijnde scenario is het 'eenrichtingsverkeer': als het eerste scenario van toepassing is, is aandacht voor het tweede scenario niet meer nodig,¹⁹⁴ slechts als het eerste scenario niet van toepassing is, dient pas aandacht te worden besteed aan het tweede scenario en er is geen 'weg terug'. Een voorbeeld ter verduidelijking: in een sport- en spelsituatie of bij de medische beroepsuitoefening is er weliswaar sprake van toestemming (een grondslag voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid op micro-niveau) die in de regel leidt tot rechtvaardiging (het tweede scenario), maar als er reeds sprake is van een überhaupt niet krenken van een rechtsgoed (het eerste scenario), omdat de betreffende delictsomschrijving niet voor het betreffende geval geschreven zou zijn, dient het bij dat oordeel te blijven. Het doet immers gekunsteld aan om een delictsomschrijving, hoewel er redenen voor zijn om die niet van toepassing te achten,¹⁹⁵ wél van toepassing te achten om vervolgens vast te stellen dat iemand een feit gerechtvaardigd heeft kunnen en mogen plegen. Een schending van een norm kan alleen plaatshebben en is alleen maar te rechtvaardigen als die norm van toepassing is.

Schematisch kan het geheel als volgt worden weergegeven.



Figuur 1

Met cirkel 1-2 wordt bedoeld de omvang ofwel reikwijdte van de bijzondere context.

Met cirkel 2-3 wordt bedoeld de reikwijdte van het strafrecht, ofwel alle gevallen waarin sprake is van een krenken of in gevaar brengen van een achterliggend rechtsgoed die (fragmentarisch) is vervat in een wettelijke delictsomschrijving.

194 Dit komt overeen met de dwingende volgorde van beantwoording van de materiële kwesties van art. 350 Sv.

195 Zo levert in het kader van het delict mishandeling, Vermunt en Ten Voorde volgend, de *sliding tackle* in het voetbal, die valt binnen de te verwachten handelingen in de sport- en spelsituatie, geen onrecht op, nu deze handeling past in het normaalbeeld van de maatschappij. Ook zal de medische ingreep die door de patiënt mogelijk wordt ervaren als het toebrengen van pijn of letsel niet onder de reikwijdte van het delict vallen, omdat het achterliggende rechtsgoed niet wordt gekrenkt (maar (op langere termijn) juist gediend).

Met gebied '1' (hierna: categorie 1) wordt bedoeld het geheel aan gedragingen die zijn verricht in de bijzondere context die buiten het bereik van het strafrecht (dienen te) vallen, omdat geen sprake is van een krenken of in gevaar brengen van een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed, zoals bedoeld in een wettelijke delictsomschrijving. Een gedraging binnen deze categorie levert geen strafbaar feit op vanwege ontbreken van *strafwaardigheid*: de gedraging is niet onder te brengen in de door de wetgever beoogde reikwijdte van het delict. Dit kan zijn omdat de gedraging überhaupt niet beantwoordt aan een wettelijke delictsomschrijving, alsmede omdat, na een inhoudelijke, normatieve beoordeling of afweging door de rechter die een discretionaire ruimte geniet en binnen die discretionaire ruimte bijvoorbeeld een *Typizität*-benadering hanteert, is vastgesteld dat de gedraging materieel niet onder de delictsomschrijving is te brengen.

Met gebied '2' (hierna: categorie 2) wordt bedoeld het geheel aan gedragingen die zijn verricht in de bijzondere context, waarbij overlap is met het strafrecht. De gedragingen daarbinnen hangen samen met de bijzondere context en brengen een krenken of in gevaar brengen van een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed teweeg. In uitzonderingssituaties kan binnen de categorie het krenken of in gevaar brengen van het strafrechtelijk beschermde rechtsgoed, vanwege bijzondere omstandigheden en na afweging van de in het geding zijnde belangen, worden gerechtvaardigd. Een gedraging binnen deze categorie levert een strafbaar feit op, maar deze kan vanwege ontbreken van *strafbaarheid* worden gerechtvaardigd.

Met gebied '3' (hierna: categorie 3) wordt bedoeld het krenken of in gevaar brengen van een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed, waarbij de bijzondere context materieel is verlaten en niet (meer) voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan zorgen. Een gedraging binnen deze categorie levert een *strafwaardig* en *strafbaar* feit op.

In deze weergave zijn (nog) geen omstandigheden meegenomen die een verandering in benaderingswijze teweegbrengen. Men denke bijvoorbeeld aan het buiten toepassing verklaren van strafbepalingen als gevolg van de voorrangsregeling van art. 94 Gw ten aanzien van (een ieder verbindende) verdragsbepalingen en strafprocesrechtelijke factoren, zoals de grondslag-leer, de daarmee gepaard gaande en gangbare wijze van ten laste leggen en de volgorde van de materiële vragen van art. 350 Sv. Deze en andere aspecten komen in hoofdstuk 5 aan de orde.

4.3 TOEPASSING OP CONTEXTGEBONDEN EXCEPTIES

Na duiding van grondslagen om tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te komen en de duiding van de rechtsgoedbenadering, rijst de vraag hoe een en ander tot uitdrukking zou moeten komen in concrete casus. Het samenbrengen van de grondslagen om tot uitsluiting van straf-

rechtelijke aansprakelijkheid te komen die zijn gegroepeerd in drie niveaus (macro-, meso- en microniveau) en de rechtsgoedbenadering levert een abstract geheel op van hanteringswijzen die aan de hand van de kenmerken van de bijzondere contexten in het navolgende worden geconcretiseerd. Daarbij zullen ter illustratie ook voorbeelden uit de jurisprudentie worden gebruikt. Daar waar geen (relevante) jurisprudentie voorhanden is of daar waar nadere duiding aangewezen is, zal verdere uiteenzetting plaatsvinden op basis van de literatuur.

Hierbij zij expliciet benadrukt dat de navolgende toepassing op de verschillende contextgebonden excepties een normatief karakter heeft. De relevante jurisprudentie kan andersluidend zijn. Als voorbeeld in dezen kan dienen het feit dat in de jurisprudentie veelal wordt gesproken van een *rechtvaardigende* werking van de medische exceptie of de sport- en spelexceptie, terwijl die excepties bij diverse delicten, zoals mishandeling, de excepties, volgend uit de materieelrechtelijke analyse, zien op de (*niet-*)toepasselijkheid van de *delictsomschrijving* en de kwestie of er sprake is van een *krenking van een achterliggend rechtsgoed*. In hoofdstuk 3 is die verscheidenheid in benadering reeds geduid.

Voor een helder(der)e duiding zullen in de navolgende bespreking zowel gedragingen worden besproken die zijn verricht in of vanwege de context als gedragingen die slechts zijdelings met de bijzondere context te maken hebben. Met dat laatste wordt bedoeld dat er in feitelijke zin een link is met de bijzondere context (het gaat bijvoorbeeld om een arts, een kunstenaar, een opvoeder etc. als verdachte), maar dat de gedraging materieel op het randje van of buiten de context valt. De visuele weergave van de gedeeltelijke overlap tussen de reikwijdte van de bijzondere context en de reikwijdte van het strafrecht, op basis van de voorgaande ordening en analyse, kan tevens dienen als verduidelijking.

4.3.1 Kunst en wetenschap

4.3.1.1 Kunst

In de bijzondere context van de kunst doet zich de situatie voor dat verschillende grondslagen op verschillende niveaus aan de basis liggen van de idee dat op gedragingen binnen die context geen strafrechtelijke reactie dient of hoeft te volgen. Hiervoor is reeds aan de orde gekomen dat de kunstenaar een bijzondere rol heeft binnen een samenleving. Die rol brengt verwachtingen met zich en wanneer de gedragingen overeenkomen met die verwachtingen (en daarmee dus de bijzondere rol volkomen waarmaken), dienen die gedragingen, in de opvatting van de in paragraaf 4.2.1.2.1 aangehaalde Ter Heide en Vermunt, niet onder het bereik van een strafbepaling te vallen.¹⁹⁶ De rechter kan zodoende bij de beoordeling van de kunstexceptie rekening houden met een 'maatschappelijk waarderingsoordeel':

196 Zie ook: Kelk & De Jong 2019, p. 182-183

‘Klaarblijkelijk is hier een maatschappelijk waarderingsoordeel van invloed op de inhoudsbepaling van een term uit de delictsomschrijving, en wel vanuit het perspectief van de, op eisen aan de realiteit van het maatschappelijk leven ontleend gestoelde, limitering van de reikwijdte van de strafrechtelijke rechtsgoedbescherming.’¹⁹⁷

Met de toepassing van deze opvatting blijkt dat een gedraging, die is verricht in het kader van de bijzondere context kunst en binnen het tekstuele bereik van een delictsomschrijving valt, toch buiten het bereik van de delictsomschrijving kan worden gehouden vanwege grondslagen op meso-niveau. Dit komt enigszins in de buurt van een ‘absolute kunst-exceptie’: omdat sprake is van kunst, moet er geen rol zijn voor het strafrecht. Er zijn echter ook grenzen. Niet alles wat zich binnen de context van kunst afspeelt is ‘strafrechtelijk indifferent’.¹⁹⁸ Er dient onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de situatie waarin sprake is van sociaal adequaat handelen (waardoor een bepaalde strafrechtelijke norm niet ziet op het betreffende geval) en anderzijds de situatie waarin sprake is van een gedraging die, hoewel deze is verricht door een kunstenaar, niet is aan te merken als sociaal adequaat handelen. De criteria van Vermunt¹⁹⁹ kunnen bij het maken van dit onderscheid van toegevoegde waarde zijn: er geldt ten aanzien van kunstenaars binnen de samenleving een verhoogde mate van maatschappelijke acceptatie met betrekking tot bepaalde gedragstypen;²⁰⁰ sommige handelingen behoren tot die gedragstypen en als de handeling door de kunstenaar is verricht uit hoofde van of in het kader van de kunst, is de betreffende handeling sociaal adequaat. Daar waar men over het algemeen van een gemiddeld persoon verwacht dat hij binnen de lijntjes kleurt, verwacht of accepteert men van kunstenaars dat zij door middel van hun creaties buiten begaande paden treden en grenzen opzoeken. Dergelijke gedragingen zijn niet rubriceerbaar onder de strafwet, vanwege een grondslag op mesoniveau.

Indien de betreffende handeling *niet* behoort tot de hiervoor benoemde gedragstypen leidt dat tot de conclusie dat het in het geding zijnde delict en de achterliggende norm wel degelijk van toepassing zijn.

In de strafrechtspraktijk komt het echter ook voor dat een gedraging buiten het bereik van de strafbepaling wordt gehouden vanwege een grondslag die kan worden gevonden op het niveau van de rechtsorde (macroniveau):

197 Vermunt 1984b, p. 716.

198 Vermunt 1984b, p. 716.

199 ‘a) geldt ten aanzien van die groep binnen de samenleving waarvan het handelend subject deel uitmaakt een verhoogde mate van maatschappelijke acceptatie met betrekking tot bepaalde gedragstypen?; b) behoort de handeling *in concreto* tot zo’n gedragstype?; en – uiteraard – c) is de handeling door het handelend subject verricht uit hoofde van of in het kader van zijn participatie aan die groep?’ Zie par. 4.2.1.2.1.

200 Vgl. Overbeek 1966, p. 106: ‘In revue en cabaret gelden nu eenmaal andere normen dan op straat.’

het toekomstige recht. Kunstenaars komt het recht toe van de artistieke vrijheid, die (mede) is gewaarborgd in art. 10 EVRM, het recht op vrijheid van meningsuiting. De vrijheid van meningsuiting wordt beschouwd als een klassiek grondrecht, hetgeen overheidsonthouden impliceert. Slechts wanneer het noodzakelijk is in een democratische samenleving (zijnde een dringende maatschappelijke behoefte), met het oog op legitieme doelen, mag er overheidsinmenging plaatshebben, mits deze is voorzien bij wet. Het uitgangspunt is dus afwezigheid van overheidsbemoeienis en in het verlengde daarvan: geen strafrechtelijke reactie vanwege de inhoud van de uiting. Wanneer (toch) overheidsbemoeienis plaatsheeft, resulteert de beperkingssystematiek van het toekomstige recht de basis van het tegen elkaar afwegen van de in het geding zijnde belangen. Wanneer de belangenafweging leidt tot de conclusie dat overheidsbemoeienis niet noodzakelijk was in een democratische samenleving, valt de belangenafweging uit in het voordeel van de kunstenaar.

Reeds op nationaal niveau kan de kunstenaar een beroep doen op art. 10 EVRM, indien hij zich voor de strafrechter moet verantwoorden. Art. 10 EVRM vormt dan de positiefrechtelijke basis van een kunstverweer. Indien dat verweer slaagt zal de nationale bepaling buiten toepassing worden gelaten en vindt niet-kwalificatie plaats over de band van de artikelen 93 en 94 Gw in samenhang met de verdragsbepaling. Ook is het mogelijk dat de nationale rechter de nationale bepaling, indien daartoe een mogelijkheid bestaat, restrictief (verdragsconform) uitlegt, zodat bijvoorbeeld een delictsbestanddeel niet kan worden bewezen, hetgeen eveneens leidt tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, zij het dat het bij dit laatste gaat om een vrijspraak.²⁰¹

De in de vorige paragraaf omschreven en in de figuur weergegeven categorieën kunnen met betrekking tot de bijzondere context van kunst aan de hand van het voorgaande als volgt worden ingevuld.

Categorie 1 omvat de gedragingen die plaatsvinden in de context van kunst en die geen krenking of gevaarstelling van een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed teweegbrengen (op de wijze zoals geformuleerd door de wetgever). Hierbij valt te denken aan gedragingen die misschien als onwenselijk kunnen worden ervaren, maar waarvoor geen wettelijk omschreven strafbaar feit in het leven is geroepen. Het op straat nageglurd worden door een levend standbeeld kan ongemakkelijk zijn, maar dat nagluren levert geen strafbaar feit op. Er is geen met de gedraging correlerende delictomschrijving.

Binnen dezelfde categorie vallen gedragingen die naar de letter van de strafbepaling een strafbaar feit opleveren, maar die materieel buiten het bereik van de strafbepaling dienen te vallen omdat door de betreffende gedraging geen krenking of gevaarstelling van een rechtsgoed wordt teweeg-

201 Zie omtrent dit verschil in toepassing par. 5.2.4.1.

gebracht of anderszins geen vervulling oplevert van het gefragmenteerd door de wetgever strafbaar gestelde. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij handelingen die naar de essentie (*dem Wesen nach*) in het verwachtingspatroon plaatsvinden en geen onrecht mogen heten, omdat de kern van het delict/de delictsinhoud (*Typizität*) niet wordt geraakt. Hiervoor is echter wel – anders dan voor het nagluren door een levend standbeeld – een inhoudelijke, normatieve afweging of beoordeling van de rechter nodig die een (grote) discretionaire ruimte geniet. Binnen die discretionaire ruimte kan hij gebruikmaken van een *Typizität*-benadering.

Impliciet kan een dergelijke redenering worden gedestilleerd uit het zogenaamde 'Ezelsproces'. Daarin werd schrijver Gerard (Kornelis van het) Reve vervolgd voor (het inmiddels niet meer in het Wetboek van Strafrecht opgenomen delict) godslastering. In zijn literaire werk 'Nader tot U' beschreef hij het hebben van seks met als ezel geïncarneerde God. De schrijver had zich met het schrijven en publiceren van deze passage volgens het Hof Amsterdam niet schuldig gemaakt aan godslastering, omdat de strafbaarstelling, zoals gefragmenteerd strafbaar gesteld door de wetgever, eist dat sprake moet zijn van 'smalende' godslastering. Volgens de Hoge Raad heeft het Hof geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting nopens voormelde term:

'Overwegende (...) dat de term "smalende" dus niet slechts de functie heeft te omschrijven een bepaalde vorm van zich op voor godsdienstige gevoelens krenkende wijze uitlaten; dat om gelijke reden niet reeds door de bepaling wordt getroffen een auteur die de bedoeling heeft zich te uiten in zulk een vorm dat anderen in hun godsdienstige gevoelens wel gekrenkt moeten worden.'²⁰²

Omdat het bestanddeel 'smalend', (mede) vanwege de context waarin de gedraging plaatsvond, niet kon worden bewezen, volgde vrijspraak. Reve heeft weliswaar met zijn uiting gevoelens kunnen krenken, maar niet op de wijze zoals beschreven in de wet.

Een pleidooi in deze lijn, zij het met betrekking tot een ander delict, is te vinden in de literatuur en is verkondigd door Schalken. Hij merkt met betrekking tot de toenmalige pornografiebepaling op dat strafwaardigheid van het aanstoot geven dient te worden opgeheven door het hogere belang van kunst. Kunst is volgens Schalken een 'zodanige ekspressievorm, waaraan de meest elementaire menselijke vrijheid ten grondslag ligt, dat elke beperking daarvan, zelfs in dubio, nimmer opweegt tegen een mogelijke kwetsing van eens anders eerbaarheidsgevoel (...). De strafwaardigheid (...) dient naar mijn opvatting door het hogere belang van de kunst te worden opgeheven.'²⁰³ Deze benadering laat echter wel zien dat Schalken een vergelijking van belangen of rechtsgoederen voor ogen stond. Een dergelijke benadering past eigenlijk slechts in de tweede categorie.

202 HR 2 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB3494, NJ 1968/373 m.nt. C. Bronkhorst

203 Schalken 1972, p. 119.

Tot categorie 2 behoren namelijk de gevallen die passen in de context van kunst, maar die een krenking of gevaarzetting van een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed teweegbrengen. Een dergelijke gedraging kan (hoewel Schalken spreekt over 'nimmer') in uitzonderingsgevallen worden gerechtvaardigd. Zo ook Vermunt die meent dat het bij dergelijke gevallen gaat 'om incidentele gevallen waarin op grond van exceptionele omstandigheden aan een kwalificatiegrensoverschrijdend gedrag (een gedrag dat binnen het *textuele bereik* van een delictsomschrijving valt) alsnog de strafbaarheid wordt onthouden (het gedrag valt alsdan buiten het *strafberek* van de bepaling) [mijn cursiveringen, SB].²⁰⁴ De specifieke handeling is er één die door de delictsomschrijving wordt aangeduid, maar daaraan wordt bij wijze van uitzondering geen strafrechtelijk effect verbonden. Het onrechtmatige karakter van de gedraging kan komen te ontvallen, of beter gezegd: de krenking of gevaarzetting van het achterliggende rechtsgoed kan worden gerechtvaardigd, door het voor de kunstenaar juist uitvallen van een afweging van de in het geding zijnde belangen. Wanneer het belang van de artistieke expressie prevaleert boven andere in het geding zijnde belangen, is de gedraging bij wijze van uitzondering geaccepteerd. Deze belangenafweging wordt echter veelal gemaakt bij het bewijzen van delictsbestanddelen, waarmee de rechtvaardigingskwestie wordt gepromoveerd tot bewijskwestie.²⁰⁵ Hierbij is te denken aan het geval waarin ten aanzien van een door een kunstenaar verrichte gedraging een beledigend karakter (bijvoorbeeld ter zake van belediging van een groep mensen, art. 137c Sr) weliswaar aanwezig wordt geacht (en de krenking van het achterliggende rechtsgoed de eer en waardigheid, alsmede het belang van non-discriminatie is vastgesteld), maar vanwege de rechtvaardigende werking van de context het beledigende karakter toch niet aanwezig wordt geacht.²⁰⁶ De belangenafweging (welke systematisch gezien een rechtvaardigingskwestie en (dus) het hiervoor beschreven tweede scenario betreft) wordt daarmee op een andere plaats behandeld dan de gangbare plaats waarin rechtvaardiging van rechtsgoedkrenkingen wordt vastgesteld. Deze benadering laat zich in de praktijk dus niet zichtbaar duidelijk onderscheiden van de verwerking van de kunstexceptie in de eerste categorie. Zie hieromtrent nader paragraaf 5.2.4.1 en 5.2.4.2.

De derde categorie omvat gedragingen die nog wel kunnen worden gelinkt aan de kunst (bijvoorbeeld omdat de gedraging is verricht door een kunstenaar), maar materieel te ver verwijderd staan van de bijzondere context. Men denke hierbij aan de gevallen waarin de kunstenaar de artis-

204 Vermunt 1984b, p. 717.

205 Cleiren & Bakker 2011 p. 40-41.

206 Van belang is hier dat het niet de wetgever is die deze wijze van beoordelen voorschrijft, maar dat het de rechter is die een zogenaamde driestappentoets in het leven heeft geroepen. Zie nader par. 5.2.4.1.

tieke expressie als ‘dekmantel’²⁰⁷ of vrijbrief²⁰⁸ gebruikt om strafbare feiten te plegen of in elk geval de vrijheid van meningsuiting ‘misbruikt’. Een treffend voorbeeld is de zaak waarin een rapper zijn vrijheid van artistieke expressie heeft misbruikt. Hij heeft op internet een videoclip geplaatst, waarin hij onder andere rapt ‘Flikkers geef ik geen hand’ en ‘Ik haat die fucking joden nog meer dan de nazi’s’. Bij beantwoording van de vraag of hij zich daarbij schuldig heeft gemaakt aan groepsbelediging, strafbaar gesteld in art. 137c Sr, heeft het Hof ‘s-Hertogenbosch geoordeeld:

‘Het hof is van oordeel dat uit de context niet blijkt dat de uitlating (...) ziet op anderen dan homoseksuelen en dat, hoewel kenmerkend voor rap is dat grove bewoording niet geschuwd wordt, de enkele omstandigheid dat de uitlatingen rijmen, niet voldoende is om van functionaliteit in het kader van artistieke expressie te kunnen spreken. Aldus heeft de verdachte zijn vrijheid van artistieke expressie om beledigingen te uiten, misbruikt.’²⁰⁹

Alsmede:

‘De uiting van de haat die verdachte voelt jegens de joden (...), houdt volgens het hof geen verband met de rest van de raptekst. De uitlating is derhalve niet functioneel en verliest door de context het beledigende karakter niet. De verdachte heeft aldus zijn artistieke vrijheid misbruikt om een belediging te uiten.’²¹⁰

Deze oordelen geven volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.²¹¹ Deze benadering van ‘misbruik van recht’²¹² kan worden gezien als ongeschreven, nationale pendant van art. 17 EVRM.²¹³ Als de strafrechter meent dat buiten de kaders van de artistieke expressie is getreden, is uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in of vanwege de context niet meer mogelijk.

Deze drie categorieën laten zien dat de kunstexceptie vanwege verschillende grondslagen en (daarmee) verschillende verhoudingen tot het achterliggende te beschermen rechtsgoed op verschillende wijzen door de rechter kunnen worden behandeld en leiden tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, alsmede dat onder omstandigheden strafrechtelijke aansprakelijkheid nog steeds aangewezen is in de context van kunst.

207 Noyon/Langemeijer/Rommelink, art. 240 Sr, aant. 8.

208 Cleiren & Bakker 2011, p. 36.

209 Hof ‘s-Hertogenbosch 21 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:615.

210 Hof ‘s-Hertogenbosch 21 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:615.

211 HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1003, NJ 2019/214 m.nt. E.J. Dommering, *NbSr* 2019/267 m.nt. S.R. Bakker.

212 De benadering is eerder gehanteerd in HR 9 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2776, NJ 2002/76 m.nt. J. de Hullu.

213 Vgl. Mevis 2019, p. 516-517.

4.3.1.2 *Wetenschap*²¹⁴

Ook in de bijzondere context van de wetenschap leeft de idee dat vanwege de vervulling van de nobele taak in diverse gevallen geen plaats moet zijn voor strafrechtelijk optreden. De wetenschap is niet geheel gelijk te stellen met de kunst al wordt het wel vaak in één adem genoemd met de kunst.²¹⁵ De maatschappelijke verwachtingen en verantwoordelijkheden van de wetenschapper zijn anders ingekleurd dan de maatschappelijke verwachtingen en verantwoordelijkheden van de kunstenaar. Daarom wordt in het navolgende aandacht geschonken aan de bijzondere context van de wetenschap.

Net als bij de bijzondere context van kunst speelt bij de bijzondere context van wetenschap de vrijheid van meningsuiting een belangrijke rol. Daar waar moet worden voorkomen dat wetenschap wordt beschouwd of weggezet als ‘ook maar een mening’, is de vrijheid van meningsuiting wel een positiefrechtelijke ingang om te geraken tot een oordeel dat recht doet aan de situatie en de context. Art. 10 EVRM spreekt bijvoorbeeld zowel over ‘denkbeelden’ als ‘inlichtingen’ en zowel over ‘ontvangen’ als ‘verstrekken’. Art. 7 Gw spreekt over het ‘openbaren’ van ‘gedachten’. In art. 13 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie is het wetenschappelijk onderzoek concreet in de bepaling opgenomen: ‘De kunsten en het wetenschappelijk onderzoek zijn vrij. De academische vrijheid wordt geëerbiedigd.’

De academische vrijheid is daarmee gewaarborgd, maar de vraag rijst in hoeverre gedragingen die meer van die kern afraken, zoals handelingen die worden verricht ter totstandkoming van wetenschappelijke inzichten of experimenten waarbij het maar de vraag is of die een concreet wetenschappelijk doel dienen, nog onder de vrijheid vallen of anderszins gevrijwaard zijn van strafrechtelijk optreden.

Ter beantwoording van die vraag wordt opnieuw een blik geworpen op de eerder onderscheiden grondslagen voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Als gezegd, is er ruimte voor wetenschappers om, indien zij zich moeten verantwoorden voor hun handelingen, een beroep te doen op een toekomstend fundamenteel recht (grondslag op macroniveau). Tevens vervullen wetenschappers in de samenleving een rol die samengaat met verwachtingen omtrent de invulling daarvan. Handelingen die passen in die verwachtingen (neerkomend op het dienen van wetenschappelijke vooruitgang en (daarmee) het algemeen belang) worden als sociaal adequaat

214 Deze context raakt vanzelfsprekend ook de (medische) beroepsuitoefening. Zie hieromtrent specifiek par. 4.3.2.

215 Vgl. Rimmelink 1995, p. 118: ‘Kunst en wetenschap hebben overigens het originele, het scheppende gemeen, en in de Duitse Grondwet, en ook in verdragen waar over kunst gesproken wordt, worden zij deswege in één adem genoemd. (...) Alkema (...) laat in dit verband zelfs de term *exceptio artis et scientiae* vallen.’

aangemerkt en leveren dan ook geen 'onrecht' op (grondslag op mesoniveau). Ten slotte geldt voor verschillende handelingen binnen de context van de wetenschap dat zij pas plaatsvinden in geval van *informed consent*. Zo zal een proefpersoon zelf, op basis van inlichtingen omtrent de uit te voeren handelingen en de bijbehorende risico's uitdrukkelijk toestemming moeten geven voor de experimenten die worden verricht. Deze toestemming kan tevens aan de basis liggen van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid (grondslag op microniveau). Het antwoord op de vraag in hoeverre een gedraging, verricht in of vanwege de bijzondere context van wetenschap kan (of zou moeten kunnen) rekenen op een strafrechtelijke reactie, kan worden gegeven aan de hand van de eerder weergegeven driedeling.

Categorie 1 omvat handelingen die zijn verricht in het kader van wetenschap en die geen strafrechtelijk beschermd rechtsgoed krenken of in gevaar brengen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de handeling niet is onder te brengen in een wettelijke delictomschrijving. Hoe onprettig een gevoelige of confronterende vraag ook kan zijn in het kader van een psychologisch onderzoek, het levert nog geen vervulling van een delictomschrijving op. Tot dezelfde categorie behoort de gedraging die naar de letter valt onder de reikwijdte van een strafbepaling, maar waarbij (vanwege de context) geen rechtsgoed wordt gekrenkt of in gevaar gebracht, althans niet op de wijze zoals deze voor ogen stond bij de wetgever. Een voorbeeld betreft de handeling die is voorbehouden aan de wetenschapper en die past in de rolvervulling en het maatschappelijk verwachtingspatroon. Indien die rolvervulling op juiste wijze plaatsheeft, met inachtneming van de hiervoor geldende regels, is er sprake van sociaal adequaat handelen, hetgeen buiten de kring valt van degenen tot wie de norm zich richt.²¹⁶ Hierbij komen overigens grondslagen op verschillende niveaus bij elkaar: de vaststelling dat sprake is van sociaal adequaat handelen (meso-niveau) wordt mede ingegeven door wettelijke plichten of bevoegdheden (macro-niveau) en in diverse gevallen door de toestemming (micro-niveau). Immers: een medisch-experimenteel onderzoek hangt samen met wettelijke regelingen aangaande kwaliteit van onderzoek en de bevoegdheidsuitoefening van de wetenschapper, alsmede – daar waar bijvoorbeeld patiënten bij betrokken zijn – de *informed consent*. Men denke hierbij opnieuw aan de criteria van Vermunt.²¹⁷ Ook ten aanzien van wetenschappers geldt binnen de samenleving een verhoogde mate van maatschappelijke acceptatie met betrekking tot bepaalde gedragstypen; wetenschappelijk verantwoorde handelingen behoren tot die gedragstypen en als de handeling door de wetenschapper is verricht uit hoofde van of in het kader van de wetenschap, is de betreffende handeling sociaal adequaat. Deze conclusie leidt tot de slotsom dat

216 Van Veenendaal 1993, p. 110-111.

217 Vermunt 1984b, p. 718.

van een normoverschrijding of van 'onrecht' geen sprake kan zijn, hetgeen ook meebrengt dat inzet van het strafrecht als bestraffend instrument ofwel strafrechtelijke aansprakelijkheid niet aangewezen is.

Categorie 2 omvat handelingen die zijn verricht in het kader van wetenschap en die een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed krenken of in gevaar brengen (en wel op de wijze die de wetgever voor ogen stond). Echter: in het algemeen zullen de handelingen van de wetenschapper als sociaal adequaat worden aangemerkt 'zodat men aan nadere toetsing niet toekomt'.²¹⁸ Een situatie waarin sociaal inadequaat is gehandeld, maar waarbij een rechtsgoedkrenking of -gevaarzetting wel vanwege de context van wetenschap wordt gerechtvaardigd, laat zich niet makkelijk voorstellen. Eventueel zou hier kunnen worden gedacht aan de situatie waarbij weliswaar strafwaardig is gehandeld, maar waarbij een gegeven toestemming of een beroep op een geschreven strafuitsluitingsgrond, zoals overmacht in de zin van noodtoestand of het wettelijk voorschrift, wordt ingevuld met argumenten die raken aan de bijzondere context van wetenschap. Als bijvoorbeeld overeenkomstig een toekomstend recht (een grondslag op macro-niveau), bijvoorbeeld op basis van de Wet op de Dierproeven, het Dierproevenbesluit en de Dierproevenregeling, zebravisjes (met voor hen dodelijke afloop) worden gebruikt bij onderzoek naar medicijnen, levert dit – bij aanwezigheid van alternatieven – wel een krenking op van het strafrechtelijk beschermde rechtsgoed het leven en de gezondheid van het dier, maar deze krenking dient een hoger doel, hetgeen de handeling rechtvaardigt. Dat handelen ter uitvoering van een toekomstend recht komt neer op een belangenafweging, waarbij enerzijds de belangen van bijvoorbeeld het proefdier wordt afgewogen tegen de belangen van de wetenschap. De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, bijvoorbeeld blijkend uit art. 1d van de Wet op de Dierproeven, vormen een noodzakelijke factor bij de invulling van een dergelijke belangenafweging. Echter zij opnieuw benadrukt: in het gros van de gevallen zal er sprake zijn van sociaal adequaat handelen, waardoor het realiseren van het tweede scenario in deze tweede categorie niet snel zal plaatsvinden.

Categorie 3 omvat handelingen die feitelijk (nog) kunnen worden gekoppeld aan het bedrijven van wetenschap, maar materieel daar weinig (meer) mee van doen hebben en een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed krenken. Iemand die onder valse of vage voorwendselen een grote hoeveelheid kinderpornografisch beeldmateriaal verzamelt onder de noemer van 'wetenschappelijk onderzoek', kan niet rekenen op uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid.²¹⁹ En wanneer in strijd met de menselijke waardigheid bijvoorbeeld slachtoffers van volkerenmoord worden 'gebruikt' of 'misbruikt' voor wetenschappelijk onderzoek, is dat handelen uiteraard

218 Van Veenendaal 1993, p. 164.

219 Zie bijvoorbeeld HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8215, NJ 2010/678 en Rb. Arnhem 29 april 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT4918.

strafwaardig en strafbaar. In het kader van de experimenten die werden uitgevoerd op mensen in de Tweede Wereldoorlog verwoordt Van Bemmelen het treffend: 'Helaas zijn toen in de oorlog allerlei experimenten met gevangenen verricht, waarbij mensen werden blootgesteld aan sterke luchtverduunningen, afkoelingen, onthouding van drinkwater, vlektyphusinfectie, geelzucht, wondinfecties. Dat deze ongeoorloofd waren en door ieder behoorlijke arts voor misdadig gehouden worden, behoeft geen betoog.'²²⁰

4.3.2 (Medische) beroepsuitoefening

Met betrekking tot de beroepsuitoefening is hiervoor reeds opgemerkt dat verschillende factoren ten grondslag liggen aan de notie dat degene die een bepaald beroep uitoefent in sommige gevallen strafrechtelijk vrijuit dient te gaan. Op elk van de drie uiteengezette niveaus is een grondslag aan te wijzen. Ten eerste is op het niveau van de rechtsorde te concluderen dat degene die een beroep uitoefent veelal moet voldoen aan een plicht die hem (wettelijk) is opgelegd dan wel gebruik maakt van een wettelijke bevoegdheid. Ten tweede heeft degene die een beroep uitoefent een bijzondere rol met daarbij behorende gewoonten en verwachtingen in de sociale context. Ten derde speelt bij diverse beroepen dat de toestemming en/of een bijzondere relatie (bij de medische beroepsuitoefening: de arts-patiëntrelatie) maken dat de handelingen, verricht in het kader van de beroepsuitoefening, geen strafrechtelijke reactie verlangen.

In het kader van de (medische) beroepsuitoefening doen zich verschillende (categorieën) gedragingen voor, variërend van lichte ingrepen tot onnodige en ongewenste overschrijding van beroepsnormen met ernstige gevolgen. De vraag in hoeverre het strafrecht een rol dient te spelen in deze context is te beantwoorden door een koppeling van de hiervoor genoemde grondslagen te maken met de verschillende scenario's betreffende het achterliggende rechtsgoed. Dit resulteert in het volgende onderscheid.

Categorie 1 wordt gevormd door gedragingen, bijvoorbeeld verricht in het kader van de medische beroepsuitoefening, die voor de patiënt niet wenselijk zijn in de bijzondere context, maar die geen strafrechtelijke reactie verlangen. Dit zijn gedragingen die niet een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed in gevaar brengen of krenken. Als voorbeeld kan dienen een gedraging waarop geen strafrechtelijke norm van toepassing is: het als onprettig ervaren van de gangbare kniepeesreflexetest is niet onder een wettelijke delictsomschrijving te brengen. In deze zelfde categorie vallen ook de gedragingen die weliswaar naar de letter van de wet onder de strafbepaling kunnen vallen, maar die niet het met die betreffende bepaling beschermde rechtsgoed in gevaar brengen of krenken op de wijze die de wetgever voor ogen stond. De strafwet is niet geschreven voor de gedragingen van de arts die medisch geïndiceerd behandelt, volgens de regelen

220 Van Bemmelen 1950, p. 55.

der kunst en met toestemming van de patiënt. Het 'typische' of de essentie (*dem Wesen nach*) van de strafbepaling wordt tevens niet geraakt:

'een medische ingreep volgens de regelen der medische wetenschap uitgevoerd [zal] niet gerechtvaardigd (...) behoeven te worden. Deze beoogt immers juist dat rechtsgoed te dienen, dat ook door de betreffende strafbepaling wordt geprotecteerd. Er is hier geen sprake van de afweging van het ene rechtsgoed tegen het andere rechtsgoed (...). De vraag rijst niet of de schending van het ene rechtsgoed zwaarder moet wegen dan de schending van een ander, maar veeleer of de geneeskundige ingreep wel gezegd kan worden die typische schending van het rechtsgoed op te leveren die als pijler van de strafbepaling is de beschouwen.'²²¹

De door de tandarts juist uitgevoerde wortelkanaalbehandeling, verricht als gevolg van een juiste diagnose en met toestemming van de patiënt is weliswaar pijnlijk, maar levert dus geen strafbaar feit op:

'Ook de tandarts die (...) met de psychiater gemeen heeft dat hij vaak zeer diep boort, doet willens en wetens patiënten pijn. Dit laatste beschouwt men (met uitzondering van zijn patiënten) niet als mishandeling (art. 300 Sr). Ook zijn handelen rekent men tot de *actus medicinales*.'²²²

De gedraging is een uitvloeisel van zijn (wettelijke) plicht om patiënten te behandelen (macro-niveau), van zijn maatschappelijk rol en de bijbehorende verwachtingen (meso-niveau), alsmede van de *informed consent* (micro-niveau) en is niet strafrechtelijk relevant nu het samenstel van de grondslagen maakt dat geen sprake kan zijn van het in gevaar brengen of krenken van het achterliggende rechtsgoed, zoals voorgesteld door de wetgever. In dit geval is er geen sprake van onrecht. 'Daarmede komt men aan de vraag naar de wederrechtelijkheid, als voorwaarde voor strafbaarheid, en eventuele rechtvaardigingsgronden, niet toe.'²²³ Of in de woorden van Enschedé:

'Wie, getoetst aan een door het recht aanvaard normstelsel, normaal zijn plicht doet blijft buiten bereik van het strafrecht. Omdat men in zo'n geval zelfs aan toetsing van het gedrag aan een delictsomschrijving niet toekomt, bestaat er ook aan een rechtvaardigingsgrond geen behoefte.'²²⁴ Men heeft het arrest onder invloed van het strafprocesrecht – dat slechts spreekt van strafuitsluitingsgron-

221 Machielse 1979, p. 39.

222 Rimmelink 2003, p. 491-492. In par. 5.2.4.2 wordt ingegaan op de jurisprudentie aangaande de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond als onderdeel van de betekenis 'mishandeling', alsmede op de invloed die de notie heeft op de systematische verwerking van de medische exceptie.

223 Van Veenendaal 1993, p. 111.

224 Enschedé nuanceert zijn woorden overigens direct: 'Bij nadere overweging is deze volzin onhoudbaar. De rechter, in de zaak gemengd, zal op het verweer van de verdachte hoe dan ook het telastegelegde gedrag in het licht van de delictsomschrijving moeten toetsen en nagaan of in het gegeven geval de onrechtmatigheid blijkt te ontbreken.' Enschedé 1985b, p. 32.

den nadat de delictsomschrijving is vervuld – verkeerd gelezen. (...) De arts die handelt binnen de grenzen van het medisch normstelsel waarvan hij deel uitmaakt, is buiten bereik van de strafwet.²²⁵

Categorie 2 omvat gedragingen die een krenking of gevaarzetting van een rechtsgoed teweegbrengen, maar die mogelijk, als resultaat van een belangenafweging, straffeloos kunnen blijven, omdat de krenking of gevaarzetting gerechtvaardigd heeft mogen plaatsvinden. Op basis van het voorgaande laat het in paragraaf 4.2.2.2 beschreven tweede scenario zich moeilijk voorstellen in het kader van de medische beroepsuitoefening. In het theoretische geval zou kunnen worden gedacht aan de arts die naar beste weten handelt, maar toch (bijvoorbeeld bij vergissing die niet wordt gedekt door medische behandelvoorschriften), naar achteraf blijkt, onjuist handelt (wat zal moeten blijken uit de feitelijke omschrijving van het gebeurde in de tenlastelegging). De arts kan in dat geval menen niet anders te hebben kunnen doen dan hij deed; hem zal een beroep op een rechtvaardigingsgrond resteren, waarbij hij zich niettemin ook zal beroepen op zijn professie als arts.²²⁶ Een dergelijke handeling valt wellicht buiten het verwachtingspatroon behorend bij deze context, waardoor de leer van de sociale adequatie minder waarde zou krijgen in het betreffende geval. Wanneer de arts wel heeft gehandeld op grond van zijn (wettelijke plicht) tot handelen – niet handelen had erger uitgekapt – maar in de uitvoering enkele steken heeft laten vallen, waarbij valt te denken aan handelen zonder uitdrukkelijke *informed consent* of het niet volledig volgens het van toepassing zijnde protocol handelen, kan hij zich nog mogelijk succesvol beroepen op een geschreven strafuitsluitingsgrond (bijvoorbeeld overmacht in de zin van noodtoestand) die wordt ingevuld door de eisen behorend bij de medische professie. Niettemin gelden wel onverkort de algemene regulerende beginselen, waaronder de *Garantenstellung*. Deze brengt mee dat vanwege de rol of functie bijzondere (hogere) eisen worden gesteld aan het handelen.

Verder kan bij deze categorie worden gedacht aan andersoortig beroepsmatig handelen waarbij rechtvaardiging blijkt uit het maken van een goede ofwel optimale keuze in een afweging tussen verschillende belangen. Deze gevallen kunnen ook zien op een invulling van geschreven algemene of bijzondere excepties. Zo ziet Enschedé aanleiding om het beroepsrecht als relevante factor te verwerken bij de beoordeling van geschreven strafuitsluitingsgronden die zeer nauw samenhangen met de uitoefening van het beroep. De opticien uit het welbekende opticienarrest,²²⁷ die na sluitingstijd in strijd met art. 9 van de Amsterdamse Verordening op de Winkelsluiting zijn diensten verleende, handelde uit overmacht, maar die overmacht werd volgens Enschedé ingevuld door het beroepsrecht van de opticien.²²⁸

225 Enschedé 1985b, p. 32.

226 Kelk & De Jong 2019, p. 198-199.

227 HR 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243, NJ 1923, p. 1329.

228 Enschedé 1986, p. 745-747.

Een duidelijker voorbeeld in dit kader betreft de klassieke situatie waarin de deurwaarder ter uitvoering van een rechterlijk vonnis een woning ontruimde en daarbij goederen op straat zette.²²⁹ De deurwaarder, die zich schuldig maakte aan het overtreden van een APV-bepaling, waarin het zonder vergunning op de openbare weg plaatsen van goederen strafbaar was gesteld, kon een succesvol beroep doen op art. 42 Sr en het deurwaardersreglement.

Categorie 3 omvat gedragingen die weliswaar door de beroepsuitoefenaar wordt verricht, maar die de koppeling met de bijzondere context verliest. De rechtvaardiging vanwege de bijzondere context vervalt bij flagrante overtreding van de beroepsregels, waarbij valt te denken aan het uit tandheelkundig oogpunt onnodig boren en vullen van gebitselementen door een tandarts²³⁰ of het als cosmetisch arts uitvoeren van borstvergrotingen zonder te handelen conform de verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard, waarbij aldus niet wordt gehandeld als goed hulpverlener conform art. 7:453 BW.²³¹ Ook de ontucht in een behandelrelatie valt buiten de rechtvaardigende werking van het beroepsrecht.²³²

4.3.3 Sport en spel

Ook de sport- en spelsituatie is een door bijzondere normen afgebakende context die zich laat kenmerken door een samenstel van factoren die maken dat in sommige gevallen geen strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden aangenomen. Toetreding tot de context impliceert toe-/instemming met gedragingen die zijn te verwachten binnen de context. Die toetreding blijkt feitelijk uit het meedoen aan de sport of het spel: binnen de lijnen van het voetbalveld staan, in de boksring stappen etc. Bovendien wordt die toe-/instemming in veel gevallen geconcretiseerd door lidmaatschap van een vereniging, het invullen van een deelnameformulier etc. Naast de grondslag van zelfbeschikking (op microniveau) zijn ook de 'cultuurnormen', gewoonten en maatschappelijke verwachtingen (op mesoniveau) binnen de bijzondere context van toepassing. Indachtig de leer van de sociale adequatie wordt een gedraging binnen de bijzondere context anders beoordeeld dan diezelfde gedraging buiten de context, ingegeven door het feit dat binnen de bijzondere context de omgangsnormen (legitiem) anders zijn.

229 HR 30 januari 1928, *NJ* 1928, p. 215.

230 Rb. Breda 10 december 1987, ECLI:NL:RBBRE:1987:AC1752, *NJ* 1988/714; De Hullu 2021, p. 348.

231 Hof Den Haag 30 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382, *GJ* 2018/27 m.nt. T.M. Schalken.

232 Hof Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5669, *TvGR* 2019/2 m.nt. L. Postma.

‘Een simpel voorbeeld ter verduidelijking: wanneer een voetballer in het kader van een “correct uitgevoerde sliding” het scheenbeen van zijn tegenstander raakt, wordt in deze handelwijze geen “mishandeling als strafbaar gesteld in art. 300 WvSr” gezien (aangenomen dat laatstgenoemde hiervan enige pijn ondervindt). Zou men een toevallige passant in het Vondelpark op gelijke wijze bejegenen, dan ligt de zaak strafrechtelijk gezien enigszins anders.’²³³

Deze notie kan ook dienen ter invulling van de criteria van Vermunt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van sociaal adequaat handelen: ten aanzien van de groep sportbeoefenaars geldt binnen de samenleving waarvan de sportbeoefenaar deel uitmaakt een verhoogde mate van maatschappelijke acceptatie met betrekking tot bepaalde gedragstypen; de handeling (zoals de *sliding tackle*) behoort *in concreto* tot zo’n gedragstype; indien de handeling is verricht uit hoofde van of in het kader van zijn participatie aan die groep, is sprake van een gedraging die niet een mishandeling oplevert als bedoeld in het naar de letter correlerende wetsartikel.²³⁴

In het kader van de sportbeoefening leidt het feit dat de gedraging is verricht in die bijzondere context tot het oordeel dat sprake is van een maatschappelijk geaccepteerde gedraging die in aanmerking komt voor scharring onder het geheel aan sociaal adequate handelingen. Denkbaar is ook dat er wordt gehandeld overeenkomstig de normen van een groep, maar waarbij in mindere mate of geen sprake is van een (rechtens of maatschappelijk) geaccepteerd gedrag.²³⁵ In dat geval is er onder omstandigheden ruimte voor rechtvaardiging van een krenking of gevaarstelling van een achterliggend rechtsgoed. De toestemming kan bijvoorbeeld onder omstandigheden in de sport- en spelsituatie worden ingeroepen als grondslag voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid (op micro-niveau), welke zou kunnen leiden tot rechtvaardiging.²³⁶ Dit hangt samen met de vrijwilligheid waarmee men zich aan de sport- en spelsituatie onderwerpt, waarbij risico’s nu eenmaal nimmer zijn uit te sluiten.²³⁷ Let wel: ‘Die toestemming zal echter alleen tot straffeloosheid kunnen leiden, als de handeling niet te zeer in strijd is met datgene wat bij een dergelijke tak van sport geoorloofd wordt geacht.’²³⁸

233 Vermunt 1984b, p. 717.

234 Vermunt 1984b, p. 718. Ten Voorde plaatst de sport- en spelexceptie eveneens in de sleutel van de sociale adequatie: Ten Voorde 2007, p. 177 en p. 184.

235 Vgl. Enschedé 1984, p. 134-135.

236 Bakker 2017a.

237 Bakker 2017a, p. 180. In par. 4.2.1.3.1 is reeds geduïd dat het bij de sport- en spelsituatie gaat om een toestemming van het slachtoffer, die reeds blijkt uit een toetreden tot de betreffende bijzondere context. Die toetreding leidt tot acceptatie van abstracte, nog onbepaalde gedragingen die (kunnen) plaatsvinden binnen die betreffende context.

238 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 227.

In de sport- en spelsituatie doen zich verschillende gedragingen voor, variërend van lichte overtredingen tot niet in de lijn der verwachting liggende acties waarbij bijvoorbeeld zwaar lichamelijk letsel ontstaat. De precieze duiding van strafwaardigheid en strafbaarheid is niet gemakkelijk:

‘Bij het trekken van de grens tussen wederrechtelijk en niet wederrechtelijk gedrag wordt belang gehecht aan de van toepassing zijnde spelregels en aan hetgeen over en weer mag worden verwacht binnen die context, maar het is daarmee niet eenvoudig om precies vast te stellen wanneer (nog) gesproken kan worden van een “ongelukkige samenloop van omstandigheden” of van een ‘zodanige schending van de spelregels of zo gevaarlijk handelen dat van ontbreken van wederrechtelijkheid geen sprake meer kan zijn’.²³⁹

Binnen dat spectrum is de rol van het strafrecht aan differentiatie onderhevig, welke aan de hand van de eerder genoemde categorieën worden onderscheiden.

Ten eerste zijn er de gedragingen die niet wenselijk zijn in de sport, maar die geen strafrechtelijke reactie vereisen. Dit betreffen feiten die geen krenking of gevaarstelling van een rechtsgoed opleveren. Zo kan het zijn dat geen strafrechtelijke norm van toepassing is, omdat de gedraging niet is omschreven in de strafwet: een opzettelijke *handsbal* in het voetbal en een valse start bij bijvoorbeeld hardlopen, zwemmen of schaatsen leveren (uiteraard) geen strafbaar feit op. Binnen de categorie feiten die geen krenking of gevaarstelling van een rechtsgoed opleveren vallen ook de gedragingen die naar de letter van een strafbepaling wel een delict zouden kunnen opleveren, maar die niet als een gedraging ‘als bedoeld in’ de betreffende delictsommschrijving kunnen worden aangemerkt. De sociaal adequate gedraging beantwoordt niet aan de door de wetgever fragmentarisch omschreven wijze van krenking of gevaarstelling van het achterliggende rechtsgoed. De hiervoor geciteerde opmerking aangaande de ‘correct uitgevoerde sliding’ van Vermunt is illustratief. Ook zal de uiting ‘Ik schiet je dood’ in de context van een paintball-spel geen bedreiging opleveren.²⁴⁰

In het kader van sport en spel wordt in de literatuur overigens ook de link gelegd met schennis van de eerbaarheid (art. 239, bijvoorbeeld het tweede lid, Sr) nu speler(tje)s na het sporten naakt onder de douche staan.²⁴¹

239 Bakker 2020, p. 227-228. Zie nader: Machielse 2019, p. 304-305. Vgl. De Doelder & Van Dorst 1977, p. 165.

240 Voorbeeld ontleend aan de conclusie (onderdeel 9) van AG Vegter, PHR 14 november 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1409 (bij het arrest HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:24, NJ 2018/63)

241 Schalken 1972, p. 120; Noyon/Langemeijer/Remmelink, art. 239 Sr, aant. 6. Dergelijke gedragingen zouden eventueel (ook) kunnen worden besproken in het kader van de bijzondere context van ‘sub’-culturele handelingen, tradities en gewoonten.

De exceptie van sport en spel is dan een resultaat van de idee dat dergelijke gedragingen eveneens niet het ‘typische’ van het delict raken en naar de essentie (*dem Wesen nach*) geen strafbaar feit opleveren of, aldus Machielse, van de idee dat niet wordt voldaan aan een negatief bestanddeel van de norm, waardoor geen sprake is van schennis van de eerbaarheid.

Tot categorie 2 behoren de gedragingen die een overtreding van de spelregels opleveren en tevens een krenking of gevaarstelling van een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed teweegbrengen. Een dergelijke actie, zoals een onbesuisde *tackle* die (bij het toetreden tot de context) niet redelijkerwijs te verwachten viel,²⁴² komt mogelijk voor een strafrechtelijke reactie in aanmerking. Slechts in uitzonderingsgevallen zou er ruimte kunnen zijn voor strafuitsluiting. Ten eerste omdat in de regel gedragingen in dergelijke gevallen reeds als sociaal adequate handelingen kunnen worden aangemerkt en ten tweede betreffen dit slechts gevallen waarin een afweging tussen rechtsgoederen zou uitvallen in het voordeel van het belang van zelfbeschikking in het kader van sport en spel ten opzichte van bijvoorbeeld het belang van de lichamelijke integriteit van participanten. De leer van de sociale adequatie raakt hier op de achtergrond: de gedraging valt in mindere mate onder de in de bijzondere context gewone of te verwachten handelingen, waarmee de handeling eerder *wel* als onrecht kan worden aangemerkt. Dat onrecht kan, als gezegd, alleen gerechtvaardigd worden als het belang van sport en spel prevaleert boven andere belangen. Het adagium *volenti non fit iniuria* gaat dan niet (snel) op: het betreft geen licht feit meer en andere rechtsbelangen komen in beeld: het algemeen belang, het voorkomen van een geschokte rechtsorde of gevoelens van afschuw of ontsteltenis in de maatschappij.²⁴³ Hoe flagranter de overtreding, hoe meer die belangen winnen aan gewicht en hoe kleiner de kans is dat een rechtvaardigende sport- en spelexceptie wordt aangenomen.

Categorie 3 omvat gedragingen die weliswaar feitelijk kunnen worden gelinkt aan de situatie – de gedraging vindt plaats binnen de lijnen van het speelveld, in het computerspel etc. – maar materieel buiten de sport- en spelsituatie vallen. In de jurisprudentie worden twee gevallen genoemd waarin de sport- en spelexceptie niet meer van toepassing kan zijn.²⁴⁴

242 Let wel: er zijn betrekkelijk zware overtredingen die nog wel kunnen worden aangemerkt als te verwachten gedragingen bij toetreding tot de context. Zo worden bijvoorbeeld in het voetbal gedragingen verricht die kunnen worden aangemerkt als handelingen met buitensporige inzet of ernstig wangedrag, welke worden bestraft met een (directe) rode kaart. Het feit dat dergelijk gedrag omschreven is in de spelregels en op zowel amateur-niveau als professioneel niveau incidenteel voorkomt, impliceert dat hier ook rekening mee dient te worden gehouden bij toetreding tot de context.

243 Vgl. Bakker 2017a, p. 183.

244 Zie (de noot onder) HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, *NbSr* 2018/319 m.nt. S.R. Bakker & J.P. Cnossen.

In het eerste geval is sprake van een gedraging die evident buiten het spel lijkt te vallen. Zo wordt met een zuiver opzettelijke kopstoot uitgedeeld aan een tegenstander of een vliegende *sliding tackle* zonder aanwezigheid van een bal buiten de context van de voetbalsport getreden. In het tweede geval is sprake van een gedraging die op zichzelf weliswaar binnen de sportuitoefening valt, maar waarmee op flagrante wijze²⁴⁵ de spelregels worden overtreden.²⁴⁶ Zo is met een onbesuisde tackle waardoor de veiligheid van de tegenstander in gevaar wordt gebracht onmiskenbaar sprake van een gevaarstelling of krenking van een rechtsgoed, waarbij voor een geslaagd beroep op de sport- en spelexceptie geen ruimte is.

4.3.4 Opvoeding en tuchtiging

In het kader van de totstandkoming van de strafbepaling aangaande mishandeling is, als gezegd, met niet mis te verstane woorden door de Commissie van Rapporteurs uit de Tweede Kamer uiteengezet dat de opvoedende tik buiten het bereik van de bepaling dient te vallen: 'Die opzettelijk aan een ander lichamelijke leed toebrengt is volstrekt niet altijd strafwaardig. Men denke aan (...) de *castigatio paterna*. Het misdrijf behoort zóó uitgedrukt te worden, dat deze en dergelijke gevallen er niet in begrepen zijn.'²⁴⁷ Het is echter onjuist om te zeggen dat opvoeden het recht tot het begaan van strafbare feiten impliceert: 'Het maakt alleen dat handelingen, die door anderen gedaan strafbare feiten zouden zijn, voor opvoeders oirbare mogen heten. Overschrijding van het toelaatbare doet hen echter weer onder de greep van het strafrecht vallen.'²⁴⁸

Naast het feit dat ouders een (wettelijke²⁴⁹) opvoedkundige taak met bijbehorende rechten en plichten hebben (zijnde een grondslag op macroniveau),²⁵⁰ speelt in de bijzondere context van opvoeding en tuchtiging ook de bijzondere relatie tussen opvoeder en kind (zijnde een grondslag op microniveau) en de sociale adequatie (zijnde een grondslag op mesoniveau). Het vervullen van de opvoedkundige taak hangt samen met

245 Een minder ernstige schending van de spelregels hoeft niet in de weg te staan aan de (rechtvaardigende) werking van de sport- en spelexceptie: 'In een spelcontext begaan gedrag dat daarbuiten niet aanvaardbaar zou zijn kan dat op grond van die spelcontext wel zijn, zelfs indien bij dat gedrag spelregels worden overtreden. Indien bijvoorbeeld een voetballer een medespeler pijn doet bij het maken van een doelpunt terwijl hij buitenspel staat is dat laatste voor de vraag of zijn gedraging een mishandeling oplevert niet beslissend.' Zie onderdeel 10 van de noot van Keijzer onder HR 12 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9252, NJ 2012/536.

246 HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, NJ 2008/375 m.nt. N. Keijzer.

247 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 475.

248 Hazewinkel-Suringa 1953, p. 201.

249 Zie art. 1:245 en 1:247 BW. Zie voorts par. 3.5.1.

250 Zevenbergen meent dat het tuchtigingsrecht indirect voortvloeit uit de plicht tot opvoeding, Zevenbergen 1924, p. 128.

gewoonten en verwachtingen passend bij die rolvervulling. Die gewoonten en verwachtingen zijn echter aan veranderingen onderhevig. De corrigerende tik is in de loop der tijd steeds meer als ongeoorloofd beschouwd.²⁵¹ Dat is van invloed op de kwestie hoe een verweer dienaangaande moet worden opgevat. Daar waar de corrigerende tik eerst door de wetgever buiten het bereik van de strafbepaling is gehouden, is het slaan van kinderen, zelfs in opvoedkundige zin, vandaag de dag eerder te beschouwen als onrecht – het argument dat sociaal adequaat is gehandeld gaat (vaak) niet meer op. Het is (in civiele zin) handelen in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid en de wettelijke plicht van art. 1:247, tweede lid, BW. Op basis van het voorgaande is tot een volgende driedeling van categorieën te komen.

Categorie 1 omvat gedragingen die weliswaar door het slachtoffer (veelal: het kind) als onprettig of onwenselijk worden ervaren, maar die geen gevaar voor of krenking van een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed meebrengen. Dit kan ten eerste het geval zijn indien een gedraging niet als zodanig strafbaar is gesteld, zoals het streng toespreken. Tot dezelfde categorie behoren gedragingen die op het eerste gezicht een gevaarstelling of krenking van een rechtsgoed teweegbrengt, maar die buiten het bereik van de strafbepaling vallen. Zo wordt bijvoorbeeld de kern van het delict niet geraakt (*Typizität*-benadering) of heeft de wetgever een dergelijke gedraging niet onder het bereik van de bepaling willen brengen (wetshistorische benadering). Als gezegd heeft de wetgever de *castigatio paterna* niet onder de mishandelingsbepaling willen scharen. In die benadering kunnen opvoedende tikken net als het medisch beroepsrecht niet als mishandeling worden gekwalificeerd: ‘Op dezelfde wijze leidt ook het tuchtrecht van ouders (...) er toe, dat zij, op verstandige en humane wijze gebruik makende van hun recht, niet onder art. 300 vallen. Hun oogmerk is wel degelijk lichamelijk letsel toebrengen, maar het tuchtrecht ontnemt er het onrechtmatige aan.’²⁵² Een voorbeeld uit de jurisprudentie betreft de zaak die speelde bij de Rechtbank Arnhem²⁵³ waarbij aan een opzichter van een weesinrichting mishandeling van een negenjarige jongen was ten laste gelegd, ‘door, terwijl hij hem door vier andere jongens aan armen en beenen liet opbeuren en vasthouden, hem opzettelijk met een stok ettelijke slagen op het achterste toe te dienen.’ De rechtbank ontsloeg de verdachte van alle rechtsvervolging, waarbij werd overwogen dat:

251 Zie par. 4.2.1.2.1: ‘Ontwikkelingen in de pedagogische wetenschappen, maatschappelijke discussies omtrent nut en noodzaak van corrigerende tikken en het zich (meer) doen laten gelden van de rechten van het kind hebben ertoe geleid dat vandaag de dag de proportionaliteit van handelen anders wordt ingevuld en dat de corrigerende tik veelal wel valt onder mishandeling, zeker wanneer die is uitgedeeld door anderen dan ouders/voogden.’

252 Van Loon 1910, p. 144

253 Rb. Arnhem 20 februari 1894, W. 6503.

‘het der Rechtbank onder die omstandigheden voorkomt – zonder daarbij eenig oordeel uit te spreken over het al dan niet wenschelijke eener dergelijke bestrafing, wat niet op haren weg ligt – dat men hier te doen heeft met handelingen, die als kastijding bedoeld, geenszins de daaraan te stellen grenzen hebben overschreden, en dus inderdaad slechts eene kastijding zijn geweest, niet vallende onder het bereik van art. 300 Strafrecht.’

Een opvoedende tik werd lange tijd als sociaal adequaat aangemerkt en werd niet gezien als handeling die onrecht oplevert. Zo ook (de reeds in paragraaf 3.5.2 aangehaalde) Van Bemmelen:

‘Ook hier zou men met het begrip “Tatbestandmässigkeit” kunnen werken: de handeling van ouder of onderwijzer beantwoordt niet aan de delictsomschrijving “mishandeling”, voor zover zij zich binnen redelijke grenzen houdt. Gaat men die grenzen te buiten, dan blijkt, dat het doel niet alleen opvoeding, maar ook mishandeling was’.²⁵⁴

Een verschuiving in het denken over nut en noodzaak van de opvoedende tik heeft meegebracht dat het slaan van kinderen, hoe opvoedend ingestoken ook, in strijd is met de (burgerlijke) wet en de maatschappelijke betamelijkheid. De strafwetgever was overigens geen voorstander van volledige afschaffing van het ouderlijk tuchtigingsrecht en heeft daarbij opgemerkt dat hij zich ‘omstandigheden [kan] voorstellen waarbij het in het algemeen als gerechtvaardigd aanvaard wordt dat ouders hun kind over een (begrensde) bevoegdheid tot het kastijden van hun kinderen.’²⁵⁵

Gerechtvaardigde kastijding, die onder categorie 2 zou worden geplaatst, laat zich in eerste instantie moeilijk voorstellen, vanwege de expliciete uitsluiting van de *castigatio paterna* door de wetgever in het kader van mishandeling. De wetgever heeft een basis gelegd voor niet-kwalificatie van het feit: wanneer de grenzen van het toelaatbare/geoorloofde niet worden overschreden kan de handeling geen mishandeling heten en wanneer de grenzen van het toelaatbare worden overschreden is er sprake van mishandeling. De driedeling aan het begin van deze paragraaf gaat, als de opvatting van de wetgever wordt gevolgd met betrekking tot de mishandelingsbepaling, niet op: een gedraging is óf mishandeling óf niet. Echter: als men afstapt van de opvatting van de wetgever van zo’n 140 jaar geleden, en de niet-onrechtmatigheid in twijfel wordt getrokken door wijzigingen in de moraal,²⁵⁶ lijkt de ruimte voor een gerechtvaardigde krenking of gevaarzetting van het achterliggende rechtsgoed bij mishandeling wel aanwezig. In dat geval levert de corrigerende tik, in afwijking van de verouderde opvatting van de wetgever, een krenking of gevaarzetting van een rechtsgoed op ‘als bedoeld in’ de mishandelingsbepaling en zou de ruimte die

254 Van Bemmelen & Van Hattum 1954, p. 227.

255 *Kamerstukken II* 1993/94, 23012, nr. 5, p. 7.

256 Bakker 2020, p. 228.

er is voor straffeloosheid in dit kader,²⁵⁷ kunnen worden ingevuld door argumenten die samenhangen met de context van opvoeding en tuchtiging.

Een ander geval waarbij sprake kan zijn van een rechtsgoedkrenking (die dus niet bij voorbaat is uitgesloten door de wetgever) die gerechtvaardigd wordt, kan wellicht worden voorgesteld in de situatie waarin sprake is van een ander strafbaar feit dan mishandeling. Daarbij zal de opvoeder aannemelijk moeten maken dat hij zo mocht handelen om een hoger belang te dienen. In feite vindt dit plaats bij het opleggen van huisarrest, hetgeen (zonder de toevoeging wederrechtelijk) een strafbaar feit zou opleveren, te weten vrijheidsberoving (art. 282 Sr), gijzeling (282a Sr) of dwang (art. 284 Sr). In het kader van het opleggen van huisarrest of door bedreiging met 'enige andere feitelijkheid' dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden (zoals op tijd thuis zijn; niet te laat komen) rijst de vraag of het strafrecht een rol dient te spelen wanneer de ouders dergelijke handelingen verrichten. In het algemeen (ook al ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht)²⁵⁸ wordt aangenomen dat het bestanddeel wederrechtelijk in beide delictsomschrijvingen ter zake niet wordt vervuld. Door de aanwezigheid van het vereiste van wederrechtelijkheid in de genoemde bepalingen, wordt deze belangenafweging van strafuitsluitingskwestie echter gepromoveerd tot bewijsuitsluitingskwestie.

Verder is niet uit te sluiten dat een geschreven strafuitsluitingsgrond wordt ingevuld door het recht van de opvoeder om te corrigeren. Zo zou een kind dat zijn handen dreigt te branden aan een heet voorwerp op fysieke wijze kunnen worden gecorrigeerd, waarbij de opvoeder een beroep doet op de strafuitsluitingsgrond overmacht.

Categorie 3 omvat gedragingen waarbij een koppeling met de bijzondere context – er is bijvoorbeeld sprake van een opvoeder-kind-relatie – aanwezig is, maar die materieel niet (meer) tot de bijzondere context behoren. Hierbij valt te denken aan de buitenproportionele mishandelingen die niet (meer) zijn ingegeven door opvoedkundige ideeën of aan misbruik van context/recht, zoals het onder de noemer van opvoeding strafbare feiten plegen. Een voorbeeld van een strafbare handeling, is de zaak die draaide om een vader die zijn vijftienjarige dochter weg wilde hebben van een groep jongeren in een winkelcentrum. Omdat de dochter niet mee wilde en niet gediend was van het stevig vastpakken door haar vader, gaf ze hem een klap, waarop de vader haar dochter een corrigerende tik, met vlakke hand in het gezicht, gaf. De Hoge Raad liet het oordeel in stand dat van een uit opvoedkundig oogpunt gezien verantwoorde tik geen sprake was.²⁵⁹

257 Zie opnieuw *Kamerstukken II* 1993/94, 23012, nr. 5, p. 7.

258 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 443: 'Er laat zich een dwang denken, die, al kan men zich niet op eenig in dit Wetboek erkend fait justificatif beroepen, toch niet wederrechtelijk is. Bijv. als een vader zijn minderjarig kind met geweld het bezoeken van sommige plaatsen belet. Die vader handelt niet wederrechtelijk en toch niet ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.'

259 HR 4 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU1657, NJ 2007/192; zie ook: Kelk & De Jong 2019, p. 197-198.

Een ander voorbeeld is de zaak waarbij een kind het tijdens een heftige ruzie tussen vader en moeder het voor de moeder opnam en tussenbeide kwam.²⁶⁰ De vader sloeg zijn dochter tegen het gezicht en beriep zich voor de rechter op het ouderlijk tuchtigingsrecht. Voor de rechter stond vast dat de vader zijn dochter alleen maar heeft geslagen om te verhinderen dat zij haar moeder zou beschermen. Om met de woorden van AG Van Dorst te spreken: 'Het slaan van kinderen die voor hun moeder opkomen, heeft niets met opvoeding te maken.'²⁶¹

Een voorbeeld waarbij de context van opvoeding werd 'misbruikt' om strafbare feiten te plegen betrof de zaak waarbij een vader onder de noemer 'seksuele voorlichting' strafbaar handelde. Hij heeft zich schuldig gemaakt aan het plegen van handelingen die (mede) bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam met iemand beneden de leeftijd van twaalf jaren, alsmede aan het feitelijk aanranden van de eerbaarheid (art. 244 Sr). De rechtbank oordeelde:

'Verdachte heeft betoogd dat zijn handelingen plaatsvonden in het kader van het geven van seksuele voorlichting. De rechtbank is van oordeel dat de handelingen die verdachte heeft verricht niets te maken hebben noch kunnen hebben met het geven van seksuele voorlichting. Verdachte wist van het strafwaardige van zijn handelen. Bij de politie heeft verdachte verklaard dat hij tegen zijn dochter heeft gezegd: "als dat iemand te weten zou komen, ..., dan ga ik de gevangenis in".'²⁶²

4.3.5 Verzetsrecht

Met het verzetsrecht wordt in het navolgende bedoeld het recht van de burgerij om tijdens bezetting door een vijandelijke macht daden van verzet te plegen ten behoeve van de legitieme overheid. Krachtens het oorlogsrecht is het de bezettende macht die *de facto* het gezag uitoefent over het bezette gebied; *de jure* blijft het gezag van de regering van de verdrongen krijgsmacht bestaan.²⁶³ De bijzondere context van verzet kenmerkt zich dan ook door een buitengewone situatie waarbij er van een rechtsplicht van individuele burgers tot het gehoorzamen van de bezettende macht geen sprake is,²⁶⁴ terwijl de bezetter die burgers wel voor daden van verzet kan

260 HR 10 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0218.

261 Conclusie van AG Van Dorst, PHR 21 mei 1995, ECLI:NL:PHR:1995:2 bij HR 10 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0218.

262 Rb. Limburg 18 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:1424.

263 Remmelink 1985, p. 321.

264 Zie de uitspraak van de Bijzondere Raad van Cassatie in de zogenaamde 'Rauter-zaak': BRvC 19 januari 1949, NJ 1949/87 m.nt. B.V.A. Röling: 'dat de Raad hierbij wil vooropstellen, dat, daargelaten de vraag, in hoeverre de bewoners van bezet gebied, met het oog op het risico voor hun eigen landgenoten, dienen na te laten te handelen in strijd met door den vijand gegeven voorschriften, teneinde vergeldingsmaatregelen tegen de overige bevolking te voorkomen, van een rechtsplicht van individuele burgers tot gehoorzaamheid tegenover den vijand geen sprake kan zijn.'

vervolgen. Bij die daden van verzet gaat het om gedragingen die vaderlandslievende belangen dienen ten tijde van bezetting. Bij dergelijke daden is niet altijd een algemene rechtvaardigingsgrond in te roepen:

‘Zo zal men voor noodtoestand toch wel een acute nood met als enige “escape” het betrokken strafbare feit moeten vaststellen. Zo’n situatie zal zich niet altijd voordoen. En voor noodweer zal er een aanranding moeten zijn, dus tenminste een acute bedreiging van de in art. 41 genoemde rechtsgoederen. En is die aanranding wel “wederrechtelijk”?’²⁶⁵

Het verzetsrecht kan daarmee volgens Rummelink worden aangemerkt als een exceptie *sui generis*,²⁶⁶ of in de woorden van Kelk: ‘Het verzetsrecht daarentegen omvat zijn eigen normen die weloverwogen en zonder directe urgentie mogen worden gevolgd.’²⁶⁷ Toch ziet Rummelink voor het verzetsrecht ook een rol weggelegd als een ‘kernlegitimatie’²⁶⁸ om tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te komen, die kan worden benut bij de invulling van geschreven strafuitsluitingsgronden.²⁶⁹

Verschillende grondslagen liggen aan de basis van de idee dat in de bijzondere context van het verzet met betrekking tot bepaalde gedragingen geen sprake moet zijn van strafwaardigheid of strafbaarheid. Die grondslagen kunnen worden gevonden op het niveau van de rechtsorde, zoals een toekomstend recht (macroniveau)²⁷⁰ en (mogelijk ook) op het niveau van de samenleving (mesoniveau).²⁷¹ In samenhang bezien met de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed is tot het volgende onderscheid te komen.

Onder categorie 1 vallen gedragingen die niet een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed in gevaar brengen of krenken, alleen al omdat een strafbepaling ter zake niet aanwezig is. Relevanter in dezen zijn gedragingen die naar de letter van de bepaling wel onder de reikwijdte van de

265 Rummelink 1985, p. 328.

266 Rummelink 1985, p. 331

267 Kelk & De Jong 2019, p. 187. Dat neemt m.i. niet weg dat het verzetsrecht tot uiting kan komen over de band van geschreven strafuitsluitingsgronden. Zie hieromtrent de bespreking van het arrest Hof ‘s-Hertogenbosch 14 juni 1946, *NJ* 1946/510 verderop in deze paragraaf.

268 Rummelink 1985, p. 328.

269 Rummelink 1985, p. 330-331.

270 Zie de opmerking van Rummelink over het recht van verzet: ‘Aangenomen mag immers worden, dat de bevolking van een door een vijandelijke macht bezet land niet de volkenrechtelijke verplichting heeft te gehoorzamen, ja zich tegen dit regiem mag verzetten.’ Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 374.

271 Er kan immers worden volgehouden dat ten aanzien van het verzet binnen de samenleving waarvan het handelend subject deel uitmaakt een verhoogde mate van maatschappelijke acceptatie geldt met betrekking tot bepaalde gedragstypen, dat verzetshandelingen behoren tot zo’n gedragstype en dat de handeling door het handelend subject is verricht uit hoofde van of in het kader van zijn participatie aan die groep. Indien dat laatste niet het geval is, wordt buiten de context van het verzet getreden en is de gedraging te plaatsen in de hierna te bespreken categorie 3.

bepaling vallen, maar die, vanwege de bijzondere context, na normatieve beoordeling door de rechter niet tot strafrechtelijke aansprakelijkheid dienen te leiden, bijvoorbeeld omdat niet het 'typische' of de essentie van het delict wordt geraakt of omdat het achterliggende rechtsgoed met de verzetsdaad juist wordt gediend. Zo kan volgens R Emmelink het verzetsrecht als 'contrariërende norm' worden aangewend om te kunnen concluderen dat 'het betrokken wetsartikel (...) dan op de letterlijk onder de delictsomschrijving vallende handeling niet van toepassing [is].'²⁷² In het kader van het dienst nemen bij de vijand ten tijde van oorlog om daarmee vaderlandslievende belangen te dienen, heeft de Bijzondere Raad van Cassatie aanvaard dat die gedraging haar onrechtmatig karakter verliest als 'de dader zijn indiensttreding bij den vijand aangreep als een niet onredelijk middel ter bereiking van een doel, waardoor het Nederlands belang werd gediend.'²⁷³ Dan zal volgens de Bijzondere Raad van Cassatie wel moeten blijken 'hetzij dat de daad in objectieven zin ter bevordering van evenbedoeld belang heeft gestrekt, hetzij dat de dader te goeder trouw de stellige overtuiging heeft mogen koesteren, dat dit laatste het geval zoude zijn.'²⁷⁴ In deze overweging is een betrekkelijk zuivere redenering conform de eisen van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid *als exceptie* te lezen.²⁷⁵ De constatering dat het Nederlandse belang met de daad niet wordt gekrenkt, maar juist gediend, vormt de grondslag voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Bij categorie 2 gaat het om gedragingen die een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed in gevaar brengen of krenken, maar waarbij in uitzonderingsgevallen tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gekomen door een in het voordeel van de verdachte uitgevallen belangenafweging. Dit is bijvoorbeeld aan de orde wanneer het verzetsrecht wordt gebruikt ter invulling van een geschreven strafuitsluitingsgrond. Als voorbeeld dient hier het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch uit 1946. Aan verdachte was ten laste gelegd het helen van circa 34 radiolampen ten behoeve van de Verzetsbeweging in Nederland, welke over een geheim radiostation beschikte. Het hof komt tot het oordeel dat dit heeft plaatsgevonden 'met geen ander doel dan het verschaffen van radiolampen aan de Verzetsbeweging ten behoeve van een door deze geëxploiteerd radiozendstation, waarvoor deze lampen benodigd waren, alsmede dat lampen als de onderhavige destijds niet in den handel waren' en dat 'het van algemeene bekendheid zijnde groote belang, hetwelk met een goed functioneeren van een dergelijk station destijds werd gediend, rechtvaardigde dat de meervermelde Beweging de beschikking verkreeg over voor de exploi-

272 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 351.

273 BRvC 12 april 1950, NJ 1951/176.

274 BRvC 12 april 1950, NJ 1951/176.

275 Zie Machielse over de rechtspraak aangaande het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid: Noyon/Langemeijer/R Emmelink, aant. 7 bij 'Wederrechtelijkheid'.

tatie van dat zendstation benodigde onderdelen, zoals radiolampen, ook indien die verkrijging plaats vond door het koopen van door misdrijf verkregen lampen, nu deze niet in den handel waren.²⁷⁶ Het belang van goed functioneren van het radiozendstation dat werd gediend met de verzetsdaad prevaleerde, waarmee het beroep op overmacht slaagde. Het feit werd daarmee gerechtvaardigd en de verdachte werd ontslagen van alle rechtsvervolging. Over de band van de geschreven strafuitsluitingsgrond overmacht (in de zin van noodtoestand) leidde de verzetsdaad tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Tot de derde categorie behoren de gedragingen die bijvoorbeeld misschien nog kunnen worden gelinkt aan de bijzondere context van verzet, maar die daar materieel niet meer onder vallen, doordat bijvoorbeeld het verzet als dekmantel werd gebruikt om strafbare feiten te plegen. Het bijvoorbeeld uit eigenbelang of uit wraak strafbaar handelen kan niet worden gerechtvaardigd met een beroep op (of anders gezegd: misbruik van) het verzetsrecht.

In paragraaf 3.6.2.2 is reeds uiteengezet dat gedragingen die zijn verricht jegens de eigen democratische overheid niet onder verzetsdaden (kunnen) worden geschaard.²⁷⁷ Daarmee zou de term verzetsrecht te ver worden opgerekt. Gedragingen die samenhangen met (gewelddadig) politiek activisme of protest of burgerlijke ongehoorzaamheid zijn anders van aard dan de hiervoor beschreven verzetsdaden. Dergelijke gedragingen hebben ook nimmer (in hoogste instantie)²⁷⁸ op straffeloosheid kunnen rekenen. In de woorden van Mevis:

‘Onmacht en onbegrip voor verkeerde wetgeving of de uitvoering ervan en onbegrip, hoe gefundeerd ook (...), voor een overheid die weigert wetgeving aan te passen, kan en moet worden bestreden maar dan via de geëigende kanalen gericht op wijziging van de algemene regel (petitierecht, of politieke belangenbehartiging door branche-organisaties), niet via het negeren van de regel en het daarbij inroepen van de uitzondering van straffeloosheid (...).’²⁷⁹

276 Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 1946, NJ 1946/510.

277 Zie bijv.: Rb. Den Haag 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365, NJFS 2016/14, r.o. 8.9: ‘Er bestaat immers geen recht van verzet tegen de eigen democratische overheid’; vgl. Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996, p. 374: ‘Gelijk wij hiervóór (...) reeds deden uitkomen zal van een recht van verzet tegen de eigen democratische overheid geen sprake kunnen zijn, zelfs burgerlijke ongehoorzaamheid achten wij uit den boze (...).’

278 In het kader van burgerlijke ongehoorzaamheid kwam de Rechtbank 's-Gravenhage eens tot een vrijspraak ter zake van lokaalvredebreuk bij de bezetting van het bureau van de Inspectie van de Geestelijke Volksgezondheid in Leiden. De vrijspraak bleef echter niet in stand. Zie Rb. Den Haag 22 december 1972, ECLI:NL:RBSGR:1972:AB5666, NJ 1973/264 en HR 23 april 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB5713, NJ 1974/451 m.nt. Th.W. van Veen.

279 Mevis in zijn noot onder HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5967, NJ 2011/578.

4.3.6 Cultuur en religie

De bijzondere context van cultuur en religie wordt gekenmerkt door vraagstukken die voornamelijk zien op de vraag hoe moet worden omgegaan met een veelheid aan normen, waarbij de normen uit een bepaalde cultuur of religie soms niet overeenkomen met bijvoorbeeld normen uit de (seculiere en neutrale) strafwet. Sommige gevallen werden reeds ingezien ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht – in de wetgeschiedenis komt men in relatie tot het ‘toebrengen van kwetsuren’ tegen: ‘Is het ooit bij iemand opgekomen art. 309 Code Pénal toepasselijk te achten (...) op den Israëlitischen besnijder?’²⁸⁰ – andere gevallen betreffen (nieuwe) figuren die vragen om nadere bestudering van de strafwaardigheid en strafbaarheid van gedragingen, gepleegd in of vanwege de bijzondere context. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan eerwraak of ander cultuur- of religiegerelateerd geweld, het dragen van gezichtsbedekkende kleding, delicten samenhangend met de leerplicht en het in bezit hebben en gebruiken van stoffen die zijn opgenomen in de lijsten van de Opiumwet ten behoeve van geloofsbelijdenis.²⁸¹

In deze bijzondere context liggen diverse grondslagen aan de basis van de conclusie dat ruimte is voor of sprake moet zijn van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Op het niveau van de rechtsorde (macroniveau) is bekend dat de participanten van deze context (fundamentele) rechten toekomen, opgenomen in onder andere de artikelen 2, 9 en 10 EVRM. Het recht op leven, de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en de vrijheid van meningsuiting worden beschouwd als klassieke mensenrechten, hetgeen overheidsonthouden impliceert.²⁸² Slechts wanneer aan de voorwaarden voor beperking van het mensenrecht wordt voldaan, is overheidsbemoeyenis of -inmenging toegestaan.²⁸³ Met andere woorden: strafbaarstelling en strafvervolgning is slechts gerechtvaardigd indien is voldaan aan de voorwaarden van het tweede lid van een fundamenteel mensenrecht van het EVRM. Als de beperking van het mensenrecht niet wordt gerechtvaardigd, levert dat een schending op.

280 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 475.

281 Zie met betrekking tot dat laatste de Ayahuasca-jurisprudentie: Rb. Amsterdam 21 mei 2001, ECLI:NL:RBAMS:2001:AB1739; Rb. Haarlem 26 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9844; Hof Amsterdam 24 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV6888, Rb. Noord-Holland 8 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7555-7557, Hof Amsterdam 28 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:688-690; HR 1 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1456, NJ 2019/418 m.nt. B.E.P. Myjer.

282 Uiteraard gelden er ook positieve verplichtingen voor lidstaten om de fundamentele rechten en vrijheden te waarborgen en te realiseren.

283 Zie omtrent de beperkingssystematiek par. 4.3.1, zij het dat daar de beperking van art. 10 EVRM is beschreven. Een verschil is dat in het tweede lid van art. 9 EVRM minder legitieme doelen omschreven staan dan in het tweede lid van art. 10 EVRM.

Al bij de nationale rechter kan een beroep worden gedaan op fundamentele rechten van het EVRM. Het fundamentele recht vormt dan de positiefrechtelijke basis van een cultureel of religieus verweer. Indien dat verweer slaagt zal de nationale bepaling buiten toepassing worden gelaten en vindt niet-kwalificatie plaats over de band van art. 93 en 94 Gw in samenhang met de verdragsbepaling. Ook is het mogelijk dat de nationale rechter de nationale bepaling, indien daartoe een mogelijkheid bestaat, restrictief (verdragsconform) uitlegt, zodat bijvoorbeeld een delictsbestanddeel niet kan worden bewezen, hetgeen eveneens leidt tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, zij het dat het bij dit laatste gaat om een vrijspraak.²⁸⁴

Daarnaast zullen sommige verweren zijn ingegeven door de notie dat voor hen de uitingen van cultuur of religie conform maatschappelijke gewoonten en verwachtingen zijn (mesoniveau). Het is echter de vraag of deze verweren de toets van Vermunt²⁸⁵ aangaande de sociale adequatie doorstaan,²⁸⁶ maar ook of de toets van Vermunt überhaupt toepasbaar is in deze context.²⁸⁷ Per geval (met variabelen voor wat betreft gedragingen, cultuur of religie, correlerende delictsomschrijving en achterliggend rechtsgoed) zal moeten worden nagegaan of ten aanzien van de groep binnen de samenleving waarvan de verdachte deel uitmaakt een verhoogde mate van maatschappelijke acceptatie geldt met betrekking tot bepaalde gedragstypen; of de betreffende gedraging *in concreto* behoort tot zo'n gedragstype en of de betreffende gedraging door de verdachte is verricht uit hoofde van of in het kader van zijn participatie aan die groep. Ook dient te worden nagegaan of toepassing van de toets niet leidt tot het 'niet-onrechtmatig' of 'toelaatbaar' achten van gedragingen die indruisen tegen fundamentele rechten en vrijheden. Het is immers onwenselijk om gedragingen die eerwraak of bloedwraak opleveren te scharen onder de categorie van toelaatbare gedragingen. Terughoudendheid van de strafrechter lijkt hier aangewezen. Het (neutrale en seculiere) wettelijk kader dient als uitgangspunt te worden genomen²⁸⁸ en aandacht voor de *Typizität* en de bedoeling van de wetgever kan in dezen dienen als mechanisme om de genoemde excessen, maar bijvoorbeeld ook vrouwelijke genitale verminking (alsnog) buiten de bijzondere context te plaatsen en (nog steeds) strafwaardig te achten.

Op basis van de verschillende grondslagen, in samenhang gezien met de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed is het volgende onderscheid te maken.

284 Zie omtrent dit verschil in toepassing par. 5.2.4.1.

285 Vermunt 1984b, p. 718.

286 In de literatuur zijn de vragen van Vermunt door Limborgh toegepast op de figuur van 'symbolische meisjesbesnijdenis', zie Limborgh 2008.

287 Zie omtrent dit laatste par. 3.7.1.

288 Wahedi 2019, p. 41.

Tot categorie 1 behoren de gevallen waarin geen sprake is van een krenken of in gevaar brengen van een strafrechtelijk beschermd rechtsgoed. In het bijzonder is de situatie relevant waarbij de gedraging die in of vanwege de context wordt verricht weliswaar correleert met een wettelijke delictsomschrijving, maar materieel niet onder de reikwijdte van een wettelijke strafbepaling is te brengen en daardoor geen rechtsgoedkrenking teweegbrengt op de wijze die de wetgever voor ogen had. Blijkend uit de hiervoor aangehaalde opmerking uit de totstandkomingsgeschiedenis van het Wetboek van Strafrecht aangaande de 'Israëlitischen besnijder', kan aandacht voor de precieze inhoud van het delict meebrengen dat van een bepaald delict geen sprake kan zijn, in die zin dat de betreffende bepaling niet voor een dergelijk geval zou zijn geschreven. Het achterliggende rechtsgoed wordt bij vervulling van de gedraging niet geraakt, omdat de wijze van krenking of gevaarstelling materieel niet van toepassing is op het betreffende geval.²⁸⁹

Een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt door een geslaagd beroep op bijvoorbeeld art. 9 of 10 EVRM, dat over de band van de artikelen 93 en 94 Gw leidt tot het buiten toepassing laten van de nationale strafbepaling. De verdachte zal, omdat het bewezenverklarde geen strafbaar feit (meer) oplevert, worden ontslagen van alle rechtsvervolging. Het achterliggende rechtsgoed wordt niet 'geraakt' als de delictsomschrijving niet van toepassing is op het betreffende geval, zodat straffeloosheid volgt. Een iets ander resultaat wordt bereikt als de rechter reeds bij de bewijsvraag tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid komt, door de bepaling verdragsconform restrictief te interpreteren: vrijspraak.

Tot categorie 2 behoren de gevallen waarin een krenking of gevaarstelling van een achterliggend rechtsgoed heeft plaatsgevonden, maar waarbij, vanwege de context, sprake zou kunnen zijn van een rechtvaardiging van die krenking of gevaarstelling. Die rechtvaardiging kan bijvoorbeeld worden gerealiseerd bij een aannemelijke strafuitsluitingsgrond. Bijvoorbeeld bij beroepen op noodweer, overmacht kunnen argumenten een rol spelen die samenhangen met cultuur of religie. Zo werd een beroep op noodweer geaccepteerd in de zogenaamde 'Zevenaarse bloedwraak'-zaak.²⁹⁰ In die zaak werd geoordeeld dat een bloedvete een dermate grote angst kan veroorzaken dat voor de betrokkenen een noodweersituatie kan ontstaan.²⁹¹

289 Er zijn overigens wel andere, additionele voorwaarden van toepassing om de besnijder, indien hij handelingen verricht met een 'van oudsher aanvaard karakter' vrijuit te laten gaan, zoals de toestemming van degene(n) die het gezag uitoefent (uitoefenen) over het kind en de (medisch) verantwoorde uitoefening. Zie in dit kader ook Wahedi 2016, alsmede Rb. Utrecht 1 december 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU7293, HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, NJ 2011/466 m.nt. N. Keijzer; HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3538 en (i.h.b.) de conclusie van AG Aben, PHR 4 november 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2255.

290 Hof Arnhem 12 juni 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE4024.

291 Zie voor een uitgebreide reconstructie van deze ingewikkelde zaak: Siesling 2006, p. 192-194, alsmede: Bovenkerk & Yeşilgöz 2003, p. 1-3.

In deze categorie kan overigens ook een verschuiving plaatsvinden voor wat betreft de plaats van behandeling. Opnieuw kan hier het voorbeeld dienen van de toepassing van de driestappentoets bij bijvoorbeeld groepsbelediging en aanzetten tot haat en discriminatie. Indien het strafbare karakter van de uitspraak, gedaan in de context van cultuur of religie, door of vanwege die context wordt weggenomen (tweede stap van de drie stappen), kan het feit niet worden bewezen, met vrijspraak als gevolg. De rechtvaardigende context is daarmee niet onderdeel van een strafuitsluitingskwestie, maar van een bewijskwestie. Als voorbeelden kunnen hier dienen de uitingen van RPF-politicus Van Dijke, van dominee E. S.H. en van imam El Moumni die zich beledigend uitlieten over homoseksuelen, maar waarbij het strafbare karakter afwezig werd geacht vanwege de rechtvaardigende context en het directe verband met cultuur en geloof.²⁹² Deze benadering laat zich in de praktijk dus niet zichtbaar duidelijk onderscheiden van de verwerking van een cultuur- of religieverweer in de eerste categorie. Zie hieromtrent nader paragraaf 5.2.4.1 en 5.2.4.2.

Categorie 3 omvat gedragingen die zijdelings nog van doen hebben met de context, maar die er materieel niet meer onder zijn te scharen. Het krenken of in gevaar brengen van het rechtsgoed is strafwaardig en de context neemt de strafbaarheid niet weg, omdat die context is verlaten. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om flagrante schending van de strafwet over de (al dan niet gekunstelde of misbruikte) boeg van cultuur en/of religie. Zo twijfelde de Rechtbank Dordrecht of de verdachte, die ervan werd verdacht zijn vrouw te hebben doodgeschoten omdat zij volgens hem een andere minnaar had, terwijl daarvan niets bleek uit de feiten, de context misbruikte om zijn gedrag goed te praten:

‘De relatie tussen verdachte en zijn vrouw is gedurende die tijd danig verslechterd en er ontstonden grote spanningen tussen hen die in niet onbelangrijke mate lijken voort te komen uit het feit dat verdachte gokte, veel alcohol gebruikte, zijn vrouw soms sloeg en zich verder ook zeer onaangenaam in het gezin gedroeg. Echter naar verdachte heeft verklaard ging de opstelling van zijn vrouw in tegen wat hij zag als traditionele Koerdische normen en waarden. Zijn vrouw wees hem af stelt verdachte. Niet duidelijk is of het door verdachte gestelde motief, eerwraak in reactie op een vermoeden van overspel, werkelijk aan zijn gedrag ten grondslag heeft gelegen of dat hij gewoon genoeg had van zijn vrouw (verdachte betitelt haar immers als “hoer” en “van de duivel”), van haar af wilde en zich daarbij op traditioneel Koerdische normen en waarden beriep.’²⁹³

292 HR 9 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9368, NJ 2001/203 m.nt. J. de Hullu (*Van Dijke*); HR 14 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE7632, NJ 2003/261 m.nt. P.A.M. Mevis (*Dominee*); Hof 's-Gravenhage 18 november 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AF0667, NJ 2003/24 (*El Moumni*).

293 Rb. Dordrecht 21 oktober 2003, ECLI:NL:RBDOR:2003:AM2493. Zie over deze zaak uitgebreider: Siesling 2006, p. 173-175 en 186.

De overweging aangaande de strafmaat impliceert de uitkomst van de twijfel:

‘Alles afwegend is de rechtbank dan ook van oordeel dat de samenleving langdurig moet worden beschermd tegen verdachte en acht zij het opleggen van een gevangenisstraf voor de duur van tien jaar passend en geboden.’²⁹⁴

4.3.7 Uitzonderlijke ‘sub’-culturele handelingen, gebruiken en tradities

De laatste bijzondere context die wordt besproken is een niet eenvoudig te omlijnen context, die als een soort ‘restcategorie’ kan worden aange merkt. Het gaat in dit kader veelal om niet uitdrukkelijk door het recht gereguleerde contexten of om door het recht gesteunde en gerespecteerde normstelsels: hoewel de participanten van de context mogelijk weliswaar handelen overeenkomstig bepaalde normen van hun ‘kring, groep, organisatie’, is daarmee niet gezegd dat een beroep daarop door het recht kan worden gehonoreerd, ‘omdat het zich ten opzichte van die normstelsels kritisch tot afwijzend opstelde.’²⁹⁵ In elk geval is er geen rechtens of maatschappelijk brede consensus over het straffeloos moeten blijven van kenmerkende handelingen binnen deze context. Het gaat bijvoorbeeld om het toebrengen van pijn ‘met het doel een seksuele sensatie te ondergaan’, of ‘als gevolg van vechtpartijen binnen studentencorpora’.²⁹⁶ Van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid op het niveau van de rechtsorde (macroniveau) of het maatschappelijk leven (mesoniveau) is in de regel dan ook geen sprake. Deze gedragingen laten zich met name kenmerken door instemming van het slachtoffer of een bijzondere relatie tussen de participanten (microniveau). Het onderscheid in deze context is als volgt te maken.

In categorie 1 gaat het om gedragingen die weliswaar onwenselijk (kunnen) zijn, maar die niet zijn onder te brengen in een wettelijke strafbepaling. Relevanter in dit kader zijn de gedragingen die het achterliggende door de strafwet te beschermen rechtsgoed niet raken. Een *Typizität*-benadering of een gebrek aan subsocialiteit kan ertoe leiden dat er geen strafrechtelijk relevant delict ontstaat, omdat de kern van het delict materieel niet wordt geraakt. Het achterliggende rechtsgoed wordt daarmee niet gekrenkt of in gevaar gebracht, omdat de handeling niet overeenkomt met de wijze van rechtsgoedkrenking of -gevaarzetting die de wetgever voor ogen stond. In dit kader zij opnieuw verwezen naar de kwalificatie-uitsluitingsgrond ter zake van bezit van kinderpornografisch materiaal in het kader van seksueel experimenterende jongeren, waarbij sprake is van instemming en afwezigheid van risico voor verdere verspreiding. Afwezigheid van herha-

294 Rb. Dordrecht 21 oktober 2003, ECLI:NL:RBDOR:2003:AM2493.

295 Enschedé 1984, p. 134-135.

296 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 356-357.

lingsdrang van strafbaar gedrag bij de verdachte, onvoldaanheid bij het slachtoffer, navolgingsneiging van derden en/of ontdaanheid bij vierden kan meebrengen dat de subsocialiteit komt te ontbreken, hetgeen de gedraging materieel niet meer strafwaardig maakt.

Een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt door een geslaagd beroep op bijvoorbeeld art. 8 EVRM, dat over de band van de artikelen 93 en 94 Gw leidt tot het buiten toepassing laten van de nationale strafbepaling. De verdachte zal, indien zijn beroep slaagt dat de gedraging valt onder de reikwijdte van het recht op privéleven, worden ontslagen van alle rechtsvervolging omdat het bewezenverklaarde geen strafbaar feit (meer) oplevert. Het achterliggende rechtsgoed wordt niet 'geraakt' als de delictsomschrijving niet van toepassing is op het betreffende geval, zodat straffeloosheid volgt. Indien de van toepassing zijnde delictsomschrijving daartoe ruimte biedt, kan de rechter ook over de band van de bewijsvraag tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid komen, door de bepaling verdragsconform restrictief te interpreteren, met vrijspraak tot gevolg.

Categorie 2 omvat gedragingen die een krenken of in gevaar brengen van een rechtsgoed opleveren, maar waarbij in uitzonderingssituaties sprake kan zijn van rechtvaardiging door een afweging van belangen die in het voordeel uitslaat van de verdachte. Wanneer een feit ten laste is gelegd waarbij het adagium *volenti non fit iniuria* ten volle kan gelden,²⁹⁷ levert de toestemming straffeloosheid op, omdat de gedraging niet strafbaar is. Zo ontbrak de wederrechtelijkheid in 'een situatie waarin de bewegingsvrijheid van aangeefster beknot is geweest' in het sociëteitsgebouw van studentenvereniging Carolus Magnus in Nijmegen:

'Onvoldoende is echter komen vast te staan dat het voor verdachten kenbaar is geweest of had moeten zijn dat de vrijheidsbeneming niet met impliciete instemming van aangeefster plaatsvond. In dit verband overweegt de rechtbank dat beide verdachten hebben verklaard dat aangeefster, die tot dat moment een intieme relatie met [medeverdachte] onderhield, in reactie op de mededeling dat de deur op slot zou gaan, te kennen heeft gegeven dit prima te vinden en daarna, tot circa 11:00 uur, niet heeft aangegeven of laten blijken in dat verband van gedachte te zijn veranderd, ook niet na de incidenten bij de nooddeur of het toilet.'²⁹⁸

De derde categorie omvat de gedragingen die slechts zijdelings te maken hebben met de context, maar die materieel niet meer onder die noemer kunnen worden gebracht. Hij die een strafbaar feit pleegt met 'de traditie' als dekmantel kan niet rekenen op straffeloosheid. Als illustratief voorbeeld geldt het in paragraaf 3.8.2 beschreven roetkapritueel bij studentengezelschap 'Tres Faciunt Collegium' dat onderwerp werd van een strafzaak. Een

297 Zie voor de voorwaarden om te kunnen spreken van een geldige, strafrechtelijk relevante toestemming: Bakker 2017a. Zie ook par. 4.2.1.3.1.

298 Rb. Arnhem 17 december 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BC0783.

opmerking in de conclusie van AG Berger ter zake is treffend: ‘Maar ook jarenlange toepassing door wie dan ook van een strafbare handeling kan geen recht geven noch kan het de onrechtmatigheid opheffen.’²⁹⁹

Ook het in de bil knijpen van een vrouw als grap³⁰⁰ gaat (evident) de context van ‘sub’-culturele handelingen, gebruiken en tradities te buiten en levert feitelijke aanranding van de eerbaarheid op (art. 246 Sr): ‘Voorts kan er in redelijkheid niet aan worden getwijfeld dat het gedrag van de verdachte in strijd is met een sociaal-ethische norm. De omstandigheid dat het bilknijpen mogelijk bedoeld was als grap doet aan een en ander niet af, omdat dit de seksuele aard van de handeling noch het met een sociaal-ethische norm strijdige karakter daarvan wegneemt.’³⁰¹

4.4 AFSLUITENDE OPMERKINGEN EN DEELCONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre met behulp van materieelstrafrechtelijke inzichten en noties, in het materiële strafrecht zelf bijdragen kunnen worden gevonden aan het bereiken van meer inzichtelijkheid en consistentie bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten. Er is op zoek gegaan naar een op bijzondere contexten toegespitste, gedifferentieerde benadering, waarbij recht kan worden gedaan aan de bijzonderheid van de context.

Allereerst is op abstract niveau naar voren gekomen dat de verschillende excepties met elkaar gemeen hebben dat ze, vanwege de context, de vraag oproepen of het strafrecht(elijk optreden) überhaupt wel van toepassing moet zijn en strafrechtelijke aansprakelijkheid aangewezen is in het betreffende geval en in de betreffende context, door een verscheidenheid aan grondslagen. Deze kunnen worden gevonden op het niveau van de rechtsorde (macro-niveau), op het niveau van de maatschappij (meso-niveau) en op het niveau van het individu (micro-niveau).

De genoemde grondslagen liggen aan de basis van de idee dat gedragingen binnen de context vragen om een andere benadering dan gedragingen buiten de context. Zij zijn van elkaar te onderscheiden, maar kunnen niet altijd worden gescheiden. De zelfbeschikking (tot uiting komend in de toestemming van de gelaedeerde, op het niveau van het individu) hangt bijvoorbeeld nauw samen met de gewoonten en verwachtingen die heersen in een samenleving (op het niveau van de maatschappij). Daarnaast kan iemand die handelt naar een (wettelijke) plicht handelen op een wijze die past bij zijn rol in de samenleving en/of met toestemming van de gelaedeerde. In diverse bijzondere contexten liggen grondslagen van uitsluiting

299 HR 12 december 1967, ECLI:NL:HR:1967:AB4598, NJ 1970/314 (*Tres*).

300 De ‘humorexceptie’ wordt overigens ook wel eens geschaard onder de *exceptio artis*; zie Schalken 1972, p. 120, maar dan zal het in de regel gaan om bijvoorbeeld cabaret en amusements-theater.

301 HR 6 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2061, *NbSr* 2019/15.

van strafrechtelijke aansprakelijkheid uit meerdere niveaus aan de basis van de notie die kan worden verdedigd, dat ter zake de rol van het strafrecht (als bestraffend instrument) beperkt moet zijn of worden en dat in het betreffende geval geen sprake dient te zijn van strafwaardigheid of strafbaarheid.

Vervolgens is vanuit een systematisch-dogmatische en normatieve invalshoek onderzocht hoe de grondslagen, die aan de basis liggen van de notie dat de rol van het strafrecht in bijzondere contexten beperkt moet zijn, tot uiting kunnen komen bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daartoe is nagegaan hoe de rechter houvast kan worden geboden of kan vinden bij de normatieve weging van de factoren die de strafrechtelijke aansprakelijkheid zouden moeten (kunnen) bepalen. Aandacht voor de strekking van de strafrechtelijke norm biedt handvatten aan de rechter bij het bepalen of er inhoudelijk ruimte moet zijn voor een uitzondering op de regel of voor het niet van toepassing achten van de regel. Daarom is (uitgebreider) stilgestaan bij de rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de vaststelling van strafwaardigheid of strafbaarheid van gedrag. Daar waar niet altijd duidelijk is in hoeverre de (zorgvuldigheids)normen binnen een bijzondere context afwijken van de normen daarbuiten, vormt het door de strafbaarstelling te beschermen rechtsgoed een stabiele factor bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Aandacht voor het achterliggende rechtsgoed, ofwel het met de strafbaarstelling te beschermen belang, brengt mee dat a) gedifferentieerd kan worden beoordeeld of de gedraging die is verricht in de bijzondere context onder het bereik van de delictsomschrijving valt; b) gedifferentieerd een onderscheid kan worden gemaakt tussen afwezigheid van een krenking of gevaarzetting van het rechtsgoed enerzijds en een gerechtvaardigde krenking of gevaarzetting van een rechtsgoed anderzijds en c) er (als neveneffect) interactie tot stand komt tussen wetgever en strafrechter nu de strafrechter bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid rekening houdt met de opvatting of bedoeling van de wetgever omtrent de *ratio legis*, doel of strekking van de strafbaarstelling.

In de analyse zijn (opnieuw) dogmatische uitgangspunten aan bod gekomen die in de literatuur en jurisprudentie aan de orde zijn geweest (maar die niet altijd een vaste of vastomlijnde plek hebben gekregen in de huidige praktijk), zoals de leer van (het ontbreken van) de materiële wederrechtelijkheid, ingevuld door de leer van de subsocialiteit en de leer van de sociale adequatie. Aspecten van onder andere die leren zijn benut in de zoektocht naar een meer eenvormige, duidelijke en in zoverre consistente, systematische benadering van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid.

De bevindingen uit de analyse aangaande de grondslagen van een afwijkende benadering en de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed hebben geleid tot een ordening van categorieën bij de afzonderlijke in dit

onderzoek centraal staande contexten. Aan de hand van de grondslagen op verschillende niveaus en de verhouding van illustratieve gedragingen tot het achterliggende rechtsgoed is een gedifferentieerde benadering gepresenteerd van scenario's die kunnen plaatsvinden in de betreffende contexten. Daarin werd onder meer het verschil inzichtelijk tussen niet-strafwaardig en niet-strafbaar gedrag en kwam eveneens naar voren dat 'participanten' in een context niet immuun zijn voor vervolging en berechting. Er is geenszins sprake van absolute excepties, waarbij elke 'participant' kan rekenen op straffeloosheid alleen al vanwege de context. Tevens maakt de materieelrechtelijke analyse inzichtelijk dat een bepaalde exceptie niet altijd is aan te merken als óf een bewijsuitsluitingsgrond óf een kwalificatieuitsluitingsgrond óf een strafuitsluitingsgrond. Afhankelijk van het in het geding zijnde delict, de formulering van de delictsomschrijving en de verhouding tussen gedraging, delictsomschrijving en het achterliggende rechtsgoed dient te worden bepaald wat de dogmatische plaats van verwerking van een bepaalde exceptie (kunst, beroep, sport, cultuur etc.) is.³⁰²

Het voorgaande leidt tot een antwoord op de vraag in hoeverre materieel-strafrechtelijke noties en inzichten kunnen worden benut ten faveure van inzichtelijkheid, voorspelbaarheid en consistentie (en daarmee de systematiek van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid). Van grote waarde in dezen is aandacht voor de verrichte gedraging, de reikwijdte en *Typizität* van de daarmee 'correlerende' strafbepaling en de verhouding met het achterliggende, te beschermen rechtsgoed. Dit laatste kan immers dienen als vertaling van de notie dat de rol van het strafrecht beperkt moet zijn (op basis van de onderscheiden grondslagen) in het kader van de rechterlijke (inhoudelijke) vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. In de bijzondere context, waar, als gezegd, de (zorgvuldigheids)normen verschillen van de (zorgvuldigheids)normen buiten die context, vinden gedragingen plaats die óf de wetgever niet voor ogen stonden dan wel niet wenste nader te regelen (waardoor er een rechtsvindende of rechtsvormende rol lijkt weggelegd voor de strafrechter) óf door de wetgever al (impliciet) zijn uitgesloten van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

302 De conclusie die bijvoorbeeld Bogert trekt ten aanzien van de geschreven, bijzondere strafuitsluitingsgronden – kort gezegd: ongeacht de formulering betreffen het allemaal kwalificatie-uitsluitingsgronden – is, met het rechtsgoed als beoordelingsinstrument, in het kader van de contextgebonden excepties niet te trekken. In diverse gevallen is nog steeds sprake van een regel-uitzonderingverhouding, waardoor soms sprake is van strafuitsluiting in plaats van niet-kwalificatie. Zie Bogert 2005, p. 225: 'het [is] vanwege de gewenste terminologische precisie ter duiding van juridische fenomenen, gewenst de term bijzondere strafuitsluitingsgrond [...] op te vatten als of te vervangen door de term kwalificatie-uitsluitingsgrond, waarmee de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de tweede vraag van art. 350 aan bod dient te komen.' Het gaat hierbij dus om een regel-uitzonderingverhouding bezien vanuit het perspectief van het (nationale) strafrecht: de delictsomschrijving is de regel; de exceptie is de uitzondering. Zie voor een nuancering hierop vanuit het perspectief van (fundamentele) vrijheden par. 2.4.

Het achterliggende rechtsgoed, waarvoor een aanwijzing is te vinden in de wetgeschiedenis en/of het opschrift van de Titel van het wetboek waarin de desbetreffende strafbepaling is opgenomen, fungeert in dezen als toetsingskader en als onderscheidend mechanisme (om te kunnen concluderen tot niet-strafwaardigheid of niet-strafbaarheid). In beide gevallen kan de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed worden gebruikt voor het inzichtelijk, voorspelbaar en consistent vaststellen van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Als de rechter dient te oordelen over een gedraging die is verricht in een van de onderscheiden bijzondere contexten, dan volgt uit de bevindingen in dit hoofdstuk dat hij heeft na te gaan welk scenario hij van toepassing moet achten. Moet de focus liggen op het bepalen van wat de reikwijdte van de norm is (hetgeen aan de basis ligt van een beslissing omtrent de toepasselijkheid van de strafbepaling) of moet de focus liggen op het bepalen van wat de disculperende/rechtvaardigende werking is van de uitzonderlijke context waarin de verdachte zich heeft bevonden?³⁰³ Met andere woorden: moet de rechter zich focussen op de omvang van de uitzondering op de regel of op de uitzondering op de van toepassing zijnde uitzondering?

Enkele voorbeelden ter verduidelijking: aan de beoordeling of sprake is van een goed handelend ofwel een *behandelend* arts zullen de (wettelijke) plicht tot handelen, de sociale adequatie en de toestemming ten grondslag liggen. De rechter dient in dat geval (veelal) de reikwijdte van de norm te bepalen; het kan immers zo zijn dat het handelen van de arts helemaal niet onder de reikwijdte van de wettelijke delictsomschrijving valt of dient te vallen. De kunstenaar die zich op een fundamenteel toekomstend recht (de vrijheid van meningsuiting) beroept en volgens de leer van de sociale adequatie wordt geacht zich uit te kunnen spreken en daarbij kan afwijken van conventies en keurslijven, kan buiten het bereik van strafbepalingen vallen, waardoor de strafrechtelijke norm gedifferentieerd, ofwel met oog voor de bijzonderheid van de context, dient te worden benaderd. De rechter dient zich dan ook te focussen op het bepalen van de reikwijdte van de vrijheid van de kunstenaar en niet op de correctie op de beperking van die vrijheid. De beperking van de vrijheid doet er immers theoretisch niet toe. Het doet namelijk gekunsteld aan om een norm of strafbepaling oneigenlijk en principieel onjuist van toepassing te laten zijn, om de 'overtreding' ervan later (oneigenlijk) gerechtvaardigd te achten. Slechts in het geval waarin de verdachte (ondanks bijvoorbeeld zijn bijzondere rol in de samenleving, maar op basis van de toestemming van de gelaedeerde) het rechtsgoed, zoals voor ogen staand van de wetgever, in gevaar bracht of krenkte, komt de rechter toe aan de vraag of de uitzonderlijkheid van de situatie zich leent voor herwaardering van de strafbaarheid.

303 Het laatste resulteert in de beoordeling omtrent de aannemelijkheid van een strafuitsluitingsgrond.

(Meer of explicietere) aandacht voor 1) de grondslag op basis waarvan (en het niveau waarin) sprake is van een beperkte rol voor het strafrecht, 2) de relatie tussen de in de context verrichte gedraging en de *Typizität* van de in het geding zijnde strafbepaling en 3) de verhouding van die gedraging tot het achterliggende, te beschermen rechtsgoed bij de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt tot (meer) inzichtelijkheid, voorspelbaarheid en consistentie aangaande de verwerking van contextgebonden excepties door de rechter. Door stil te staan bij het verschil tussen afwezigheid van een rechtsgoedkrenking of het niet 'geraakt' zijn van de essentie van het door de wetgever gestelde onrecht enerzijds en een gerechtvaardigde rechtsgoedkrenking anderzijds, in combinatie met een helder onderscheid tussen de bewijs-, kwalificatie- en strafuitsluitingsbeslissing, wordt meer recht gedaan aan de bijzonderheid van de context. Als positief neveneffect geldt dat de strafrechter de ruimte die door de wetgever is gelaten op een (dogmatisch) juiste wijze benut, waarbij hij dicht bij de (nog wel kenbare) bedoeling en opvatting van de wetgever blijft. Daarmee handelt de rechter in lijn met de gedachte van het fragmentarische karakter van het strafrecht en het legaliteitsbeginsel.

Een systematische vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid blijft overigens daarnaast afhankelijk van diverse uiteenlopende factoren die zien op de verschillen in opzet en inhoud van delictsomschrijvingen en op het strafproces en de strafrechtspraktijk. Een naderere uitwerking daarvan volgt in hoofdstuk 5.

5.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk zijn de (dogmatisch-systematische) grondslagen uiteengezet die maken dat in bijzondere contexten met betrekking tot bepaalde gedragingen uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid aangewezen is, welke grondslagen vervolgens in relatie zijn gebracht met de vraag wat de verhouding is tot het achterliggende rechtsgoed. Wordt het rechtsgoed überhaupt 'geraakt' en als dit al geraakt is, heeft dat gerechtvaardigd plaats kunnen of mogen vinden? Bij het in kaart brengen van de verschillende scenario's is vastgesteld dat diverse factoren uit het strafprocesrecht en de strafrechtspraktijk van invloed zijn op de verwerking van excepties en daarmee ook op bijvoorbeeld het dictum. De verwerking van contextgebonden excepties komt in de werkwijze van de rechter aan de orde bij de als materiële vragen aangeduide kwesties uit art. 350 Sv. In dit hoofdstuk zal daarom worden stilgestaan bij diverse aspecten die samenhangen met deze (materiële) vragen van het strafvorderlijk beslissingsmodel en die van invloed zijn op de (systematische) verwerking van contextgebonden excepties.

Daartoe wordt een analyse gemaakt van de in hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 gesignaleerde verschillen in hanteringswijze van contextgebonden excepties (paragraaf 5.2). De daarbij bloot te leggen oorzaken kunnen in beeld brengen (verder uitwerkend van hetgeen in hoofdstuk 4 is beschreven) wat de precieze plaats(en) van de contextgebonden excepties in de materiële vragen van art. 350 Sv is of (zou(den) moeten) zijn (paragraaf 5.3). Vervolgens wordt bezien welke gevolgen of consequenties gepaard kunnen of dienen te gaan om de bevindingen op basis van de eerste vier hoofdstukken van betekenis te laten zijn in het licht van een systematische vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid (paragraaf 5.4). Zo kunnen diverse uiteenlopende ideeën potentieel bijdragen aan het wegnemen van systematische oneffenheden die zich vanwege het strafprocesrecht of de gangbare strafrechtspraktijk voordoen. Deze ideeën zien bijvoorbeeld op meer wettelijk houvast aangaande gronden voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, op een grotere rol voor het openbaar ministerie, op het doen verdwijnen van het verschil in dicta of op aanpassing van art. 350 Sv. De bespreking en analyse van die ideeën vormt de aanloop naar de afsluitende opmerkingen en een antwoord op de vraag of excepties op verschillende wijzen worden gehanteerd (mede) door oorzaken van strafprocesrechtelijke aard en wat voor consequenties gepaard kunnen of

moeten gaan met de (uiteenlopende) toepassing van uitzonderlijke excepties in de strafrechtspraktijk (paragraaf 5.5) om, op systematische wijze, recht te kunnen (blijven) doen aan de bijzonderheid van de in dit onderzoek centraal staande contexten.

5.2 ANALYSE VAN OORZAKEN DIE SAMENHANGEN MET ART. 350 Sv

5.2.1 De materiële vragen van art. 350 Sv

De verwerking van de in dit onderzoek centraal staande excepties is, als gezegd, niet alleen afhankelijk van materieelstrafrechtelijke factoren: ook strafprocesrechtelijke factoren en factoren die samenhangen met de strafrechtspraktijk liggen ten grondslag aan de diversiteit in hanteringswijzen. De (meest) relevante factoren worden in het navolgende geduid, waarbij de volgorde van bespreking ervan, als gezegd, is ingegeven door de materiële vragen van art. 350 Sv: de bewijsvraag, de kwalificatievraag, de strafbaarheidsvraag en de straf-/maatregelopleggingsvraag. De wetgever heeft in deze rangorde van vragen aan de rechter ‘dwingende oriëntatiepunten’¹ voorgehouden die bepalend zijn voor de onderwerpen en het verloop van het onderzoek ter terechtzitting en die vervolgens in de rechterlijke beslissing hun nadere verantwoording moeten vinden.² Die rangorde van vragen komt niet helemaal overeen met de heden ten dage vaststaande (en in hoofdstuk 2 besproken) vier voorwaarden voor strafbaarheid: de menseelijke gedraging, welke moet vallen onder een wettelijke delictsomschrijving, de wederrechtelijkheid van de gedraging en de verwijtbaarheid van de verdachte. De vier voorwaarden worden ondergebracht in de eerste drie vragen; de vierde vraag is het sluitstuk van het beslissingsmodel dat ziet op de oplegging van straf(fen) en/of maatregel(en) en heeft niet meer van doen met voorwaarden om van strafbaarheid te spreken. Immers: de strafbaarheid is voorafgaand aan de (indien van toepassing zijnde) vierde vraag al vastgesteld.

In de diagnose na de hoofdstukken 2 en 3 is reeds aan de orde gekomen dat de in dit onderzoek centraal staande excepties, afhankelijk van diverse omstandigheden, kunnen zien op het bewijs van de delictsbestanddelen, de kwalificatie, de strafbaarheid van de gedraging (vanwege een rechtvaardigingsgrond) en de strafbaarheid van de verdachte (vanwege een schulduitsluitingsgrond). Deze vinden alle toepassing in het strafvorderlijk beslissingsmodel, zij het dat er discussie bestaat over de plaats van de rechtvaardigingsgronden in dit beslissingsmodel. Het ene ‘kamp’³ verdedigt de opvatting dat de rechtvaardigingsgronden moeten worden verwerkt over

1 Enschedé spreekt over een ‘analytisch keurslijf’, Enschedé 1979, p. 58.

2 Melai/Groenhuijsen, art. 350 Sv, aant. 2.

3 Zie bijvoorbeeld: Blok & Besier 1925-1926, dl. II, p. 180-181; Van Bemmelen 1957, p. 390; De Waard 1985, p. 384; Jörg, Kelk & Klip 2019, p. 86.

de band van de tweede vraag; het andere 'kamp'⁴ verdedigt de opvatting dat rechtvaardigingsgronden moeten worden verwerkt over de band van de derde vraag.

Dat verschil in inzicht is ingegeven door de formulering van art. 350 Sv, de waarde die wordt gehecht aan doctrinaire onderscheidingen die nadien zijn gemaakt en wetsystematische aspecten. Op basis van de tekst van de wet⁵ kan worden verdedigd dat de derde vraag de kwestie omvat of de verdachte strafbaar is en (daarmee) dat die vraag pas aan de orde komt als de strafbaarheid van de gedraging is komen vast te staan: 'indien wordt aangenomen dat het feit bewezen en strafbaar is, dan beraadslagt de rechtbank over de strafbaarheid van den verdachte.' De strafbaarheid van de gedraging moet dan zijn vastgesteld bij beantwoording van de tweede vraag. De tweede vraag zou daarmee omvatten de kwalificatie *an sich* (eerste subvraag van de kwalificatievraag) én de beoordeling van de strafbaarheid van de gedraging (tweede subvraag van de kwalificatievraag), welke laatste een oordeel omtrent de aannemelijkheid van rechtvaardigingsgronden inhoudt. Bij de derde vraag komen in deze opvatting dus slechts de schulduitsluitingsgronden aan de orde.

Door tegenstanders van deze visie wordt daartegenin gebracht dat de wetgever ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht geen onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden voor ogen had. 'De samenstellers van het Wetboek van Strafrecht zagen blijkens de Memorie van Toelichting (1879) de strafuitsluitingsgronden als gronden voor gemis van toerekenbaarheid, welke een noodzakelijke voorwaarde was voor strafrechtelijke verantwoordelijkheid.'⁶ Immers, de geschreven algemene strafuitsluitingsgronden (waaronder de rechtvaardigingsgronden) uit het Wetboek van Strafrecht kennen veelal een formulering die ziet op 'de strafbaarheid van de verdachte': 'Niet strafbaar is hij die (...).'⁷ In dat licht behoren zowel de rechtvaardigingsgronden als de schulduitsluitingsgronden te worden behandeld bij de vraag omtrent de strafbaarheid van de verdachte, de derde vraag. Daarmee wordt ook

4 Zie bijvoorbeeld: Koopmans 2017, p. 38-39; Keulen & Knigge 2020, p. 108; Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 956; Mevis 2013, p. 608-613.

5 Art. 350 Sv luidt: 'Indien het onderzoek in artikel 348 bedoeld, niet leidt tot toepassing van artikel 349, eerste lid, beraadslagt de rechtbank op den grondslag der telastlegging en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting over de vraag of bewezen is dat het feit door den verdachte is begaan, en, zoo ja, welk strafbaar feit het bewezen verklaarde volgens de wet oplevert; indien wordt aangenomen dat het feit bewezen en strafbaar is, dan beraadslagt de rechtbank over de strafbaarheid van den verdachte en over de oplegging van straf of maatregel, bij de wet bepaald.'

6 Pelser 1995, p. 12; Smid 1891-1901, dl. II, p. 364.

7 Dit argument wordt overigens door De Waard tegengesproken: 'Immers verreweg de meeste delictomschrijvingen vangen eveneens aan met de woorden "Hij, die...". Evengoed als dan in de daarop volgende woorden telkens een strafbaar feit bepaald wordt, kan dus ook in de woorden volgende op "Hij, die..." in art. 40 een strafbaar feit uitgesloten worden. Deze toevallige terminologie van de wet mag ons niet tot richtsnoer dienen (...).' De Waard 1950, p. 73-74.

voorkomen dat de kwalificatiebeslissing en het oordeel over de aannemelijkheid van een rechtvaardigingsgrond samen tot één beslissing in de zin van art. 358, tweede lid, Sv leiden en de aanvaarding van een rechtvaardigingsgrond (daarmee) leidt tot ‘niet-kwalificeerbaarheid’ van het feit:⁸ ‘O. (...) dat – naar luid van de artt. 350, 358 en 359 Sv. – een vonnis na de met redenen omkleede beslissing, dat het feit door den verdachte is begaan, moet inhouden de beslissing welk strafbaar feit het bewezen verklaarde volgens de Wet oplevert (n.l. de qualificatie), terwijl eerst daarna de vraag naar de strafbaarheid van den verdachte te sprake komt (...).’⁹ Een ander wetstechnisch argument ziet op de (oude) herzieningsbepaling van art. 457 Sv:

‘Zou men menen dat de beslissing over strafuitsluitingsgronden die in de theorie als rechtvaardigingsgronden worden aangemerkt, bij de tweede vraag van art. 350 Sv thuis horen, dan zou geen herziening kunnen worden gevraagd op grond van een novum dat op een dergelijke rechtvaardigingsgrond wijst. Zodanige uitsluiting lijkt niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest.’¹⁰

De oude herzieningsbepaling bevatte namelijk de passage ‘hetzij tot ontslag van rechtsvervolgning op grond dat deze niet strafbaar was’ (waarbij met ‘deze’ de veroordeelde werd bedoeld). Die passage is overigens tegenwoordig niet meer aanwezig. Art. 457, eerste lid, onderdeel c, Sv spreekt alleen nog maar over ‘een ontslag van alle rechtsvervolgning’, zonder grondslag voor dat ontslag.¹¹ Een laatste argument om de rechtvaardigingsgronden samen met de schulduitsluitingsgronden te scharen onder de derde vraag is kort, maar krachtig: deze opvatting ‘heeft de charme van de overzichtelijkheid.’¹²

In de ambtelijke versie van het Concept Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering aangaande de berechting lijkt door de wetgever duidelijkheid te worden geschept, door de materiële kwesties anders te formuleren.

8 Pelsler 1995, p. 14; Knigge 1987, p. 290.

9 Hof 's-Hertogenbosch 28 oktober 1940, *NJ* 1941/263.

10 Mevis in zijn noot onder HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5967, *NJ* 2011/578. Vgl. Vos 1950, p. 143 en Strijards 1989, p. 165-166.

11 Zie overigens De Waard 1950, p. 92: ‘Volgens het O.R.O. was herziening nml. mogelijk in alle gevallen waarin het novum, ware het eerder bekend geweest, geleid zou hebben tot “ontslag van alle rechtsvervolgning” zonder enige beperking, dus zowel bij niet-strafbaarheid van het feit als bij niet-strafbaarheid van de dader. In het V.V. van de Tweede Kamer werd evenwel de bezorgdheid uitgesproken, dat nu ook bij dwaling in het recht herziening mogelijk zou zijn. Dit wilde men voorkomen (...) en dientengevolge bracht men de tegenwoordige beperking aan, die evenwel ongelukkigerwijze zó geformuleerd werd, dat ze (...) veel meer gevallen voor de toepasselijkheid van herziening uitsluit dan de bedoeling geweest is.’

12 Koopmans 2017, p. 39. Overigens is in oudere drukken van dit standaardwerk aangaande het beslissingsmodel nog wel de opvatting gepresenteerd waarin de rechtvaardigingsgronden worden verwerkt in de tweede vraag.

‘Artikel 4.3.1.3. [artikel 350]

Indien het onderzoek, bedoeld in artikel 4.3.1.1 niet leidt tot toepassing van artikel 4.3.1.2 beraadslaagt de rechtbank op de grondslag van de tenlastelegging en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting over de vraag of bewezen is dat het feit door de verdachte is begaan, en, zo ja, welk strafbaar feit het bewezenverklaarde volgens de wet oplevert. Indien wordt aangenomen dat het feit bewezen en strafbaar is, beraadslaagt de rechtbank over de vraag of een strafuitsluitingsgrond de strafbaarheid van de verdachte wegneemt en over de oplegging van een bij de wet bepaalde straf of maatregel.¹³

Anders dan in (het huidige) art. 350 Sv wordt de term ‘strafuitsluitingsgrond’ gebezigd en wordt deze expliciet gekoppeld aan de derde materiële vraag. Hiermee lijkt een einde te worden gemaakt aan de discussie of een rechtvaardigingsgrond dient te worden verwerkt bij de tweede of derde materiële vraag.

In het navolgende wordt de discussie bewust gelaten voor wat deze is. Ten eerste omdat een standpuntinname in dezen niet vereist is; ten tweede omdat met een afzonderlijke bespreking aan elke kwestie/beslissing (zonder categorisering) de nodige afzonderlijke aandacht kan worden besteed. Hiermee wordt in zekere zin aansluiting gezocht bij Vrij en (recenter) Kronenberg en De Wilde, die in hun beschrijvingen op vier formele vragen/aspecten en vijf materiële vragen/aspecten ingaan.¹⁴ Voordat wordt ingegaan op de strafprocesrechtelijke aspecten die concreet zien op (of: volgen uit) de materiële vragen, wordt eerst stilgestaan bij enkele hoofdpunten¹⁵ van de grondslagleer en het onderzoek ter terechtzitting, nu deze (eerst) aan de orde komen in art. 350 Sv: de wetgever heeft ‘niet alleen aangegeven op welke punten de rechter een beslissing moet geven, maar hij heeft in het bijzonder vooropgesteld dat die beslissingen moeten worden gegeven op de grondslag van de telastlegging en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting.’¹⁶

5.2.2 Op den grondslag der telastlegging

Art. 350 Sv vereist dat de beraadslaging (betrekking hebbend op de materiële vragen) plaatsvindt ‘op den grondslag der telastlegging’. Deze eis strekt er, positief geformuleerd, toe ‘om de binding van de rechter aan het voorwerp van beslissing, zoals dat door het OM is geformuleerd, te verzekeren.’¹⁷

13 Concept Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 25.

14 Vrij 1953, p. 62-63; Kronenberg & De Wilde 2020, p. 276-281.

15 Een uitgebreide beschrijving en problematisering zouden het bereik van dit onderzoek te buiten gaan.

16 Melai/Groenhuijsen, art. 350 Sv, aant. 2.

17 Melai/Groenhuijsen, art. 350 Sv, aant. 7.

Negatief geformuleerd wordt door die binding gewaarborgd dat niets anders aan de uiteindelijke beslissing ten grondslag wordt gelegd dan de onderdelen uit de tenlastelegging. Een nuancering is hierbij meteen op haar plaats: de grondslagleer ziet met name op de eerste twee materiële vragen, nu de tenlastelegging niet altijd een aanknopingspunt biedt voor bijvoorbeeld de aanwezigheid van strafuitsluitingsgronden; de betekenis van de grondslagleer is het grootst waar het gaat om de beschuldiging die de verdachte krijgt tegengeworpen.¹⁸ Zodoende weet de verdachte waartegen hij zich kan verweren. De (vrij strikte) binding wordt aangeduid als de ‘tirannieke macht der dagvaarding’¹⁹ of de ‘tyrannie van de telastlegging’²⁰ en kan verstrekkende gevolgen hebben. Wanneer iets onjuist is opgenomen in de tenlastelegging, dat niet bewezen kan worden, dient in beginsel vrij-spraak te volgen; het niet opnemen van een vereist delictsbestanddeel leidt in principe tot ontslag van alle rechtsvervolging en het niet noemen van een strafverzwarende omstandigheid kan geen invloed hebben op het wettelijk strafmaximum.²¹ Daarmee komt het opportunititeitsbeginsel op het onderzoek ter terechtzitting en uiteindelijk in het vonnis tot uitdrukking: het is de officier van justitie die als *dominus litis* bepaalt óf er wordt vervolgd en, zo ja, voor welk(e) feit(en) en die met de tenlastelegging een keuze maakt voor wat betreft de omvang van de vervolging, zowel ten aanzien van de feiten als ten aanzien van de kwalificatie.²² Op de schouders van de officier van justitie rust daarmee de verantwoordelijkheid om in de tenlastelegging een uit technisch-juridisch oogpunt verstandige delictskeuze te maken (eventueel bij wijziging van de tenlastelegging), waarbij het volgens De Jong gaat om ‘de noodzaak van een adequate hantering van het materiële strafrecht.’²³ De rechter kan (anders dan in omringende landen) niet afwijken van de door het openbaar ministerie gekozen kwalificatie.²⁴ De rechter heeft tot op zekere hoogte slechts de mogelijkheid ‘kennelijke verschrijvingen’ vast te stellen en te laten herstellen,²⁵ delen uit de tenlastelegging in de bewezenverklaring weg te laten,²⁶ de tenlastelegging verbeterd te lezen of redelijk

18 Corstens, Borgers en Kooijmans 2018, p. 770; André de la Porte 1976, aant. 5 bij art. 350 Sv.

19 Taverne 1918, p. 31.

20 Melai 1963.

21 Harteveld 1999, p. 181.

22 Boksem 1996, p. 346; Harteveld 1999, p. 182; Keulen & Knigge 2020, p. 453.

23 De Jong 2019, p. 1856.

24 Stevens, De Wilde, Cupido e.a. 2016.

25 Zie De Jong 1981, p. 22-25; Boksem 1996, p. 275-276 en de daarin aangehaalde jurisprudentie.

26 Zo casseerde de Hoge Raad niet vanwege inkorting van ‘voor hem links naast de weg staande boom’ tot ‘naast de weg staande boom’, terwijl in feite de boom voor de verdachte rechts van de weg stond, HR 25 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0497, NJ 1997/107 m.nt. T.M. Schalken (*Boom te Echt*).

uit te leggen²⁷ en te veroordelen voor een gronddelict, terwijl een gronddelict met strafverzwarringsgrond of een (door het gevolg) gekwalificeerd delict ten laste is gelegd.²⁸ Waar de precieze grens tussen deze toelaatbare acties en denaturering of grondslagverlating ligt is een kwestie die van geval tot geval moet worden beoordeeld.²⁹

De grondslagleer brengt een wijze van ten laste leggen mee waarbij de delictsomschrijving ‘op de voet wordt gevolgd’, hetgeen tot gevolg heeft dat ‘allerlei kwalificatiekwesties processueel bewijskwesties zijn’.³⁰ Art. 261 Sv vereist op z’n minst een opgave van het feit dat ten laste wordt gelegd, met vermelding omstreeks welke tijd en waar ter plaatse het begaan zou zijn, een vermelding van de wettelijke voorschriften waarbij het feit strafbaar is gesteld en een vermelding van de omstandigheden waaronder het feit zou zijn begaan. In Nederland wordt de tenlastelegging van één feitencomplex in één zin geformuleerd, waarin zowel de delictsbestanddelen als de concrete omschrijving van het ten laste gelegde feitencomplex worden opgenomen, waardoor het feitencomplex en de voorlopige kwalificatie daarvan sterk met elkaar verweven zijn.³¹ Deze wijze van ten laste leggen, met name het gebruik van aan de wet ontleende uitdrukkingen ‘[laat] weinig heel (...) van het onderscheid tussen bewijzen en kwalificeren.’³² Ook uit de wet overgenomen termen dienen aldus te worden bewezen, wat ertoe leidt dat de tenlastelegging pas is bewezen als ook is voldaan aan de zogenaamde ‘kwalificatieve betekenis’ van die overgenomen term.³³ Welke gevolgen dit heeft voor de in dit onderzoek centraal staande contexten en excepties zal bij de bespreking van de materiële kwesties aan de orde komen.

Anders dan de delictsbestanddelen hoeven elementen van een strafbaar feit (in de regel: wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid) niet in de tenlastelegging te worden opgenomen. Indien de officier van justitie per abuis toch overgaat tot het (overbodig) opnemen van elementen, worden deze elementen een essentieel onderdeel van de tenlastelegging waarover de rechter zal moeten beraadslagen en beslissen; het onderdeel kan niet – door middel van een partiële vrijspraak – uit de tenlastelegging worden losgemaakt, zonder daarmee de grondslag van de tenlastelegging te verlaten.³⁴

27 Zo was er geen sprake van grondslagverlating nu ten laste was gelegd en bewezen verklaard ‘het onder zich hebben van twee konijnen’, terwijl het ging om het onder zich hebben van twee *dode* konijnen (art. 13, eerste lid aanhef en onder a, Flora- en faunawet). Zie voor geoorloofde en ongeoorloofde lezingen/uitleggingen: Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 929-931; Sackers 2018, p. 65-67.

28 Als het aspect van ‘braak’ niet kan worden bewezen bij ‘diefstal met braak’, kan nog steeds worden veroordeeld voor diefstal.

29 Zie voor illustratieve voorbeelden: André de la Porte 1976, aant. 8 bij art. 350 Sv; Roze-mond 1996, p. 253-271.

30 Keulen & Knigge 2020, p. 454.

31 Stevens, De Wilde, Cupido e.a 2016, p. 152-153.

32 Cleiren, in: T&C Strafvordering, art. 350 Sv, aant. 1.

33 Cleiren, in: T&C Strafvordering, art. 350 Sv, aant. 9.

34 Keulen & Knigge 2020, p. 458; Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 927.

Een lastigheid betreft het geval waarin elementen zijn ‘gepromoveerd’ tot (impliciete) delictsbestanddelen en daarmee een bewijskwestie opleveren. Men denke aan tenlasteleggingen waarin een beschuldiging is opgenomen ter zake van een culpoos delict of een delict waarin ‘wederrechtelijk’ als bestanddeel is opgenomen. Een vergelijkbaar geval betreft de situatie waarin de afwezigheid van een strafuitsluitingsgrond onderdeel uitmaakt van de delictsomschrijving. Deze gevallen zullen eveneens aan de orde komen bij de bespreking van de materiële kwesties.

De grondslagleer (in combinatie met de wijze van ten laste leggen) is, zoals later concreter zal blijken, aan te merken als strafprocesrechtelijke factor die maakt dat een kwestie van de ene materiële vraag wordt behandeld bij een andere materiële vraag. Of een aanpassing, afschaffing of ruimere interpretatie van de grondslagleer wenselijk is in het licht van de zuivere vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid, consistentie van het systeem van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid en (daarmee) de rechtszekerheid, komt aan de orde in paragraaf 5.4.4.

5.2.3 Naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting

Met de clausele dat de rechter slechts beraadslaagt naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting wordt de hoeveelheid gegevens op basis waarvan de rechtbank mag beslissen beperkt tot alleen de gegevens die tijdens het onderzoek ter terechtzitting aan de orde zijn geweest.³⁵ Negatief gezegd betekent dit dat geen andere gegevens worden gebruikt dan die tijdens het onderzoek ter terechtzitting aan de orde zijn geweest, ‘in welke discussie het OM en de verdachte hun mening omtrent wat naar voren werd gebracht hebben kunnen geven.’³⁶ Zo wordt de verdachte ook niet geconfronteerd met (voor hem nadelige) gegevens die niet tijdens het onderzoek ter terechtzitting ter sprake zijn gekomen.³⁷ Deze clausele zal, vanwege gebrek aan relevantie in het licht van de in dit onderzoek centraal staande contextgebonden excepties niet verder worden besproken.

5.2.4 Factoren behorend bij de materiële vragen

De eerste materiële vraag van het strafvorderlijk beslissingsmodel is de vraag of wettig en overtuigend kan worden bewezen dat het ten laste gelegde feit door de verdachte is begaan. Deze vraag wordt, als gezegd, beantwoord op de grondslag van de tenlastelegging en naar aanleiding van

35 Melai/Groenhuijsen, art. 350 Sv, aant. 8.

36 Melai/Groenhuijsen, art. 350 Sv, aant. 8.

37 Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 935. Zie in dit kader: HR 29 augustus 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX6414, NJ 2007/134 m.nt. J.M. Reijntjes; HR 7 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9352, NJ 2011/279 en HR 24 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT1856, NJ 2012/82.

het onderzoek ter terechtzitting. In het bijzonder vanwege de grondslagleer wordt belang gehecht aan de formulering van de tenlastelegging.

In de praktijk vormt de ter zake relevante delictsomschrijving namelijk het geraamte van de beschuldiging. Termen uit de delictsomschrijving worden in de tenlastelegging overgenomen en deze worden aangevuld met concrete (en ook te bewijzen) feiten en omstandigheden. Dat brengt mee dat zowel feitelijke als juridische oordelen onderdeel zijn van de bewijsvraag. Materieelstrafrechtelijke punten worden hiermee voorzien van een beoordeling met een strafprocesrechtelijk karakter.

In het kader van de in dit onderzoek centraal staande contexten en excepties, lijkt de in een concrete zaak aan de orde zijnde delictsomschrijving van invloed op de verwerking van de exceptie. De redactie van de delictsomschrijving heeft immers gevolgen voor de omvang van de bewijsvraag, waardoor kwesties die materieelstrafrechtelijk bezien van doen hebben met de beslissing aangaande kwalificatie of strafuitsluiting worden overgeheveld naar de beslissing omtrent het bewijs. Hoewel de wetgever zijn woorden niet onzorgvuldig heeft gekozen, gaat het volgens De Jong niet zelden om 'toevallige factoren van puur technische aard' die maken dat 'een vrijspraak dan wel een ontslag van alle rechtsvervolging 'uit de bus komt'.³⁸ Voorbeelden van dergelijke factoren zijn (de formulering, betekenis of uitleg van) de van toepassing zijnde bestanddelen of het vereiste schuldverband (zoals *culpa*) en het (al dan niet impliciet) opnemen van de term wederrechtelijk in de delictsomschrijving; alle in combinatie met de gangbare praktijk van ten laste leggen.

5.2.4.1 Van kwalificatiekwestie naar bewijskwestie

Bij het wettelijk verankeren van diverse (voor bijzondere contexten relevante) strafbare feiten heeft de wetgever gekozen voor ruime formuleringen en opneming van voor interpretatie vatbare bestanddelen. Zo is bijvoorbeeld met betrekking tot het delict dood door schuld – dat bijvoorbeeld relevant kan zijn in het kader van de exceptie van de (medische) beroepsuitoefening – *geen* specifieke handeling of omstandigheid als bijzonder bestanddeel opgenomen, waardoor het ver- of gebod waarvan de schending de dood ten gevolge heeft, door de rechter moet worden uitgediept.³⁹ Ter zake van bijvoorbeeld de pornografiebepaling – dat relevant kan zijn in het kader van de kunstexceptie – is weliswaar *wel* een bijzonder bestanddeel als 'aanstotelijk voor de eerbaarheid' opgenomen, maar dat bestanddeel is voor interpretatie vatbaar en verlangt dus (ook) nadere invulling door de rechter.⁴⁰ Een parallel is te trekken met de ruimte die wordt gelaten aan de

38 De Jong 1981, p. 266. Zo ook Van Veen 1986, p. 360: '(...) omdat het niet meer van het toeval zal afhangen of er een vrijspraak dan wel een ovar moet worden uitgesproken.'

39 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 443.

40 Vgl. HR 17 november 1970, NJ 1971/373 (*Chick*); HR 28 november 1978, NJ 1979/93 m.nt. Th.W. van Veen (*Deep throat*).

rechter om te bepalen wanneer sprake is van een gedraging die valt onder de beledigings- en discriminatiebepalingen (welke ook relevant kunnen zijn in het kader van bijzonder contexten, zoals de kunst). De rechter, die gebruik maakt van de ruimte die hem door de wetgever wordt geboden, hanteert met betrekking tot zaken waarin deze bepalingen zijn ten laste gelegd een zogenaamde driestappentoets. In deze driestappentoets wordt, kort gezegd, nagegaan of (1) de uitlating een beledigend karakter heeft, (2) het beledigende karakter wordt weggenomen vanwege de context waarin de uitlating is gedaan en (3) alsnog strafrechtelijke aansprakelijkheid aangewezen is vanwege een onnodig grievend karakter.⁴¹ Op het eerste gezicht lijkt dit een zuivere manier om te beoordelen of de betreffende uitlating een strafbare uitlating is. Het afwijkende aspect ten opzichte van andere strafbare feiten is echter dat de context waarin het feit is gepleegd, die een uitzondering op strafwaardigheid in zich kan dragen, wordt 'gepromoveerd' tot onderdeel van de bewezenverklaring. Als bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting (in het bijzonder: de artistieke expressie) volgens de rechter dient te prevaleren boven bescherming van andere belangen en strafrechtelijke aansprakelijkheid, is het de context van het maatschappelijk debat of de kunst die ervoor zorgt dat niet kan worden gesproken van bijvoorbeeld belediging van een groep mensen of aanzetten tot haat of discriminatie, hetgeen leidt tot vrijspraak. Hiermee wijkt de verwerking van de kunstexceptie bij deze bepalingen af van de verwerking van de kunstexceptie bij (uitings)delicten waarbij, vanwege de formulering van de delictomschrijving en de ruimte die door de wetgever is gecreëerd, niet de driestappentoets wordt gehanteerd.⁴² Uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid als gevolg van restrictieve (verdragsconforme) interpretatie door de strafrechter leidt dan tot vrijspraak, terwijl de formele route over de band van de voorrangsbepaling van de artikelen 93 en 94 Gw, zoals besproken in paragraaf 2.3.3.3, zou leiden tot niet-kwalificatie, omdat de strafbepaling buiten toepassing zou worden gelaten.

Het rechterlijk 'activisme' is nog duidelijker zichtbaar ingeval de rechter bestanddelen impliciet 'inleest' in strafbepalingen om de (te) grote reikwijdte van strafbepalingen te beperken. Dit doet zich voor bij het delict mensenhandel, waarbij de rechter sinds 2015 een techniek toepast waarin hij, voor wat betreft het derde, vierde en negende sublid van het eerste lid

41 Vgl. HR 9 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9368, NJ 2001/203 m.nt. J. de Hullu (*Van Dijke*); HR 9 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9367, NJ 2001/204 m.nt. J. de Hullu; HR 14 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE7632, NJ 2003/261 m.nt. P.A.M. Mevis (*Dominee*). Zie ook Janssens & Nieuwenhuis 2019, p. 52-65.

42 Vgl. HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7750, NJ 2009/275 m.nt. E.J. Dommering (*Reisbureau Rita*) waarin een *ontslag van alle rechtsvervolgning* in stand werd gelaten, nadat door het hof de strafbepaling aangaande smaad (art. 261 Sr) op de voet van art. 93 en 94 Gw buiten toepassing werd gelaten.

van art. 273f Sr een extra delictsbestanddeel inleest.⁴³ Voordat die methode, waarbij een bewijskwestie in het leven wordt geroepen, terwijl het op het eerste gezicht lijkt te gaan om een kwalificatiekwestie, wordt besproken, wordt eerst aandacht besteed aan de (jurisprudentiële) kwalificatie-uitsluitingsgronden.⁴⁴

De strafrechter heeft namelijk in diverse zaken voor de vraag gestaan hoe om te gaan met een gedraging die naar de letter onder het bereik van een wettelijke delictsomschrijving valt, maar waarbij geen sprake lijkt te zijn van concrete strafwaardigheid. In enkele casus heeft de Hoge Raad overwogen dat het ter zake ten laste gelegde in een moeizame verhouding staat tot de 'delictsinhoud'. Door te oordelen dat de bewezenverklaarde gedraging buiten het bereik van de delictsomschrijving valt, wordt bijgedragen aan een 'redelijke wetsuitleg'⁴⁵, 'redelijke wetstoepassing'⁴⁶ of 'fair labelling'.⁴⁷ De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld, als gezegd, kwalificatie-uitsluitingsgronden toegepast; bij verkrachting, bezit van kinderpornografisch materiaal en witwassen.

In 2013 is de Hoge Raad teruggekomen op een arrest uit 1998 waarin hij overwoog dat een gedwongen tongzoen onder het bereik van art. 242 Sr valt. In 1998 vond de Hoge Raad nog dat een gedwongen tongzoen niet hoeft te worden uitgezonderd van het toepassingsbereik van de verkrachtingsbepaling:

[D]e wetsgeschiedenis [dwingt] tot de opvatting dat de wetgever voor wat de toepassing van art. 242 Sr betreft geen beperking heeft willen aanbrengen in de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen. Dat strookt ook met de ratio van die bepaling, te weten de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam. Ook ogenschijnlijk minder ernstige vormen van binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking kunnen immers als een ingrijpende aantasting van de lichamelijke integriteit worden ervaren en kunnen even kwetsend zijn als gedwongen geslachtsgemeenschap. (...) [D]e toepasselijkheid van die bepaling [kan] dan ook niet afhankelijk worden gesteld van de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen en de aard en de ernst daarvan, nog daargelaten dat een dergelijke differentiatie op gespannen voet zou staan met de eisen die vanuit een oogpunt van rechtszekerheid aan de afgrenzing van de desbetreffende strafbepaling moeten worden gesteld.⁴⁸

43 HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309, NJ 2016/313 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen en HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen. Zie hieromtrent uitgebreid: Esser 2019, p. 175-270.

44 De navolgende beschrijving is ontleend aan werk van mijn hand dat nog gepubliceerd zal worden.

45 HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6712, NJ 2006/612 m.nt. M.J. Borgers, r.o. 8.4.

46 Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 955.

47 Duker 2013.

48 HR 21 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1026, NJ 1998/781 m.nt. J. de Hullu, r.o. 5.1.

Een kleine vijftien jaar later gaat de Hoge Raad om en acht hij het niet langer passend om een gedwongen tongzoen als verkrachting te kwalificeren.⁴⁹ De Hoge Raad overwoog daarbij:

‘dat de eisen van rechtszekerheid niet eraan in de weg staan dat, hoewel een tongzoen op zichzelf wel het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking oplevert, deze in redelijkheid niet op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging, zodat een afgedwongen tongzoen voortaan niet meer als “verkrachting” in de zin van artikel 242 Sr kan worden gekwalificeerd.’⁵⁰

Volgend uit de toepassing van de ongeschreven kwalificatie-uitsluitingsgrond heeft de Hoge Raad zelf de verdachte ontslagen van alle rechtsvervolging ter zake van verkrachting. Op deze manier heeft de Hoge Raad de juridische kwalificatie beter laten aansluiten op het algemene spraakgebruik.

Ook ten aanzien van kinderpornografie (art. 240b Sr) heeft de Hoge Raad een kwalificatie-uitsluitingsgrond erkend. Het versturen of in bezit hebben van naaktfoto’s door of van een minderjarige met instemming en zonder gevaar voor verdere verspreiding, valt onder omstandigheden niet onder het bereik van de kinderpornografiebepaling.⁵¹ De Hoge Raad overweegt in zijn arrest dat de bepaling te ruim is geredigeerd: ook al is voldaan aan alle bestanddelen van de bepaling, dan moet desondanks in sommige gevallen, die niet voor niets zelfs uitdrukkelijk worden genoemd in de wetsgeschiedenis, een ontkennend antwoord gegeven worden op de vraag of het gedrag van de verdachte van dien aard is dat het moet worden gekwalificeerd als het in die bepaling tegen de zeden strafbaar gestelde feit, en dient verdachte te worden ontslagen van alle rechtsvervolging.⁵² Met het in het leven roepen van deze kwalificatie-uitsluitingsgrond heeft de Hoge Raad een ingang geboden aan de feitenrechter om experimenteelgedrag van jongeren te beoordelen in het licht van een te ruim geredigeerde strafbaarstelling. Daarnaast heeft de Hoge Raad impliciet een nuancering aangebracht op de zinsnede ‘en zo ja, welk strafbaar feit het bewezen verklaarde volgens de *wet* oplevert’ [mijn cursivering, SB] van art. 350 Sv, door de *wetsgeschiedenis*⁵³ daarin een plek te geven.⁵⁴

49 HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, NJ 2013/437 m.nt. N. Keijzer; Rozemond 2013, p.839-845; Duker 2013, p. 827-832.

50 HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, NJ 2013/437 m.nt. N. Keijzer, r.o. 2.7.

51 HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, NJ 2016/257 m.nt. N. Rozemond.

52 HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, NJ 2016/257 m.nt. N. Rozemond, r.o. 2.6.2.

53 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2000/01, 27745, nr. 3, p. 5-6 en *Kamerstukken II* 2000/01, 27745, nr. 6, p. 15-16.

54 Zie ook de noot van Ten Voorde onder HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, *SR-Updates* 2016-0078.

Een meer praktische (en ook wetssystematische) grondslag voor het in het leven roepen van een kwalificatie-uitsluitingsgrond is zichtbaar inzake de strafbaarstellingen van heling en witwassen, waarbij de handeling bestaat uit het verwerven en/of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit eigen misdrijf.⁵⁵ Indachtig de ratio van art. 416 Sr is heling een begunstigingsdelict: een heler is een begunstiger van de diefstal door een derde.⁵⁶ Voor de artikelen 420bis en 420quater Sr geldt deze 'helersteler-regel' niet, maar de reikwijdte van de strafbaarstelling van (schuld)witwassen is wel beperkt. Als de verdachte een onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstig voorwerp heeft verworven of voorhanden heeft gehad, moet uit de motivering van het oordeel dat sprake is van (schuld)witwassen, kunnen worden afgeleid dat de gedragingen van de verdachte gericht waren op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp; als dat niet blijkt, kan het feit niet als (schuld)witwassen worden gekwalificeerd en zal de verdachte moeten worden ontslagen van alle rechtsvervolging.⁵⁷ Toepassing van een kwalificatie-uitsluitingsgrond leidt ertoe dat het grondmisdrijf daadwerkelijk centraal staat in de strafrechtelijke vervolging, tot het voorkomen van onnodige dubbele bestraffing, alsmede tot een zuivere toepassing van het strafrecht in het licht van het beschermde rechtsbelang.⁵⁸

De verschillende toepassingen van de kwalificatie-uitsluitingsgrond door de Hoge Raad kennen uiteenlopende achtergronden, maar hebben gemeenschappelijk dat ze grenzen vormen die kunnen worden teruggevoerd tot die van de aard, inhoud of concrete betekenis van het delict. De hantering van een kwalificatie-uitsluitingsgrond vormt daarmee, ondanks de beperkte mate van toepassing ervan, een geaccepteerde, maar enigszins atypische strategie van afbakening.

Een nog meer atypische strategie van afbakening is de (vóór de bespreking van de kwalificatie-uitsluitingsgronden geïntroduceerde) strategie van het inlezen van een impliciet bestanddeel, zoals die wordt gehanteerd in het

55 Zie o.a. HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6712, *NJ* 2006/612 m.nt. M.J. Borgers, r.o. 8.4; HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4440, *NJ* 2010/665 m.nt. N. Keijzer.

56 Zie bijvoorbeeld al HR 5 december 1927, *NJ* 1928, p. 5, maar ook HR 27 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9814, *NJ* 1995/65 en (recenter) HR 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:652, *NJ* 2017/278 m.nt. T. Kooijmans; zie ook: Kelk 2013, p. 338.

57 Zie (de noot onder) HR 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:652, *NbSr* 2017/180 m.nt. S.R. Bakker; de wetgever heeft hierop 'gereageerd' door een nieuw strafbaar feit in het leven te roepen, waarvoor de kwalificatie-uitsluitingsgrond niet kan gelden: eenvoudig (schuld)witwassen (*Stb.* 2016, 313). Met invoering van de artikelen 420bis.1 en 420quater.1 Sr wordt voorkomen dat het verwerven of voorhanden hebben van onmiddellijk uit eigen misdrijf verkregen voorwerpen, in het geval het om een door de dader zelf gepleegd misdrijf gaat, straffeloos blijft.

58 Mul, in: T&C Strafrecht, art. 420bis, aant. 5 beschrijft dit beschermde rechtsbelang als: '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.'

kader van mensenhandel. Diverse delictsomschrijvingen uit art. 273f Sr lieten namelijk de mogelijkheid open om gedragingen zonder ‘mensenhandelkarakter’ toch onder de strafbepaling te scharen.⁵⁹ Anders dan ten aanzien van bijvoorbeeld de mishandelingsbepaling (welke ‘afbakeningsmethode’ hierna ook nog aan de orde zal komen), waarin de Hoge Raad een *bestaand* delictsbestanddeel (‘mishandeling’) restrictief interpreteert, bedient de Hoge Raad zich ten aanzien van de mensenhandelbepaling van een methode waarbij een *niet bestaand* delictsbestanddeel, het vereiste van ‘uitbuiting’, in de delictsomschrijving wordt ingelezen. De vraag laat zich stellen waarom niet voor (de hiervoor besproken, gangbaardere) afbakening over de band van de kwalificatiebeslissing is gekozen. Volgens Van Kempen is toepassing van een exceptie, *in concreto* een kwalificatie-uitsluitingsgrond, ‘veeleer aangewezen wanneer een strafbaarstelling in zijn algemeenheid correct werkt en alleen in specifieke situaties ten onrechte tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden,’ terwijl bij mensenhandel sprake zou zijn van een ‘algemeen gebrek, dat een regulier geldende oplossing vereist.’⁶⁰ Helemaal sluitend lijkt die opvatting niet, althans: het is goed te verdedigen dat in het kader van de verkrachtingsbepaling ook kan worden gesproken van een algemeen gebrek – in art. 242 Sr wordt niet nader geduid wat de precieze aard is of moet zijn van het seksueel binnendringen – terwijl ten aanzien van deze bepaling wel de methode van de kwalificatie-uitsluitingsgrond is gehanteerd om de gedwongen tongzoen – die niet per se als uitzonderlijk of specifiek is aan te merken – buiten het bereik van de strafbepaling te houden.⁶¹ Als ander, aanvullend gezichtspunt kan worden gehanteerd het feit dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond aangewezen of bruikbaar kan zijn ingeval één beschreven gedraging of vervulling van één (sub)lid een bepaalde kwalificatie oplevert – zoals bij verkrachting, witwassen en kinderpornografie – en niet ingeval meerdere uiteenlopende gedragingen of vervulling van meerdere (sub)leden eenzelfde kwalificatie – negen subleden die allen onder de noemer ‘mensenhandel’ worden gebracht – opleveren. Een afzonderlijke bespreking van de kwalificatie-uitsluiting als afbakeningsmethode volgt na de bespreking van de factoren die (meer) verband houden met de bewijsbeslissing.

Een andere categorie binnen de groep van factoren van technische aard die leiden tot een (ten opzichte van het in hoofdstuk 4 beschrevene) afwijkende hanteringswijze wordt gevormd door de ‘pseudo-kwalificatieverwerken’/‘pseudo-bewijsverwerken’ of ‘Dakdekkerverwerken’.⁶² Bij deze categorie draait het, zoals beschreven in paragraaf 2.3.2.1, om de betekenis van een term in de tenlastelegging die aan een wettelijke delictsomschrijving is

59 Van Kempen 2017; Lestrade 2018; Van den Brink 2013.

60 Van Kempen in zijn noot onder HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315 (i.h.b. onderdeel 5).

61 HR 21 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1026, NJ 1998/781 m.nt. J. de Hullu.

62 Zie HR 16 februari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC7516, NJ 1982/411.

ontleend, waarbij het verweer ertoe strekt dat aan de betreffende term een bepaalde juridische betekenis moet worden toegekend en dat, uitgaande van die betekenis, het feit dat ten laste is gelegd niet bewezen kan worden verklaard.⁶³ Door een tot de kwalificatie strekkend verweer te voeren, bestrijdt de verdachte (het bewijs van) de tenlastelegging: een bewijsverweer.⁶⁴

Doordat de officier van justitie, als gezegd, zo dicht mogelijk tegen de wettelijke delictsomschrijving aankruipt bij de formulering van de beschuldiging, wordt de betekenis van de tenlastelegging gekleurd door de ter zake relevant zijnde strafbepaling en wordt de discussie over de inhoud en betekenis van de delictsomschrijving overgeheveld naar de behandeling van de bewijsvraag.⁶⁵ De kwalificatiebeslissing is daarmee behoorlijk uitgekleed.

Tegen de uitkleding van de kwalificatiebeslissing, of anders gezegd: de vermenging van de bewijs- en kwalificatiebeslissing, heeft Abels bezwaren aangetekend. Zij is voorstander van het handhaven van een onderscheid tussen beide beslissingen en beroept zich mede op een arrest van de Hoge Raad uit 1973, waarin zij leest dat kwalificatieve termen geen onderwerp van de bewijsbeslissing kunnen zijn.⁶⁶

‘Dit berust erop dat de beslissing over het al dan niet bewezen zijn slechts betrekking heeft op het telastegelegde feit en niet op de termen die aangeven op welke delictsomschrijving de steller van de telastlegging doelde. De consequentie van dit standpunt zou zijn dat kwalificatieve termen niet in de bewezenverklaring, die niet iets anders is dan het resultaat van de bewijsbeslissing, mogen worden genomen. (...) Voor de hand ligt naar onze mening dan ook om over kwalificatieve termen te oordelen bij de kwalificatiebeslissing.’⁶⁷

Deze termen kunnen volgens haar een rol spelen bij het onderzoek naar de vraag of hetgeen bewezenverklaard is alle bijzondere bestanddelen van de door het openbaar ministerie toepasselijk geachte delictsomschrijving bevat; de constatering dat een bijzonder bestanddeel niet in de bewezenverklaring kan worden teruggevonden, zou meebrengen dat de rechter de verdachte moet ontslaan van alle rechtsvervolging, omdat het bewezenverklaarde niet onder een wettelijke strafbepaling kan worden gebracht, aldus Abels.⁶⁸ Het is weliswaar onvermijdelijk dat het openbaar ministerie aansluiting zoekt bij de delictsomschrijving door termen over te nemen, ‘maar het besef dat de (...) oordelen niet van elkaar zijn te isoleren, dwingt niet tot het in

63 Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 919.

64 Een vergelijkbaar geval betreft de situatie waarin in een verweer een beroep wordt gedaan op een wettelijke term die *niet* is opgenomen in de tenlastelegging, maar waarvan de uitleg *wel* van belang is voor de bewezenverklaring. Ook in dit geval gaat het om een bewijskwesitie. Zie nader Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 920.

65 Bins 1980, p. 148.

66 HR 30 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB6484, NJ 1974/388 m.nt. C. Bronkhorst.

67 Melai/Groenhuijsen, art. 350 Sv, aant. 10.

68 Melai/Groenhuijsen, art. 350 Sv, aant. 10.

elkaar op laten gaan van de beide beslissingen.⁶⁹ Door behoud van het onderscheid wordt volgens haar aan beide beslissingen afzonderlijk meer recht gedaan: de bewijsbeslissing (inhoudende de verificatie van de in de tenlastelegging opgenomen bewering) en bewijsmotivering worden niet 'vervuild' respectievelijk diffuus met een oordeel over de kwalificatie en aan de kwalificatiebeslissing (inhoudende de 'controle' in verband met het legaliteitsbeginsel) wordt geen afbreuk gedaan. De betekenissen van de dicta blijven daarmee ook zuiverder: de vrijspraak blijft daarmee een oordeel dat de *feitelijke toedracht* niet kan worden bewezen en het ontslag van alle rechtsvervolging blijft daarmee een oordeel over de *rechtsvragen of waardering van de vastgestelde feiten* aangaande de kwalificatie en strafuitsluiting.

Toch houdt de Hoge Raad vast aan de hanteringswijze die volgt uit de grondslag leer in combinatie met de (dwingende) volgorde van de materiële vragen. Door de inherente vermenging van de bewijs- en kwalificatiebeslissing kan de strafprocesrechtelijke verwerking van de in dit onderzoek centraal staande excepties afwijken van de materiële benadering, meer specifiek: de vraagstelling of het gaat om een menselijke gedraging respectievelijk of het gaat om het vallen onder het bereik van een wettelijke delictsomschrijving. Daarmee wordt diffuus of een gedraging die geen rechtsgoedkrenking oplevert dient te worden behandeld bij de eerste of tweede vraag van het beslissingsmodel. De kwestie wordt nog lastiger indien de aanwezigheid of aannemelijkheid van strafuitsluitingsgronden aan de orde komt in de bewijsvraag.

5.2.4.2 Van strafuitsluitingskwestie naar bewijskwestie

Als gezegd, kan ook op een andere wijze een differentiatie in de werking van excepties worden gefaciliteerd. De wetgever heeft bijvoorbeeld het oordeel over de wederrechtelijkheid van de gedraging of verwijtbaarheid van de verdachte kunnen promoveren tot bewijskwestie door de wederrechtelijkheid in diverse bepalingen op te nemen in de delictsomschrijving. Hierbij valt te denken aan de culpoze delicten. Een geslaagd beroep op een strafuitsluitingsgrond staat in de weg aan de mogelijkheid een delict waarin schuld als bestanddeel is opgenomen bewezen te achten. Van schuld als bestanddeel – *culpa*, zowel de wederrechtelijkheid als verwijtbaarheid inhoudend – kan niet meer worden gesproken. *Gedisculpeerd* handelen kan niet meer worden aangemerkt als verwijtbaar onvoorzichtig handelen en *gerechtvaardigd* handelen kan immers niet meer worden aangemerkt als aanmerkelijk onvoorzichtig handelen.

De wetgever heeft in enkele gevallen (een variant van) wederrechtelijkheid in de delictsomschrijving opgenomen. Hiermee beoogde hij de reikwijdte van strafbepalingen niet onredelijk ruim te maken. Het kan immers voorkomen dat gedrag dat veelvuldig voorkomt en dat bijvoor-

69 Melai/Groenhuijsen, art. 350 Sv, aant. 11.

beeld helemaal niet 'weder het recht' is, onder het bereik van de bepaling zou komen te vallen. Gedwongen door de strekking van het materieel legaliteitsbeginsel is bijvoorbeeld in de strafbepaling aangaande vernieling de wederrechtelijkheid als bestanddeel opgenomen, zodat bijvoorbeeld de uitoefening van het sloopberoep voor de persoon die in opdracht van of met toestemming van de eigenaar zijn taak uitvoert, niet onredelijk lastig wordt gemaakt.⁷⁰

Zonder deze wetgevingstechniek zou een en ander resulteren in een 'volslagen overbelasting van het beroep op een rechtvaardigingsgrond (evenals uiteraard van het opsporings- en vervolgingsapparaat)'.⁷¹ Enerzijds wordt daarmee de lat hoger gelegd om tot een veroordeling te komen, omdat de wederrechtelijkheid of de afwezigheid van een strafuitsluitingsgrond nu, als onderdeel van de tenlastelegging, dient te worden bewezen. Anderzijds wordt een vervolging snel 'van tafel geveegd' met een vrijspraak indien (van meet af aan) duidelijk is dat gerechtvaardigd is gehandeld in of vanwege de context.

Een bijzonderheid betreft de situatie waarin niet de *wetgever*, maar de *strafrechter* de wederrechtelijkheid ofwel de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond als onderdeel van een wettelijke term beschouwt. Dit is het geval bij de strafbaarstelling van mishandeling, opgenomen in art. 300 Sr.⁷² Met betrekking tot het delict mishandeling is uit de delictomschrijving zelf geen duidelijkheid te verkrijgen omtrent de precieze reikwijdte ervan. Er is ruimte voor de rechter om te bepalen of bijvoorbeeld het studentikoze 'zooien' of 'brassen' of de verkeerd getimede voetbalsliding onder het bereik van de bepaling valt. Als gezegd heeft de Hoge Raad kunnen bepalen dat onder mishandeling moet worden verstaan 'het aan een ander toebrengen van lichamelijk letsel of pijn *zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat* [mijn cursivering, SB]'.⁷³ 'maar onder omstandigheden ook het bij een ander teweegbrengen van een min of meer hevige onlust veroorzakende gewaarwording in of aan het lichaam'.⁷⁴ De 'rechtvaardigingsgrond' lijkt in dit kader (ook) een groot bereik te hebben: contextgebonden excepties (die (ook) de hoedanigheid van een kwalificatie-uitsluitingsgrond kunnen aannemen) lijken in dezen ook als 'rechtvaardigingsgrond' te worden behandeld. De toestemming in de context van sport en spel, de medische beroepsuitoefening, de seksualiteitsbeleving etc. kan de mogelijkheid om te spreken van mishandeling elimineren en indien deze term of een vervoe-ging/variant ervan – 'mishandelend' – is opgenomen in de tenlastelegging,

70 Bakker 2017a, p. 183-184; Mevis 2013, p. 793.

71 Cleiren, in: T&C Strafvordering, art. 350 Sv, aant. 8.

72 In art. 301 Sr is de mishandeling met voorbedachten rade strafbaar gesteld. Deze mishandelingsmodaliteit wordt bedreigd met een hogere straf.

73 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, NJ 2011/466 m.nt. N. Keijzer.

74 Vgl. HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2677, NJ 2014/402; HR 11 februari 1929, NJ 1929, p. 503 en HR 12 december 1967, ECLI:NL:HR:1967:AB4598, NJ 1970/314 (*Tres*).

levert dat bij een geslaagd beroep op de exceptie een vrijspraak op.⁷⁵ In dezen kan worden verdedigd dat de aanwezigheid/aannemelijkheid van een rechtvaardigingsgrond (in breedste zin) bij het delict mishandeling aan de basis ligt van een pseudo-kwalificatieverweer of 'Dakdekkerverweer', wat als gevolg heeft dat de gedraging niet kan worden aangemerkt als *mishandeling* en als zodanig niet kan worden bewezen.⁷⁶ Volgens De Jong valt echter niet in te zien waarom het 'per ongeluk' vereisen van de wederrechtelijkheid of de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond (wat een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond laat leiden tot vrijspraak) de gevolgen van het verschil in dictum – anders had sprake geweest van ontslag van alle rechtsvervolging – rechtvaardigt.⁷⁷

5.2.4.3 Bestanddeel of *fait d'excuse*

Bij enkele delicten speelt de kwestie of een 'negatieve omstandigheid' moet worden gezien als een bestanddeel of als een zogenaamd *fait d'excuse*. Indien het gaat om een bestanddeel zou de afwezigheid van de negatieve omstandigheid (zoals 'tenzij met vergunning') moeten worden bewezen;⁷⁸ als dat niet kan, dient de verdachte te worden vrijgesproken. Indien het gaat om een *fait d'excuse* wordt de 'negatieve omstandigheid' gezien als uitzonderlijke omstandigheid waarop de verdachte zich kan beroepen: een 'bijzondere strafuitsluitingsgrond'. De negatieve omstandigheid hoeft dan ook niet in de tenlastelegging te worden opgenomen. Een geslaagd beroep op een *fait d'excuse* levert een ontslag van alle rechtsvervolging op.

Of er sprake is van een te bewijzen bestanddeel of van een *fait d'excuse* dient bij ieder delict afzonderlijk te worden vastgesteld, waarbij als criterium kan worden gehanteerd of de wetgever het feit op zichzelf wel wilde toelaten, mits aan bepaalde voorwaarde(n) wordt voldaan (te bewijzen bestanddeel) of dat hij het verbodene in het algemeen ongeoorloofd vond, maar daarop uitzonderingen toeliet (*fait d'excuse*).⁷⁹ Volgens Corstens, Borgers en Kooijmans dient van doorslaggevend belang te zijn de redactionele keuze van de wetgever. 'Indien bepaalde gedragingen worden

75 Bakker 2017a, p. 185.

76 Vgl. Nan 2014, p. 53. Ook kan volgens Nan sprake zijn van een Meer en Vaartverweer: 'Denk aan het geval dat uit het bewijs wel voldoende blijkt dat de een de ander heeft geslagen (daarin ligt de onrechtmatigheid in beginsel besloten), maar het verweer is dat dit tijdens een normale bokspartij plaatsvond en het bewijs dat niet weerlegt. Dit verweer dat ziet op het ontbreken van de wederrechtelijkheid is dan niet in strijd met de bewijsmiddelen (toegegeven wordt immers dat er is geslagen om opzettelijk pijn te doen), maar wel met de bewezenverklaring omdat daarin de betwiste wederrechtelijkheid besloten ligt.'

77 De Jong 1981, p. 266.

78 In zekere zin vergelijkbaar zijn de bijkomende voorwaarden voor strafbaarheid. Een bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid, zoals 'indien de oorlog uitbreekt' in art. 101 Sr, is een constitutief, strafbepalend bestanddeel van het strafbare feit.

79 Minkenhof/Reijntjes 2017, p. 343.

verboden, maar de uitzonderingsmogelijkheid naar verwachting ruime toepassing zal vinden, is het raadzaam dat de wetgever de afwezigheid van die uitzondering als bestanddeel in de delictsomschrijving opneemt. Dat komt de duidelijkheid van de wet ten goede en legt de 'bewijslast' niet daar waar deze niet hoort.⁸⁰ Wanneer dat strikt wordt gehanteerd is de negatieve omstandigheid in een apart artikel(lid) een *fait d'excuse* en een negatieve omstandigheid in de strafbaarstelling zelf een te bewijzen bestanddeel.

5.2.4.4 De betekenis die de rechter geeft aan de term 'wederrechtelijk'

In paragraaf 5.2.4.2 is reeds aandacht besteed aan de overheveling van de strafuitsluitingskwestie naar de bewijsvraag, ingegeven door de grondslagleer in combinatie met de wijze van ten laste leggen en de dwingende volgorde in de vragen van het beslissingsmodel, indien wederrechtelijkheid (impliciet) bestanddeel is. Een *materieelrechtelijk* punt dat door de strafrechtspraktijk als *strafprocesrechtelijk* punt van invloed kan zijn, betreft de betekenis die de rechter geeft aan wederrechtelijkheid. In paragraaf 2.2.3.1 is reeds stilgestaan bij de betekenissen die worden toegekend aan de wederrechtelijkheid, wanneer deze is opgenomen in de delictsomschrijving.⁸¹ Afhankelijk van de betekenis, kan het element wederrechtelijkheid (nog) dienst blijven doen als voorwaarde voor strafbaarheid die strafprocesrechtelijk wordt verwerkt als strafuitsluitingskwestie (en niet als bewijskwestie).

Of de wederrechtelijkheid in algemene zin wordt uitgelegd als 'zonder eigen recht'⁸², als 'in strijd met het objectieve recht'⁸³, of dat de betekenis van de wederrechtelijkheid, naar de opvattingen van Riphagen⁸⁴ en van Van Veen⁸⁵, verschilt per delict, maakt uit voor de wijze waarop een exceptie zich kan doen laten gelden. De excepties die bijvoorbeeld (mede) zijn vormgegeven door de toestemming van de gelaedeerde kunnen, afhankelijk van de betekenis van wederrechtelijkheid, anders worden behandeld bij de beantwoording van de materiële vragen van het strafvorderlijk beslissingsmodel. Indien de wederrechtelijkheid (impliciet) onderdeel uitmaakt van de delictsomschrijving zal de toestemming eerder een rechtvaardigende werking hebben wanneer aan de wederrechtelijkheid de ruime betekenis 'in strijd met het objectieve recht' wordt toegedicht dan wanneer een voor het delict specifieke betekenis van wederrechtelijkheid wordt gehanteerd die

80 Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 953.

81 Voor de verschillende betekenissen zij hier verwezen naar de bespreking aldaar.

82 Dit betreft een oude opvatting van Rammelink: zie voor een beschrijving Noyon/Lange-meijer/Rammelink, aant. 2 en 3 bij 'Wederrechtelijkheid'.

83 HR 9 februari 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB4227, NJ 1972/1 m.nt. C. Bronkhorst (*Dreig-brief*); Schaffmeister & Heijder 1983, p. 446.

84 Riphagen 1932, p. 138-156.

85 Van Veen 1972, p. 466-469.

niet kan samenhangen met de toestemming van de gelaedeerde.⁸⁶ Zuiver dogmatisch gezien bestaat de mogelijkheid dat, wanneer een beperkte opvatting van wederrechtelijkheid als bestanddeel wordt aangehangen en de rechtvaardigende toestemming niet ziet op die beperkte betekenis omdat deze ziet op een ander ‘facet’ van de wederrechtelijkheid, ontslag van alle rechtsvervolging volgt, omdat de wederrechtelijkheid als bestanddeel wel kan worden bewezen, maar de wederrechtelijkheid als element dienst doet als ‘rechtvaardigend vangnet’.⁸⁷ In dat geval ziet de exceptie op de kwestie van strafuitsluiting en niet op de kwestie van bewijsuitsluiting.

Bijvoorbeeld in het kader van het verzetsrecht als exceptie is een dergelijke constructie (wel) aan de orde geweest. Tijdens de Tweede Wereldoorlog had iemand diefstal van elektrische energie gepleegd om het landsbelang te dienen.⁸⁸ Hij had ten behoeve van de verzorging van onderduikers elektrische energie weggenomen van de gemeente Amsterdam. Het verzetsrecht werd over de band van invulling van overmacht in de zin van noodtoestand ingevuld. Het landsbelang, *in concreto* het verzorgen van onderduikers en het in stand houden van een verzetscentrum in zijn woning, heeft hij volgens het Amsterdamse Hof terecht gesteld boven zijn burgerplicht om de strafwet na te leven. De overmacht in de zin van noodtoestand is aannemelijk geworden. Zijn oogmerk van *wederrechtelijke* toe-eigening werd niettemin bewezenverklaard; hij werd ontslagen van alle rechtsvervolging, omdat niet alle (on)rechtmatigheidsaspecten waren verdisconteerd in de wederrechtelijkheid als bestanddeel. De wederrechtelijkheid als element werd weggenomen door het geslaagde beroep op het verzetsrecht als invulling van art. 40 Sr. De uitleg die de rechter geeft aan de term wederrechtelijk is daarmee van invloed op de plaats waar de exceptie wordt behandeld in het beslissingsmodel, alsmede op het dictum dat bij een geslaagd beroep op de exceptie volgt.

5.2.5 Dicta

In paragraaf 5.2.4 werd gerefereerd aan De Jong en Van Veen die stelden dat ‘toevallige factoren’ maken dat ‘een vrijspraak dan wel een ontslag van alle rechtsvervolging “uit de bus komt”’.⁸⁹ De (belangrijkste) ‘toevallige factoren’ zijn in het voorgaande aan de orde gekomen. Aan de hand van een voorbeeld dat raakt aan een in dit onderzoek centraal staande context en exceptie zal een en ander worden verduidelijkt ten aanzien van de dicta.

86 Er zijn echter geen aanwijzingen dat in de rechtspraak deze leer van facet-wederrechtelijkheid met betrekking tot de toestemming wordt aanvaard, vgl. Bakker 2017a, p. 185 en Corstens & Borgers 2014, p. 864.

87 Bakker 2017a, p. 185.

88 Hof Amsterdam 21 december 1945, NJ 1946/254.

89 De Jong 1981, p. 266; Van Veen 1986, p. 360: ‘(...) omdat het niet meer van het toeval zal afhangen of er een vrijspraak dan wel een ovar moet worden uitgesproken.’

Het feit dat mishandeling in art. 300 Sr thans *door de rechter* wordt uitgelegd als 'het aan een ander toebrengen van lichamelijk letsel of pijn zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat',⁹⁰ 'maar onder omstandigheden ook het bij een ander teweegbrengen van een min of meer hevige onlust veroorzakende gewaarwording in of aan het lichaam',⁹¹ maakt, als gezegd, dat een beroep op een rechtvaardigingsgrond wordt verwerkt als bewijsverweer. Een geslaagd beroep zou daarmee vrijspraak opleveren. De strafbaarstelling van zware mishandeling in art. 302 Sr kent, anders dan de eenvoudige mishandeling, geen (impliciet) bestanddeel dat ziet op de wederrechtelijkheid: een beroep op een rechtvaardigingsgrond blijft daarmee een strafuitsluitingskwestie en een geslaagd beroep zou daarmee ontslag van alle rechtsvervolging opleveren.

Vertaald naar bijvoorbeeld de sport- en spelsituatie betekent dat dat de persoon, die een in het voetbal geoorloofde lichte *tackle* inzette en daarmee zijn tegenstander licht verwondde, in de regel kan rekenen op vrijspraak ter zake van mishandeling, omdat een onderdeel van de tenlastelegging niet wordt vervuld. De toestemming van het slachtoffer (lees: de instemming met de gevolgen die redelijkerwijs zijn te verwachten door het deelnemen aan de context van sport en spel) levert de 'aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond' op die juist, de Hoge Raad volgend, 'afwezig' moet zijn om te kunnen spreken van strafbaarheid ter zake van mishandeling.

Wanneer (in het theoretische geval) een kickbokser naar aanleiding van het voorgevallene tijdens een wedstrijd (waarbij de over en weer te verwachten gedragingen ruwer zijn en de te verwachten kwetsuren zwaarder zijn dan bij voetbal) zou worden vervolgd voor zware mishandeling en hem in of vanwege de context een beroep toekomt op een rechtvaardigingsgrond, dan zal een geslaagd beroep leiden tot ontslag van alle rechtsvervolging. Beide sporters hebben handelingen verricht die in of vanwege de context tot op zekere hoogte geoorloofd zijn en op straffeloosheid kunnen rekenen, maar de voetballer wordt vrijgesproken en de bokser wordt ontslagen van alle rechtsvervolging. Toevallige factoren buiten de inhoud van de exceptie om – *in casu* de betekenis die de Hoge Raad geeft aan de term mishandeling, de afwezigheid van een op de wederrechtelijkheid ziend bestanddeel bij zware mishandeling, de geaccepteerde wijze van ten laste leggen in het licht van de grondslagleer en alle omstandigheden van het geval – zorgen voor een onderling afwijkende verwerking van de sport- en spelexceptie en (daarmee) voor afwijkende dicta.

Aan de verschillende dicta worden afwijkende conclusies verbonden, terwijl het resultaat *in abstracto* voor de verdachte hetzelfde is: straffeloosheid. Die afwijkende conclusies zien ook op de wijze waarop de juridische en maatschappelijke positie van de verdachte wordt gepresenteerd. Er is namelijk wel degelijk een onderscheid te maken tussen de varianten van

90 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, NJ 2011/466 m.nt. N. Keijzer.

91 HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2677, NJ 2014/402.

straffeloosheid: een geslaagd beroep op de sport- en spelexceptie als *bewijsverweer* levert, bijvoorbeeld in het geval van de hiervoor aangehaalde kickbokser, het beeld op dat de verdachte geen straf krijgt, omdat niet kan worden bewezen dat de verdachte het feit heeft begaan. Immers: een bewijsbeslissing is een feitelijke beslissing die de waarheid betreft.⁹² Deze beslissing is anders dan de kwalificatiebeslissing: een juridische, normatieve beslissing.⁹³ Een geslaagd beroep op de sport- en spelexceptie als *kwalificatieverweer* levert het beeld op dat de verdachte geen straf krijgt, omdat zijn handeling niet als zware mishandeling kan worden aangemerkt. Een geslaagd beroep op de sport- en spelexceptie als *strafuitsluitingsverweer* levert het beeld op dat de verdachte geen straf krijgt, omdat, hoewel hij het feit heeft begaan en dat ook als zodanig kan worden aangemerkt, hij een geaccepteerde reden had om die gedraging te verrichten. Het maakt daarmee, in het licht van stelselmatige vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid (wel degelijk) uit waar in het strafvorderlijk beslissingsmodel de kwestie opduikt. Tevens is het in het licht van de systematische vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid zowel ten aanzien van de voetballer als de kickbokser wenselijk om de context waarin de gedraging is verricht op die wijze mee te nemen in de beoordeling dat in beide gevallen recht wordt gedaan aan de situatie.⁹⁴

Machielse lijkt – in het navolgende citaat toegespitst op de medische beroepsuitoefening – evenwel de maatschappelijke beleving voorop te stellen: ‘Maar voor de beleving van de medicus die een heelkundige ingreep verricht is het daarentegen wel van groot gewicht of er een vrij-spraak volgt of dat de rechter een bewezenverklaring van bijvoorbeeld zware mishandeling uitspreekt en daarna slechts komt tot een ontslag van rechtsvervolging.’⁹⁵ In deze opvatting lijkt de vrij-spraak, in het licht van de maatschappelijke beleving, van grotere waarde te zijn dan het ontslag van alle rechtsvervolging. Zo stelt Mulder: ‘OVAR doet nog steeds denken aan een soort surrogaat-vrij-spraak’.⁹⁶ Er is echter veel voor te zeggen dat het ontslag van alle rechtsvervolging, in het licht van juridische beoordeling, juist een (omvang)rijkere beslissing betreft en in diverse gevallen een systematisch-dogmatisch beter kloppend dictum oplevert, dat met de juiste

92 Siesling 2006, p. 155.

93 Pelser 1995, p. 5.

94 Voor beide gevallen zou kunnen worden gezegd dat de handelingen passen in het maatschappelijk normaalbeeld: ten aanzien van beide sporters geldt dat binnen de samenleving een verhoogde mate van maatschappelijke acceptatie geldt met betrekking tot de gedraging die (uit hoofde van zijn hoedanigheid) wordt verricht, waardoor er niet kan worden gesproken van mishandeling *als bedoeld in art. 300 Sr*; voor beide gevallen zou, op basis van de bevindingen uit het vierde hoofdstuk, voor beide situaties ontslag van alle rechtsvervolging een zuiver(der)e uitspraak zijn, net zoals de veearts werd ontslagen van alle rechtsvervolging in 1933. Zie par. 4.2.1.2.1 en 4.2.2.3.

95 Noyon/Langemeijer/Rommelink, art. 300 Sr, aant. 1.

96 Mulder 1995, p. 276.

motivering meer recht doet aan de betreffende situatie.⁹⁷ Immers: aan het ontslag van alle rechtsvervolging ligt een juridische beoordeling ten grondslag die inhoudelijk ziet op de strafbaarheid van het feit en de verdachte; aan de vrijspraak ligt veelal een meer formele beoordeling ten grondslag die ziet op de bewijsbaarheid, waarmee in diverse gevallen, strikt gezien, vragen onbeantwoord blijven omtrent strafbaarheid in materiële zin.

5.3 DE PLAATS VAN UITZONDERLIJKE EXCEPTIES IN HET STRAFVORDERLIJK BESLISSINGSMODEL

Uit het voorgaande blijkt dat diverse factoren die samenhangen met het strafvorderlijk beslissingsmodel en de strafrechtspraktijk een algeheel systematische verwerking van excepties (kunnen) belemmeren. In de woorden van Vegter: 'De techniek van de strafvordering is dominant.'⁹⁸ Deze is zo dominant dat het er in diverse gevallen toe kan leiden dat de materieelstrafrechtelijke wijze van hantering van excepties, die volgde uit de analyse van hoofdstuk 4, niet in stand kan blijven.

De plaats van (behandeling van) een exceptie kan door uiteenlopende redenen diffuus worden, wat maakt dat de strafrechter niet geheel inzichtelijk, voorspelbaar en consistent over contextgebonden excepties oordeelt. Dit gaat gepaard met gevolgen, waarbij de vraag rijst of deze wel gerechtvaardigd worden door de desbetreffende factor. Concreet gezegd: Rechtvaardigt bijvoorbeeld een jurisprudentieel ander inzicht ten aanzien van de betekenis van een delictsbestanddeel – mishandeling, wederrechtelijk, aanstotelijk voor de eerbaarheid etc. – of een toevallige keuze in de formulering van de tenlastelegging, in combinatie met de grondslagleer (in alle gevallen) dat a) de materieelrechtelijk vastgestelde plaats van een exceptie verschuift, b) het dictum bij succesvolle inroeping anders komt te luiden, c) de grondslag omtrent stellen, bewijzen en motiveren verandert⁹⁹ en d) de mogelijkheden om maatregelen op te leggen veranderen? En, hoewel een succesvol beroep op een exceptie in zijn algemeenheid leidt tot straffeloosheid, wordt de juridische en maatschappelijke positie van de verdachte juist weergegeven? Wordt recht gedaan aan de bijzonderheid van de context als de verwerking van de betreffende exceptie leidt tot 'het niet bewezen zijn of het niet hebben plaatsgevonden van de betreffende gedraging', terwijl op

97 Enerzijds moet in dezen worden onderkend dat het strafvorderlijk beslissingsmodel niet (of in elk geval: niet in de eerste plaats) is toegesneden op de bijzondere gedragingen en excepties die centraal staan in dit onderzoek, wat maakt dat kritiek op 'het systeem' vanuit één oogpunt misschien niet representatief is voor alle ofwel de overige facetten van het straf(proces)recht, zoals bijvoorbeeld het bewijsrecht. Anderzijds is het wel het strafvorderlijk beslissingsmodel dat gehanteerd wordt bij de beoordeling van de bijzondere gedragingen en excepties die centraal staan in dit onderzoek, hetgeen legitimeert dat kritiek vanuit dit oogpunt kan worden geuit op 'het systeem'.

98 Conclusie van AG Vegter, PHR 10 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:585, onder 13.

99 Zie omtrent het laatste bijvoorbeeld: Schreurs & Van der Vleuten 2020; Dreissen 2020.

basis van de materieelstrafrechtelijke analyse – met behulp van een onderzoek naar de relatie tot het achterliggende rechtsgoed – juist sprake moet zijn van ‘een gedraging die niet kan worden beschouwd als een strafbaar feit’?

Deze vragen lijken ontkennend te moeten worden beantwoord. Zeker in de gevallen waarin ‘voor hetzelfde geld’ geen verschuiving van verwerking van een exceptie het geval kan zijn, is het uitermate lastig, zo niet onmogelijk, om te verantwoorden dat inconsistentie plaatsheeft.

Wanneer een rechter, zonder wettelijk houvast, op basis van niet volledig inzichtelijke redenen¹⁰⁰ bij het ene delict ervoor kiest een kwalificatie-uitsluitingsgrond in het leven te roepen (zoals bij verkrachting, kinderpornografie en witwassen), bij het andere delict ervoor kiest een impliciet vereiste in een bestanddeel te lezen (de wederrechtelijkheid ofwel de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond in ‘mishandeling’ (en niet bij zware mishandeling)) en bij weer een ander delict ervoor kiest een impliciet bestanddeel *los van de bestaande delictsbestanddelen* in te lezen (het vereiste van ‘uitbuiting’ bij diverse subleden van de mensenhandelbepaling), leidt een geslaagd beroep op een exceptie, die meer kan inhouden dan het elimineren van wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid, tot uiteenlopende dicta.

Ook de keuze van de officier van justitie om een kwalificatieve term al dan niet op te nemen in de tenlastelegging of de keuze van de rechter om kwalificatieve bestanddelen al dan niet beperkt uit te leggen, brengt mee dat gelijke gevallen niet gelijklopende dicta opleveren.¹⁰¹ In het bijzonder in het geval van een beroep op een contextgebonden exceptie ter zake van mishandeling, die zijn hoedanigheid van kwalificatief bestanddeel niet heeft ontleend aan de wet, maar aan de jurisprudentie, is de verschuiving systematisch moeilijk te verklaren. Deze wijkt immers af van de systematiek die de wetgever *wel* heeft geduid. Immers: tijdens de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht werd in het kader van mishandeling, zoals eerder aangehaald, opgemerkt: ‘Die opzettelijk aan een ander lichamelijke leed toebrengt is volstrekt *niet altijd strafwaardig*. Men denke aan heelkundige operaties en aan de castigatio paterna. Het misdrijf behoort zóó uitgedrukt te worden, dat deze en dergelijke gevallen *er niet in begrepen zijn* [mijn cursiveringen, SB].’¹⁰² En ‘Wie zijn kind kastijdt of, als chirurgijn, iemand eene operatie doet ondergaan (...) wordt, (...) *niet gezegd te mishandelen*. (...) [D]eze natuurlijke nuances *in de toepassing van het begrip* kan men gerust

100 In par. 5.2.4.1 is een poging gewaagd om verklaringen te vinden, maar het is de vraag of de verklaringen helemaal sluitend zijn.

101 Vgl. bijvoorbeeld Hof Amsterdam 16 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:152, waarin verdachte door een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond ter zake van mishandeling werd ontslagen van alle rechtsvervolging en Hof Amsterdam 10 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1869 waarin verdachte door een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond ter zake van mishandeling werd vrijgesproken. Zie ook: Quak 2020, p. 37-39.

102 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 475.

aan de beoordeling van den regter overlaten [mijn cursiveringen, SB].¹⁰³ De gecursiveerde zinsdelen duiden op het niet onder de noemer ‘mishandeling’ brengen en niet op het niet aanwezig zijn van een rechtvaardigingsgrond dat als zodanig onderdeel zou uitmaken van het delict.

Deze en andere voorbeelden – het ene weliswaar krachtiger dan het andere – kunnen worden gebruikt ter versterking van het oordeel dat de strafrechtspraktijk en het strafprocesrecht niet altijd op één lijn staan met de benadering van excepties zoals die voortvloeit uit het materiële strafrecht.

Daarmee is een duidelijk aanwijsbare plaats van contextgebonden excepties in het strafvorderlijk beslissingsmodel, vanwege verschillende factoren, niet te geven. Vanwege uiteenlopende redenen zijn beroepen op de kunstexceptie, de medische exceptie, de sport- en spelexceptie etc. soms bewijskwesitie, soms een kwalificatiekwesitie en soms een strafuitsluitingskwesitie. Dat is, vanzelfsprekend, afhankelijk van het in het geding zijnde delict, maar veelal doen strafprocesrechtelijke factoren en factoren die samenhangen met de strafrechtspraktijk een extra en niet altijd eenvoudig te verantwoorden duit in het zakje. Zo kunnen de vormgeving van de tenlastelegging, de mate van rechterlijk activisme ten aanzien van het in het geding zijnde delict en de grondslagleer in combinatie met de dwingende volgorde van de materiële vragen van art. 350 Sv de materieelstrafrechtelijk systematische hantering van gronden voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid belemmeren.

5.4 WELKE POTENTIËLE WIJZIGINGEN Zouden EVENTUEEL AAN EEN VERBETERING VAN DE SYSTEMATIEK KUNNEN BIJDRAGEN?

Nu is vastgesteld dat aan consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid wordt ingeboet vanwege factoren die samenhangen met het strafprocesrecht en de strafrechtspraktijk, rijst de vraag in hoeverre het inleveren op systematiek kan worden voorkomen dan wel (zoveel mogelijk) kan worden beperkt. Daartoe worden diverse suggesties (van zowel materieelstrafrechtelijk als formeelstrafrechtelijk karakter) uit de literatuur besproken en van nadere duiding voorzien, teneinde vast te kunnen stellen of deze suggesties noodzakelijk of wenselijk zijn in de zoektocht naar meer systematiek.

Achtereenvolgens komen aan bod het codificeren van contextgebonden excepties of andersoortige materieelstrafrechtelijke wetswijzigingen,¹⁰⁴ het (louter) verwerken van contextgebonden excepties op het niveau van de

103 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 477.

104 Hoewel deze kwesitie (overwegend) materieelrechtelijk van aard is, heeft het invloed op de toepassing in de strafrechtspraktijk en de verwerking in het strafvorderlijk beslissingsmodel. Om die reden wordt deze kwesitie als één van de suggesties in dit hoofdstuk aan de orde gebracht. Delen uit deze paragraaf zijn ontleend aan een publicatie van mijn hand: Bakker 2020.

uitvoering in het kader van de vervolgingsbeslissing, het laten verdwijnen van het onderscheid tussen vrijspraak en ontslag van alle rechtsvervolging, het afschaffen van de grondslagleer en ten slotte het aanpassen van het strafvorderlijk beslissingsmodel.¹⁰⁵

5.4.1 Het codificeren van contextgebonden excepties of andersoortige materieelstrafrechtelijke wetwijzigingen?

De vraag rijst of (meer) consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid kunnen worden bereikt door contextgebonden excepties wettelijk te verankeren. Dit vraagpunt is niet nieuw. In oude en huidige strafwetgeving waren en zijn contextgebonden excepties opgenomen, zowel in de vorm van bijzondere strafuitsluitingsgronden als in de vorm van algemene strafuitsluitingsgronden. Een voorbeeld van het eerste betreft de op de oude strafbaarstelling van kinderpornografie toegesneden exceptie: tussen 1995 en 2002 was in het tweede lid van art. 240b Sr een exceptie van kracht met betrekking tot het bezit van kinderpornografisch materiaal ten behoeve van een educatief, wetenschappelijk of therapeutisch doel.¹⁰⁶ Illustratief ten aanzien van het tweede is dat de Wetboeken van Strafrecht van de Caribische landen binnen het koninkrijk zijn voorzien van algemene, contextgebonden geschreven excepties: in art. 1:114 van de Wetboeken van Strafrecht van Curaçao, Aruba en Sint Maarten is, naast de alom bekende geschreven rechtvaardigingsgronden, opgenomen de niet-strafbaarheid van de gedraging die is gepleegd volgens algemeen aanvaarde regels van beroepsuitoefening (eerste lid, onderdeel e), alsmede de niet-strafbaarheid van de gedraging die is gepleegd als algemeen aanvaard uitvloeisel van vrijwillige deelneming aan sport of spel (eerste lid, onderdeel f). Ook in het Europese deel van het Koninkrijk zijn er concrete ontwikkelingen: ten aanzien van de beroepsuitoefening van opsporingsambtenaren, in het

105 Ook in dezen moet enerzijds worden erkend dat verschillende figuren, zoals de grondslagleer, het strafvorderlijk beslissingsmodel en de bijbehorende dicta niet (of in elk geval: niet in de eerste plaats) zijn toegesneden op de bijzondere gedragingen en excepties die centraal staan in dit onderzoek, wat maakt dat kritiek op 'het systeem' vanuit één oogpunt misschien niet representatief is voor alle ofwel de overige facetten van het straf(proces)recht, zoals het bewijsrecht. Anderzijds zijn het wel figuren die toegepast worden bij de beoordeling van de bijzondere gedragingen en excepties die centraal staan in dit onderzoek, hetgeen legitimeert dat kritiek kan worden geuit op 'het systeem'. De bespreking van de verschillende suggesties en – in het bijzonder – het commentaar op die suggesties dienen dan ook te worden gelezen indachtig het perspectief van de zoektocht naar systematiek met betrekking tot de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten.

106 *Kamerstukken II 1994/95*, 23682, nr. 9 en nr. 14. Het eveneens opnemen van een kunstexceptie, zoals voorgesteld in het voorstel van Mohamed Rabbae (GroenLinks) is expliciet verworpen, zie nader: Sorgdrager 2009, p. 294. Zie voor een beschrijving van eerdere pogingen aangaande de codificatie van excepties van kunst en wetenschap in het licht van art. 240b Sr: par. 3.2.2.1; Schalken 1972.

bijzonder de geweldsaanwending in dat kader, heeft het luider worden van de roep om een contextgebonden exceptie in het Algemene Deel van het Wetboek van Strafrecht geleid tot een wetswijziging.¹⁰⁷

Aan de kwestie of het codificeren van contextgebonden excepties aangegeven is, gaat een vraag vooraf. In zijn algemeenheid laat zich immers al de vraag stellen of en waarom (contextgebonden) excepties dienen te worden opgenomen in de strafwet. Het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel verplicht de wetgever om strafwaardig gedrag van een (voorafgaande) wettelijke omschrijving te voorzien. Een concrete verplichting om uitzonderingsgevallen of beperkingen van de delictsomschrijvingen nader te reguleren vloeit niet per definitie uit het legaliteitsbeginsel voort. De strekking van art. 1 Sr brengt met zich dat de wet is toegespitst op de *vestiging* van strafbaarheid (en op de daarbij horende strafbedreiging) en niet op de *uitsluiting* ervan.¹⁰⁸ Dat neemt uiteraard niet weg dat het ideaal van rechtszekerheid (dat mede wordt gediend door het legaliteitsbeginsel, in het bijzonder de vereisten van *lex scripta* en *lex certa*) ten grondslag ligt aan het opnemen van beschrijvingen van exceptionele omstandigheden in de strafwet, hetgeen de rechter de (explicietere) mogelijkheid biedt om strafrechtelijke aansprakelijkheid in het concrete geval niet aanwezig te achten. Op die manier wordt via wetgeving rechtszekerheid geboden, zij het dat in die optiek rechtszekerheid gelijk lijkt te staan aan 'wetszekerheid'.¹⁰⁹

Het uitgangspunt lijkt daarmee dus te zijn dat de wetgever regelt welke gedragingen strafwaardig zijn en dat het in de wet opnemen van excepties kan bijdragen aan de rechtszekerheid, maar dat de wetgever daartoe niet verplicht is.¹¹⁰ De rechtszekerheid is gebaat bij heldere grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

De rechter heeft in de voorbije tijd in de maatschappelijke werkelijkheid aanleiding gevonden om, buiten de wettelijke strafuitsluitingsgronden om, in bepaalde nauw omschreven gevallen tot straffeloosheid te besluiten,

107 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34641 nr. 2 (voorstel van wet); *Kamerstukken I* 2019/20, 34641 nr. A (gewijzigd voorstel van wet). Het gewijzigde voorstel is op 29 oktober 2019 door de Tweede Kamer aangenomen en is op 11 mei 2021 door de Eerste Kamer aangenomen. Zie Wet van 12 mei 2021 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het opnemen van een specifieke strafuitsluitingsgrond voor opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt in de rechtmatige uitoefening van hun taak en een strafbaarstelling van schending van de geweldsinstructie en wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het opnemen van een grondslag voor het doen van strafrechtelijk onderzoek naar geweldgebruik door opsporingsambtenaren (geweldsaanwending opsporingsambtenaar), *Stb.* 2021, 233.

108 Bogert 2005, p. 175.

109 Hartmann 2013, p. 435.

110 Zo is door de wetgever bijvoorbeeld bewust geen catalogus aan strafuitsluitingsgronden opgenomen in de Awb, welke strafuitsluitingsgronden in de weg zouden kunnen staan aan het opleggen van een punitieve, bestuurlijke sanctie (die net als een strafrechtelijke sanctie een *criminal charge* oplevert): *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 87 en 134.

waarmee een aantal situaties van straffeloosheid is uitgekristalliseerd die ook in de wet zouden kunnen worden neergelegd.¹¹¹ Codificatie brengt de strafrechtspraktijk en de strafwet dan op één lijn, hetgeen als potentiële bijdrage aan inzichtelijkheid en voorspelbaarheid kan worden aangemerkt.

De ene contextgebonden exceptie lijkt alleen wel vastomlijnder te zijn dan de andere. Ten aanzien van bijvoorbeeld de medische exceptie zijn enigszins concrete voorwaarden ontwikkeld: de arts gaat, zoals beschreven in paragraaf 3.3.2, vrijuit indien zijn handeling 1) medisch geïndiceerd was, 2) is verricht volgende de regelen der kunst en 3) met toestemming van de patiënt is verricht.¹¹² De mate van vaagheid lijkt al iets toe te nemen bij de sport- en spelexceptie: bij het trekken van de grens tussen wederrechtelijk en niet wederrechtelijk gedrag wordt belang gehecht aan de van toepassing zijnde spelregels en aan hetgeen over en weer mag worden verwacht binnen die context, maar het is daarmee niet eenvoudig om precies vast te stellen wanneer (nog) gesproken kan worden van een ‘ongelukkige samenloop van omstandigheden’ of van een ‘zodanige schending van de spelregels of zo gevaarlijk handelen dat van ontbreken van wederrechtelijkheid geen sprake meer kan zijn’.¹¹³ De mate van vaagheid lijkt nog groter in het kader van de kunst. Zo is het nog maar de vraag wanneer een beroep op de kunstexceptie precies kans van slagen heeft. Is het daarbij bijvoorbeeld vereist dat de rechter vaststelt wat kunst is en of in het betreffende geval sprake is van een kunstwerk? En is hij daartoe wel in staat?¹¹⁴ En tot wie kan de exceptie zich richten?¹¹⁵ Het is in dat licht weer verdedigbaar te stellen dat de exceptie van weinig toegevoegde waarde is als het vraagstuk toch te ingewikkeld is om het met een algemeen gesteld wetsvoorschrift op te lossen.¹¹⁶

111 De Doelder, Bakker, Salverda & Verbaan 2017, p. 357; De Doelder, Bakker, Salverda & Verbaan 2015, p. 373; De Doelder, Salverda, Verbaan & Verbeek 2014, p. 388.

112 Zie nader HR 21 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9531, NJ 1987/607 m.nt. G.E. Mulder waarin de Hoge Raad de medische exceptie als zodanig als buitenwettelijke exceptie heeft erkend (zij het niet t.a.v. euthanasie); Wöretshofer 1992, p. 54; Leenen 1996, p. 265-268. Een algemene geschreven medische exceptie is in 1889 reeds voorgesteld door Smidt: ‘Naar mijne bescheidene meening, zou eene bepaling van algemeenen aard en algemeene strekking, in het Strafwetboek zelf uitdrukkelijk opgenomen, beter aan de bedoeling beantwoorden en misschien ook voor andere gevallen, die nu wel niet worden voorzien maar toch zouden kunnen voorkomen, dienstig zijn kunnen (...) eene bepaling (...) dat eveneens niet strafbaar is de bevoegde geneeskundige, die overeenkomstig de erkende regelen zijner wetenschap, middelen aanwendt of eene kunstbewerking verricht (...)’ Smidt 1889, p. 70.

113 Zie nader: Machielse 2019, p. 304-305. Vgl. De Doelder & Van Dorst 1977, p. 165.

114 Vgl. Schuijt 1992, p. 53: ‘de rechter [is] geen kunstcriticus en [kan] dat ook niet zijn.’

115 Alleen de kunstenaar? Of ook de galeriehouder, de uitgever en de festivaldirecteur? Hetzelfde geldt overigens ook voor de andere contexten: kan een chirurg of tandarts zich eerder beroepen op de medische exceptie dan de CEO van een farmaceutisch bedrijf of de assistent van een dierenarts? Kan een beledigende, overfanatieke voetbalsupporter ‘meeliften’ op de context van sport en spel? Etc.

116 Vgl. Simons 1905 p. 1305-1306.

Daarmee dringt zich de vraag op hoe de excepties zouden moeten worden vormgegeven. De wetgever lijkt, indien wordt overgegaan tot codificatie, te moeten schipperen tussen duidelijkheid en flexibiliteit. Het probleem dat zich voordoet bij delictsomschrijvingen die vage normen bevatten kan eveneens in dit kader een rol spelen: wanneer de wetgever zou kiezen voor een in algemene bewoordingen geformuleerde exceptie, wordt de invulling ervan alsnog aan de jurisprudentie overgelaten.¹¹⁷ Aan de doelen die worden gediend met codificatie – waaronder inzichtelijkheid en voorspelbaarheid – kan met diezelfde codificatie weer afbreuk worden gedaan. Tevens geldt dat de diverse contexten, waarin de excepties zich kunnen doen laten gelden, dynamisch zijn. Zo is bijvoorbeeld in het licht van het tuchtigingsrecht in het kader van de opvoeding de moraal gewijzigd: de corrigerende tik is vandaag de dag meer controversieel vergeleken met grofweg 100 jaar geleden.¹¹⁸ Een weinig flexibele exceptie zou daarmee die dynamiek en de rechtsontwikkeling alleen maar in de weg staan; een duiding van de ‘contouren’ van de exceptie lijkt dan eerder aangewezen dan een duiding van concrete voorwaarden.

Een ander punt van vormgeving betreft de vraag of de exceptie dient te gelden als algemene exceptie (op te nemen in het Algemeen Deel) of als bijzondere exceptie (op te nemen in een apart artikel(lid) bij een strafbaarstelling). Diverse contextgebonden excepties kunnen relevant zijn ter zake van toegebracht lichamelijk leed. Beroepen op het ouderlijk tuchtigingsrecht, de (medische) beroepsuitoefening, de sport- en spelsituatie, de toestemming in het kader van de studentikoze ontgroening of het toebrengen van pijn ter verhoging van seksueel gerief (SM) zijn, blijkens de jurisprudentie, voornamelijk gevoerd en soms succesvol geweest ter zake van (een gradatie van) mishandeling. Dat neemt overigens niet weg dat scenario’s denkbaar zijn waarbij een exceptionele omstandigheid zich kan voordoen ten aanzien van een ander(soortig) delict, zoals misdrijven tegen de zeden, misdrijven tegen het leven gericht en belediging. Ook voor de kunstexceptie geldt dat deze in de regel van toepassing lijkt te zijn op een bepaald soort delicten, in dit geval de uitingsdelicten.¹¹⁹ Echter kan niet worden uitgesloten dat een beroep op de kunstexceptie succesvol kan zijn

117 Dit is bijvoorbeeld het geval bij de alom bekende strafuitsluitingsgrond overmacht, art. 40 Sr.

118 Toentertijd was tuchting door ouders en onderwijzers breder geaccepteerd, vgl. Rb. Dordrecht 19 december 1919, *NJ* 1920, p. 272 waarin een onderwijzer werd vrijgesproken van mishandeling. Hij had weliswaar een tienjarige jongen ‘pijn aangedaan’, ‘door met een stok eenige slagen op de achterdeelen toe te brengen’, maar daarbij heeft hij, naar het oordeel van de rechtbank, ‘de grenzen van het aan hem als hoofdonderwijzer toekomend tuchtrecht niet overschreden’.

119 Het Wetboek van Strafrecht kent weliswaar geen Titel ‘Uitingsdelicten’, maar onder deze verzamelterm vallen de delicten die uitingen vanwege hun inhoud strafbaar stellen. Zie voor een toelichting hierop, alsmede voor een overzicht van uitingsdelicten: Janssens & Nieuwenhuis 2019, p. 3-9.

in zaken waarin bijvoorbeeld vernieling, grafschennis of openbare schennis van de eerbaarheid ten laste is gelegd.¹²⁰ Ook de wetenschapsexceptie kan bij uiteenlopende delicten van toepassing kan zijn,¹²¹ evenals het verzetsrecht wanneer vaderlandse belangen worden nagestreefd tijdens een bezetting door een vijandelijke macht.¹²² Dit brengt met zich dat contextgebonden excepties qua juridische relevantie zich niet laten beperken tot enkele delict(groep)en. Om nodeloze herhalingen van bijzondere strafuitsluitingsgronden te voorkomen, zou, indien codificatie aangewezen blijkt, heel wel voor de variant van de algemene exceptie kunnen worden gekozen. Dat de contextgebonden excepties niet op *alle* strafbare feiten van toepassing (kunnen) zijn hoeft daarbij geen bezwaar op te leveren. Immers: de bestaande geschreven algemene strafuitsluitingsgronden gelden weliswaar in beginsel voor alle strafbare feiten, maar toepassing is ook niet ten aanzien van al die feiten even goed denkbaar.¹²³

Naast de hiervoor besproken overwegingen spelen ook overwegingen een rol die zien op strafprocesrechtelijke aspecten. Indien naar de letter sprake is van vervulling van een wettelijke delictsomschrijving, maar eveneens (onmiskienbaar) sprake is van een gedraging die niet strafwaardig c.q. strafbaar zou moeten zijn vanwege de context waarin die gedraging is verricht, is terughoudendheid in de inzet van het straf(proces)recht aangewezen. Als straffeloosheid van de chirurg, de kickbokser, de kunstenaar etc. op een contextgebonden exceptie zou moeten worden gebaseerd, ligt in die waarschuwing voor terughoudende inzet van het straf(proces)recht een argument om die exceptie ook wettelijk te verankeren: 'organen van de strafvorderlijke overheid plegen de wet in de regel goed te kennen.'¹²⁴ Van het codificeren van nieuwe excepties gaat volgens De Doelder een preventieve werking uit: 'eventuele aangiftes [zullen] het in de regel niet verder brengen dan het bureau van de officier van justitie aangezien deze zal vooruitlopen op het te verwachten oordeel van de rechter, te weten vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgung. Daardoor bereiken dit soort zaken zelden de rechtszaal,' aldus de Doelder.¹²⁵ Voor deze overweging is de aanname van belang dat een geschreven exceptie ten grondslag ligt aan een helder(der) opsporings- en vervolgingsbeleid en dat de exceptie een opsporings- en vervolgingsnormerende functie heeft. Indien dat zo is, zal de opsporingsambtenaar 'die in eerste instantie toch de wet [leest]'¹²⁶ meer

120 Cleiren & Bakker 2011, p. 35.

121 Te denken valt bijvoorbeeld aan het bezit van kinderpornografie, dierenmishandeling en belediging van een groep mensen bij geschrift.

122 Te denken valt bijvoorbeeld aan doodslag, vernieling en diefstal. Zie R Emmelink 1985.

123 Een beroep op noodweer(exces), art. 41 Sr, laat zich bijvoorbeeld moeilijk combineren met een delict als het aangaan van een dubbel huwelijk, art. 237 Sr.

124 Mevis 2011, p. 552.

125 De Doelder 2007, p. 33; Enschedé 1979, p. 59.

126 Bogert 2003, p. 16.

rekening houden met de exceptie dan wanneer deze 'slechts' uit de jurisprudentie zou voortvloeien. Daarbij dient evenwel in ogenschouw te worden genomen dat een wettelijk verankerde exceptie niet op een andere wijze van invloed is op de kwestie of de persoon die de gedraging heeft verricht (niet meer) als verdachte in de zin van art. 27 Sv wordt aangemerkt. Het 'recht doen aan de bijzondere positie' van participanten van een bijzondere context, zoals artsen, politieambtenaren, kunstenaars en deelnemers aan sport en spel, dat als zodanig als argument wordt gebezigd voor codificatie van contextgebonden excepties,¹²⁷ leidt niet zonder meer tot de conclusie dat er geen sprake is van een verdenking oftewel een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit.¹²⁸ Hoewel een strafrechtelijk onderzoek in bepaalde contexten gevoelig ligt, beschermt een wettelijke strafuitsluitingsgrond en het vermijden van de kwalificatie 'verdachte' niet tegen enig onderzoek naar gedragingen die daarin hebben plaatsgevonden.¹²⁹

Overigens niet alleen voor wat betreft de opsporing en de vervolging kan het geschreven zijn van de exceptie eventueel dienstig zijn, ook voor de rechterlijke oordeelsvorming zou, met een vergelijkbare redenering, een geschreven exceptie een toegevoegde waarde kunnen hebben. Als de geschreven exceptie een handvat vormt voor de interpretatie van feiten en omstandigheden op basis waarvan de strafbaarheid ter zake wordt bepaald, kan de exceptie een explicieter en concreter referentiepunt opleveren voor de rechter.¹³⁰

Hoewel het wettelijk verankeren van contextgebonden excepties voordelen met zich kan brengen, dient in aanmerking te worden genomen dat geschreven strafuitsluitingsgronden niet zaligmakend zijn. Een substantiële bijdrage aan het juridisch systematisch, juist en consistent vaststellen van (uitsluiting) van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan wel worden bereikt, maar wordt niet per definitie bereikt. Het onderscheid tussen een grond

127 Zie de Memorie van Toelichting bij 'Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het opnemen van een specifieke strafuitsluitingsgrond voor opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt in de rechtmatige uitoefening van hun taak en een strafbaarstelling van schending van de geweldsinstructie en wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het opnemen van een grondslag voor het doen van strafrechtelijk onderzoek naar geweldgebruik door opsporingsambtenaren (gewelddaanwending opsporingsambtenaar)', *Kamerstukken II 2016/17*, 34641 nr. 3: 'Hierbij kondigde ik aan te werken aan een aantal voorstellen om invulling te geven aan de bijzondere positie van opsporingsambtenaren die gebruik hebben gemaakt van hun geweldsbevoegdheid' en 'Het wetsvoorstel probeert recht te doen aan (...) de belangen van de opsporingsambtenaar'.

128 In een Aanwijzing van het OM kan overigens worden voorgeschreven dat de betrokken persoon bij de desbetreffende onderzoeken in beginsel niet als verdachte wordt aangemerkt ofwel dat ten aanzien van de betrokken persoon geen dwangmiddel als aanhouding wordt toegepast. Vgl. Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer, *Stcrt.* 2010, 20474.

129 Vgl. Mevis 2017b, p. 659.

130 Bogert 2003, p. 18.

die ziet op de niet-toepasselijkheid van de norm enerzijds en een grond die ziet op het gerechtvaardigd achten van de overtreding van de norm anderzijds¹³¹ wordt bijvoorbeeld niet verhelderd met een wettelijk verankerde exceptie. De door De Doelder geduide preventieve werking van geschreven excepties kan echter wel bijdragen aan het (vroegtijdig) recht doen aan de bijzondere positie van de verdachte. Dat argument is misschien wel van nog grotere waarde met een strafrechtspraktijk die wordt gekenmerkt door het veelvuldig opleggen van strafbeschikkingen.

Het in de wet opnemen van contextgebonden excepties leidt tot een beklemtoning van de (bijzondere) positie van de participant binnen die bijzondere contexten en tot aan concreter referentiepunt voor rechtstoepassers. Het lijkt echter niet zo te zijn dat het codificeren een *noodzakelijke* oplossing oplevert in de zoektocht naar meer inzichtelijkheid, voorspelbaarheid en consistentie bij de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid met betrekking tot gedragingen die zijn verricht in of vanwege bijzondere contexten. Daar waar een wettelijke contextgebonden exceptie in veel gevallen meer vragen oproept dan beantwoordt en ‘slechts’ een functie vervult die ziet op andere doelen¹³² dan systematiek, lijkt het in algemene zin codificeren van contextgebonden een *bepaalde* bijdrage te leveren aan meer systematiek. De inzichtelijkheid en voorspelbaarheid worden (tot op zekere hoogte) gediend; met betrekking tot consistentie is het wettelijk verankeren van contextgebonden excepties niet noodzakelijk.

Naast de kwestie of contextgebonden excepties dienen te worden gecodificeerd kan ook worden gedacht aan andersoortige materieelstrafrechtelijke wetwijzigingen. In het bijzonder zou hierbij kunnen worden gedacht aan meer wettelijke duiding van de ‘delictsinhoud’, op basis waarvan

131 Vgl. het onderscheid tussen scenario 1 en scenario 2 uit par. 4.2.2.2.

132 Men denke aan het (beter) kunnen reguleren van de problematiek door middel van een toetsingsmechanisme (zie bijv. de Memorie van Toelichting bij de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (*Kamerstukken II 1998/99*, 26691, nr. 3): ‘Met dit wetsvoorstel geeft het kabinet uitvoering aan hetgeen in het Regeerakkoord (...) op het punt van de euthanasie is opgenomen. Teneinde te verzekeren dat dit handelen in alle gevallen aan toetsing achteraf is onderworpen, kan de arts zich slechts op deze bijzondere strafuitsluitingsgrond beroepen indien hij zijn handelen meldt bij de gemeentelijke lijkschouwer en daarbij een verslag voegt bevattende een gemotiveerde uiteenzetting betreffende de inachtneming van die zorgvuldigheidseisen. Voorts voorziet het wetsvoorstel in toetsing achteraf van gemelde levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding door multidisciplinair samengestelde commissies.’), en – meer kwestieus – het reageren op incidenten (zie bijv. Mevis omtrent het wetsvoorstel Gewelddaanwending opsporingsambtenaren: ‘Met die argwanende kwalificatie [“incidentenwetgeving”, SB] wordt gedoeld op een te zeer door de actualiteit of politieke wenselijkheid vertroebelde gedrevenheid tot een van verstandige en bestendige algemene regelingen en uitgangspunten afwijkende wetgeving (al dan niet: voor speciale groepen), waarbij voor het bijzondere en afwijkende geen afdoende argumentatie of legitimatie bestaat.’ Mevis 2017b, p. 656).

rechtstoepassers reeds kunnen beoordelen of gedrag de kern van het betreffende delict raakt. In paragraaf 2.2.2.1 is stilgestaan bij de wijzen waarop delictsomschrijvingen in het Wetboek van Strafrecht zijn vormgegeven, waarbij aan de orde is gekomen de wijze waarbij gebruik wordt gemaakt van een delictskwalificatie. Door (vaker) tussen de beschrijving van het strafwaardige gedrag en de sanctienorm een tussenzin te plaatsen waaruit *to the point* blijkt om welk delict het gaat, kan mogelijk een bijdrage worden geleverd aan het voorspelbaarder en inzichtelijker maken van wat wel en wat niet onder de reikwijdte van de delictsomschrijving valt. De *Typizität*-benadering kan ingeval er een uitbreiding plaatsheeft van het aantal wettelijke delictskwalificaties aan waarde winnen.

In vergelijkbare zin benadrukt Pelsers 'dat de materieelrechtelijke kwalificatie – ook wanneer deze als rechterlijke kwalificatie wordt gehanteerd – ter herkenning, verduidelijking en als samenvatting van het delict werkt'.¹³³ Een uitbreiding van het aantal wettelijke delictskwalificaties kan – indachtig de in het kader van het codificeren van contextgebonden excepties besproken preventieve werking – leiden tot het in een vroeg stadium adequater kunnen beoordelen van strafwaardigheid van gedrag door rechtstoepassers. Daarvoor is evenwel van belang dat het gaat om 'delictskwalificaties die aansluiten bij het algemeen rechtsbewustzijn en zijn doorgedrongen in het spraakgebruik'¹³⁴ en dat met de betreffende delictskwalificatie niet de reikwijdte van de delictsomschrijving wordt verruimd of beperkt ten opzichte van de bedoeling van de wetgever.¹³⁵

Indien daartoe ruimte bestaat in de afzonderlijke strafbepalingen en als daarvoor passende delictskwalificaties voorhanden zijn, kan het toevoegen van dergelijke delictskwalificaties een bijdrage leveren aan de voorspelbaarheid en inzichtelijkheid van de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten. Rechtstoepassers, maar ook participanten van bijzondere contexten, kunnen aan de hand van de strafwet (beter) inschatten welk gedrag kan rekenen op een strafrechtelijke reactie en welk gedrag buiten het bereik van het strafrecht blijft of dient te blijven.¹³⁶ Met een *Typizität*-benadering kan ook meer consistentie worden bereikt, nu duidelijker wordt wat wel en wat niet als 'onrecht' kan worden aangemerkt: gedrag dat materieel niet beantwoordt aan de wette-

133 Pelsers 1995, p. 289.

134 Dat brengt ook mee dat bepaalde verouderde, archaische of anderszins niet meer in het algemeen taalgebruik gangbare delictskwalificaties kunnen en moeten worden gemoderniseerd. Als voorbeeld geeft Pelsers delictskwalificaties als 'knevelarij'.

135 Pelsers 1995, p. 289-290.

136 Hier zij opnieuw verwezen naar de in par. 3.3.1 aangehaalde argumentatie van de wetgever ten aanzien van het delict mishandeling, inhoudende dat alleen *letterknechten* de delictsomschrijving van toepassing zouden achten 'op den chirurgijn, die een operatie verricht'.

lijke delictomschrijving, zoals omschreven in het in paragraaf 4.2.2.2.1 beschreven eerste scenario, wordt niet (of in elk geval minder snel) niet-strafbaar geacht met hantering van het in paragraaf 4.2.2.2.2 beschreven tweede scenario. Met andere woorden: vermenging blijft achterwege. Immers: aan de beoordeling of het achterliggende rechtsgoed gerechtvaardigd is gekrenkt of in gevaar is gebracht komt men niet toe als reeds is vastgesteld dat de gedraging niet het delict oplevert zoals dat is bedoeld door de wetgever. Zodoende kan heldere wettelijke duiding van de ‘delictsinhoud’, door een uitbreiding van het aantal wettelijke delictskwalificaties in wettelijke strafbepalingen in het Wetboek van Strafrecht, een bijdrage leveren aan meer consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid.

5.4.2 Het (louter) verwerken en beoordelen van contextgebonden excepties bij de vervolgingsbeslissing?

In het kader van het beoordelen van contextgebonden excepties wordt in de strafrechtspraktijk reeds een belangrijke rol vervuld door het openbaar ministerie bij de vervolgingsbeslissing. De filterwerking van de vervolgingsbeslissing, in het bijzonder van het opportuniteitsbeginsel, brengt al mee dat het gros van de zaken waarbij sprake is van een verrichte gedraging in een bijzondere context niet voor de rechter wordt gebracht. Zeker in voor de hand liggende gevallen komt het niet tot een strafrechtelijk onderzoek, of anders gezegd: slechts in uitzonderlijke gevallen wordt er in een dergelijke zaak vervolging ingesteld. Dit doet de vraag rijzen of de zoektocht naar systematiek wellicht overbodig kan worden gemaakt door het (louter) laten verwerken en beoordelen van contextgebonden door het openbaar ministerie bij de vervolgingsbeslissing ofwel door contextgebonden excepties (slechts) aan te merken als vervolgingsuitsluitingsgronden.

Het opportuniteitsbeginsel biedt de officier van justitie een discretionaire ruimte bij de beoordeling van de wenselijkheid van vervolging (of van sepot). De officier kan immers in geval van een bewijsbaar (strafbaar) feit op grond van het tweede lid van art. 167 Sv afzien van vervolging op gronden aan het algemeen belang ontleend.¹³⁷ Bij de vervolgingsbeslissing is dus naast haalbaarheidsgronden bijzondere aandacht voor opportuniteitsgronden. Bij de haalbaarheidsgronden, ofwel de gronden die ten grondslag liggen aan een technisch sepot, gaat het bijvoorbeeld om het ten onrechte iemand hebben aangemerkt als verdachte, onvoldoende bewijs, een niet strafbaar feit of een niet strafbare dader. Immers: ‘het ligt in het algemeen gesproken niet voor de hand om tot strafvervolging over te gaan

137 Art. 167, lid 2, Sv kan positief (het algemeen belang moet vervolging noodzakelijk maken) of negatief (vervolging vindt telkens plaats, tenzij het algemeen belang een sterke(re) contra-indicatie oplevert) worden geïnterpreteerd. Zie over de positieve en negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel nader: Keulen & Knigge 2020, p. 173; Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 630-631 en de daarin aangehaalde literatuur.

in een strafzaak waarin naar redelijke verwachting geen veroordeling zal volgen.¹³⁸ Daarbij zal de officier van justitie anticiperend te werk gaan: hij zal een inschatting moeten maken van hoe de rechter zal oordelen (aan de hand van het strafvorderlijk beslissingsmodel). Als de officier van justitie dat niet doet, is de kans aanwezig of misschien wel groot dat de zaak 'schipbreuk' leidt.¹³⁹

Bij de opportuniteitsgronden, ofwel de gronden die ten grondslag liggen aan een beleidsepot, gaat het om gronden die in bepaalde groepen zijn onderverdeeld, waaronder gronden die samenhangen met de algemene rechtsorde (zoals een naderende wetwijziging of de staatsveiligheid), gronden die samenhangen met het gepleegde feit (zoals een oud feit, een feit van geringe ernst of een maatschappelijk belangenconflict) of gronden die met de persoon van de verdachte samenhangen (zoals de leeftijd van de verdachte of het feit dat de verdachte recentelijk is bestraft).¹⁴⁰

Met betrekking tot gedragingen die zijn verricht in bijzondere contexten kunnen zowel haalbaarheidsgronden als opportuniteitsgronden in de weg staan aan vervolging. Zo levert de omstandigheid dat het betreffende feit of de dader niet strafbaar is een haalbaarheidsgrond op en leveren de omstandigheid dat de gedraging slechts een geringe inbreuk oplevert voor de rechtsorde en de omstandigheid dat er sprake is van geringe strafwaardigheid een opportuniteitsgrond op die samenhangt met het gepleegde feit.¹⁴¹ Daarmee lijkt het openbaar ministerie adequaat geëquipeerd om in een vroeg stadium recht te doen aan de situatie, in die zin dat vroegtijdig kan worden beslist dat a) inzet van het strafrecht als bestraffend instrument ofwel onderzoek door de strafrechter niet aangewezen is en b) een strafrechtelijke veroordeling dus in bepaalde gevallen achterwege kan blijven. Daar waar de rechter een veroordeling 'voorkomt' met de verschillende modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, doet het openbaar ministerie dat met het sepotbeleid. Het opportuniteitsbeginsel kan in deze zin dienen als aanvulling op de gronden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid,¹⁴² zij het dat er een belangrijk verschil is. De toepassing van gronden voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid door de strafrechter is materieel van aard en de invulling van de discretionaire ruimte bij de vervolgingsbeslissing door de officier van justitie is strafprocesrechtelijk van aard. De beslissing van de officier van justitie is dan ook, als gezegd, (slechts) een inschatting aangaande strafwaardigheid en strafbaarheid.

138 Keulen & Knigge 2020, p. 173.

139 Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 627.

140 Zie nader: Aanwijzing sepot en gebruik sepotgronden, *Stcrt.* 2020, 62570 (incl. bijlage); Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 631.

141 Zie sepotgronden 05, 06, 40 en 42. De rechtmatige geweldsaanwending door de politieambtenaar is overigens voorzien van een eigen sepotcode: 09.

142 Holland 1989, p. 303; Groenhuijsen 2002.

Toch kan uit deze notie wel de gevolgtrekking worden gemaakt die terug is te vinden in de literatuur:

'Er bestaat (...) een wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en de strafuitsluitingsgronden: het bestaan van het opportuniteitsbeginsel betekent dat de strafuitsluitingsgronden geen volledig, sluitend systeem hoeven te vormen. Het opportuniteitsbeginsel kan worden toegepast in gevallen waarin minder duidelijk een beroep op een rechtvaardigingsgrond of een schulduitsluitingsgrond mogelijk lijkt, maar waarin desondanks wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid niet of nauwelijks aanwezig zijn. Tot op zekere hoogte kunnen gedragingen waarvoor geen strafuitsluitingsgronden beschikbaar zijn, maar die desondanks niet strafwaardig worden geacht, daardoor buiten het bereik van het strafrecht worden gehouden.'¹⁴³

Hieruit blijkt de grote toegevoegde waarde van het opportuniteitsbeginsel bij het recht doen aan de gedragingen die worden verricht in bijzondere contexten. Vergeleken met de strafrechter, is de officier van justitie beter toegerust met mogelijkheden om straffeloosheid te 'realiseren' waarbij rekening kan worden gehouden met de *ultimum remedium*-gedachte en het algemeen belang.¹⁴⁴ De toelichting bij sepotcode 42 lijkt dat te bevestigen:

'Hoewel aan de formele eisen van een strafbaar feit is voldaan en een rechtvaardigingsgrond of schulduitsluitingsgrond (overmacht, noodweer e.d.) in strikte zin ontbreekt, is het gebeurde ten aanzien van een strafuitsluitingsgrond een zodanig randgeval dat een strafvervolgning onevenredig zwaar zou zijn.'¹⁴⁵

De vraag rijst of het daarmee ook aangewezen is om de beslissing omtrent dergelijk gedrag (louter) een opportuniteitsbeslissing te laten zijn. De wenselijkheid in dezen kan echter sterk in twijfel worden getrokken. Zoals hiervoor reeds beschreven zijn er belangrijke verschillen tussen de verschillende oordelen en beslissingen, zoals het feit dat de vervolgingsbeslissing in essentie van strafprocesrechtelijke aard is, terwijl de juridische beoordeling van de strafrechter materieelrechtelijk van aard is. In het verlengde daarvan is de rol van het openbaar ministerie bij de vaststelling van strafwaardigheid en strafbaarheid beperkt: de beslissing omtrent de (opportuniteit van) vervolging omvat niet alle, althans niet hetzelfde type beoordelingen als de beslissing omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid. Tevens is de invulling van het opportuniteitsbeginsel (al dan niet in beperkte mate) onderhevig aan beleid en (politieke) belangen van tijdelijke aard, waarmee de vervolgingsbeslissing – zonder tekort te willen doen aan de rol van het openbaar ministerie – (anders dan een oordeel van de strafrechter) niet per definitie dwingt tot dogmatiek.

143 Geelhoed 2018, p. 386-388

144 Vgl. Crijns 2012, p. 12-14. Met name op het gebied van wetgeving en uitvoering kan de *ultimum remedium*-gedachte goed tot uitdrukking komen.

145 Toelichting bij sepotcode 42, in het kader van gronden samenhangende met het gepleegde feit, *Stcr.* 2020, 62570 (incl. bijlage).

Hoewel het opportuniteitsbeginsel en het afzien van vervolging als aanvulling op gronden voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid van groot belang zijn bij het recht doen aan de bijzonderheid van gedragingen die zijn verricht in de in dit onderzoek centraal staande contexten, lijkt een volledige overheveling niet wenselijk. Er wordt weliswaar gerealiseerd dat geen toepassing wordt gegeven aan het materiële strafrecht, hetgeen in het gros van de gevallen ook een aangewezen weg is, maar niettemin dient het aan de strafrechter te worden overgelaten wat in het concrete geval daadwerkelijk strafwaardig en strafbaar is. In dit licht ligt het eveneens niet voor de hand om contextgebonden excepties (louder) als vervolgingsuitsluitingsgronden te beschouwen: het is dan niet de rechter die oordeelt omtrent uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar de officier van justitie die toetst op de verenigbaarheid met de beginselen van een goede procesorde.¹⁴⁶

5.4.3 Het opheffen van het onderscheid tussen vrijspraak en ontslag van alle rechtsvervolging?

Een meer *out of the box*-bijdrage aan systematiek kan, naast 'aan de voorkant' ook 'aan de achterkant' worden gevonden. Door resultaten van de te nemen beslissingen te uniformeren kan immers mogelijk het problematische karakter van afwijkende gevolgen worden weggenomen. In concrete zin gaat het om het door Mulder verdedigde standpunt dat 'ontslag van alle rechtsvervolging (OVAR) uit het strafprocessueel vocabulaire dient te verdwijnen en moet worden ingelijfd bij vrijspraak.'¹⁴⁷

Bij de totstandkoming van het huidige Wetboek van Strafvordering is reeds aandacht uitgegaan naar het onderscheid tussen beide einduitspraken. In het Oorspronkelijk Regeringsontwerp voor het Wetboek van Strafvordering¹⁴⁸ werd in art. 344 zowel ten aanzien van het niet bewezen achten dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft gepleegd als ten aanzien van het niet strafbaar achten van de verdachte vanwege een strafuitsluitingsgrond gesproken van vrijspraak. Het ontslag van alle rechtsvervolging werd gereserveerd voor het geval het bewezenverklarde niet strafbaar kan worden geacht omdat 'de telastlegging een niet bij eenig wettelijk voorschrift strafbaar gesteld feit behelst.'¹⁴⁹ De niet-strafbaarheid vanwege een strafuitsluitingsgrond 'staat veeleer op eene lijn met dat, waarin het te laste gelegde feit niet bewezen is, dan met dat waarin dit, hoewel bewezen, niet onder een wettelijke gebods- of verbodsbepaling is te brengen', aldus

146 Geelhoed 2013, p. 334.

147 Mulder 1995, p. 269.

148 Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering (Staatscommissie Ort) 1913a.

149 Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering (Staatscommissie Ort) 1913b, p. 296.

de Staatscommissie onder voorzitterschap van Ort.¹⁵⁰ In deze opvatting lijken de strafuitsluitingsgronden materieelrechtelijk te worden gezien als daderschapsuitsluitingsgrond (de verdachte is niet de dader) en strafprocesrechtelijk te worden gezien als bewijsuitsluitingsgrond (het ten laste gelegde feit kan niet worden bewezen).¹⁵¹ In het uiteindelijke Wetboek van Strafvordering is men echter teruggekeerd¹⁵² naar het ontslag van alle rechtsvervolging bij aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond, (mede) naar aanleiding van de opmerking in het Verslag van de Commissie van Voorbereiding dat ‘de gegeven regeling indruischte tegen het systeem van het Strafwetboek, waarin de gronden van uitsluiting der strafbaarheid aan het opzet of de schuld van den verdachte niet afdoen.’¹⁵³

Niettemin gaat de voorkeur van Mulder uit naar inlijving van het ontslag van alle rechtsvervolging bij de vrijspraak. Hij stelt dat vroeger weliswaar met beide termen een betekenisverschil correspondeerde, maar dat dat verschil in het huidige procesrecht is uitgesleten en dat beide termen ‘eigenlijk synoniemen zijn’.¹⁵⁴ Specifieker gezegd: de vrijspraak is een overkoepelende term voor twee situaties die beide tot straffeloosheid leiden. In de woorden van De Pinto:

‘Teder eind-vonnis van den strafregter moet noodzakelijk inhouden eene veroordeling of eene vrijspraak: non ignoras definitivam sententiam quae condemnationem rel absolutionem non continet pro justa non haberi. (...) Nogtans kennen wij onder onze wet, even als onder de Fransche, twee soorten vrijspraak, de eerste, de vrijspraak in eigenlijke zin (acquittement), indien de schuld van den beschuldigde aan de hem ten laste gelegde daadzaken niet is bewezen; de tweede, het ontslag van alle rechtsvervolging (absolution), indien de regter oordeelt, dat het bewezen feit geene strafbare daad daarstelt, volgens de wet.’¹⁵⁵

De termen ontslag van alle rechtsvervolging en vrijspraak zijn in deze opvatting dus beide onderdeel van de overkoepelende term vrijspraak, als tegenhanger van de veroordeling. De vraag rijst of de nuancering tussen vrijspraak en wat nu ontslag van alle rechtsvervolging wordt genoemd overboord moet worden gegooid. De argumenten die Mulder aandraagt zien op uiteenlopende zaken.

150 Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering (Staatscommissie Ort) 1913b, p. 295.

151 Vgl. Lindenberg & Wolswijk 2021, p. 69, voetnoot 26.

152 Art. 216, tweede lid, Sv 1886: ‘Indien het feit of de dader niet strafbaar is, ontslaat zij den beklaagde van alle rechtsvervolging te dier zake.’ Zie: De Pinto II, 1886-1888, p. 236; overigens leidde voorheen de niet-toerekenbaarheid als gevolg van ‘noodweer’ of ‘zinneloosheid’, op grond van art. 210, eerste lid, Sv 1838 (wel) tot vrijspraak: De Bosch Kemper 1838-1840, dl. II, p. 551-552 en 567-573. In de loop der tijd werd in de praktijk ook bij een geslaagd beroep op een strafuitsluitingsgrond het ontslag van alle rechtsvervolging uitgesproken, zie bijv. HR 22 oktober 1867, W. 2945.

153 Blok & Besier 1925-1926, dl. II, p. 186.

154 Mulder 1995, p. 269.

155 De Pinto/De Pinto 1882, dl. II, p. 375-376.

Het eerste argument ziet dus op de afwezigheid van een verschil in betekenis:

‘Beide uitspraken, zo vrijspraak als OVAR, komen in de grond der zaak op hetzelfde neer: de verdachte is voortaan vrij man in de volle zin van het woord met een ‘onbesmet blazoën’. Er is geen enkele reden om hem in het ene geval niet, en in het andere geval wèl moreel te belasten. De rechter is geen zedemeester. De termen zijn onderling inwisselbaar zodat zonder bezwaar voor deze einduitspraken met één term kan worden volstaan, ongeacht of er sprake is van een gebrek aan bewijs, een rechtvaardigingsgrond of een al dan niet ‘pure’ strafuitsluitingsgrond.’¹⁵⁶

Het tweede argument, dat hij verder niet uitwerkt, ziet op de wenselijkheid vanuit didactisch oogpunt en ‘het voordeel van de grotere helderheid’.¹⁵⁷ Hoogstwaarschijnlijk wordt hiermee bedoeld de overzichtelijkheid: in de kern komt het dan namelijk neer op een, hiervoor aan de orde gekomen, onderscheid tussen veroordelen enerzijds en vrijspreken anderzijds, dat gemakkelijker aan te leren en toepasbaar zou zijn dan de het huidige onderscheid tussen vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolging en veroordeling.

Het derde argument ziet op de, in paragraaf 5.2.5 uiteengezette, boodschap die uitgaat van de dicta. Hij vindt ‘een royale vrijspraak’ passender dan een ontslag van alle rechtsvervolging (‘een surrogaat-vrijspraak’) in bijvoorbeeld de situatie waarin een gynaecoloog “willens en wetens’ een zwaar gehandicapte pasgeboren baby – feitelijk inoperabel open ruggetje, waterhoofd, veel pijn, kortstondige levensverwachting – in overleg met de ouders en overeenkomstig de daarvoor geldende regels een dodelijke injectie had gegeven.’¹⁵⁸ Het ontslag van alle rechtsvervolging (dat vermoedelijk volgde na een beroep op overmacht in de zin van noodtoestand) is in deze zaak ‘zeer onbevredigend’, aldus Mulder. In het bijzonder hecht hij belang aan de impact van juridische termen voor de gevoelens van de verdachte: ‘Hij had moeite met de kwalificatie die de juristen aan zijn daad gaven: “Alleen al het woord ‘moord’, waarvan de officier van justitie hem publiekelijk betichtte, gaat hem nog steeds door merg en been”.’

Of in het licht van dit onderzoek het door Mulder voorgestelde van toegevoegde waarde is, is zeer te betwijfelen. Hoewel een inlijving van het ontslag van alle rechtsvervolging bij de vrijspraak het voordeel van overzichtelijkheid (het tweede argument) heeft, biedt het geen (sluitende) oplossing voor de kwesties die maakten dat aandacht is uitgegaan naar dit voorstel. Immers: met de toepassing van het strafvorderlijk beslissingsmodel en de regels omtrent motiveren (en responderen) wordt het voor partijen en de samenleving inzichtelijk wat ten grondslag ligt aan een veroordeling of

156 Mulder 1995, p. 277.

157 Mulder 1995, p. 269 en 278.

158 Mulder 1995, p. 275-276.

straffeloosheid. De naam die aan de ‘soort’ straffeloosheid wordt gegeven is niet van invloed op de kwestie waar in het strafvorderlijk beslissingsmodel een kwestie aan de orde komt (maar andersom!). Zelfs als het beslissingsmodel zou worden beperkt tot slechts de vraag ‘is de beklaagde schuldig aan het hem te last gelegde misdrijf?’¹⁵⁹ waarbij in de beantwoording slechts een onderscheid wordt gemaakt tussen ja (veroordeling, schuldig) en nee (vrijspraak, onschuldig), dient bij negatieve beantwoording te worden gemotiveerd wat ten grondslag ligt aan dat oordeel. Kwesties aangaande bewijsbaarheid, de kwalificatie of de strafbaarheid komen dan toch aan de orde, wil de motivering adequaat zijn.

En hoewel de (maatschappelijke) perceptie van het ontslag van alle rechtsvervolgung misschien anders is dan die van de vrijspraak (derde argument), is het van belang te onderkennen dat het ontslag van alle rechtsvervolgung, zoals beschreven in paragraaf 5.2.5, een (omvang)rijkere beslissing betreft dan de vrijspraak. Daar waar het ontslag van alle rechtsvervolgung een oordeel omvat omtrent onschuld of niet-strafbaarheid, is de vrijspraak in eigenlijke zin slechts een uitspraak die ziet op het formele aspect dat slechts inhoudt dat het feit niet kan worden bewezen.¹⁶⁰ Als de van alle rechtsvervolgung ontslagene, de juristen, alsmede (de rest van) de samenleving dit voor ogen houdt, weegt het argument niet op tegen de juridische differentiatie. De rechter zou hieraan zelfs enkele woorden kunnen wijden in het vonnis of arrest. In dit licht kan het argument voor een inlijving van het ontslag van alle rechtsvervolgung bij de vrijspraak, inhoudende dat sprake is van eenzelfde betekenis: ‘onbesmet blazoen’ (het eerste argument), net zo goed een argument opleveren voor het handhaven van het huidige onderscheid.

Het door Mulder geopperde idee van het laten vervallen van het onderscheid tussen ontslag van alle rechtsvervolgung en vrijspraak lijkt op het eerste gezicht een bijdrage te kunnen leveren aan consistentie en voorspelbaarheid. Het ziet echter (alleen) op de uitkomst en niet op de totstandkoming van het dictum. Systematiek bij de verwerking van excepties in het strafvorderlijk beslissingsmodel wordt hiermee niet zozeer bereikt, als wel (slechts) een uniformering van de mogelijke resultaten ervan.

5.4.4 Een aanpassing van het beslissingsmodel?

In paragraaf 5.2.2 kwam aan de orde dat de grondslagleer (in combinatie met de daarmee gangbare wijze van ten laste leggen) is aan te merken als strafprocesrechtelijke factor die maakt dat een kwestie behorend bij de ene

159 Vgl. De Bosch Kemper 1865, p. 226.

160 Uit par. 5.2.5 volgde reeds dat de bewijsbeslissing naar aanleiding van de eerste materiële vraag een *feitelijke* beslissing is die de waarheid betreft en dat deze beslissing is anders dan de kwalificatiebeslissing naar aanleiding van de tweede materiële vraag: een *juridisch-inhoudelijke, normatieve* beslissing.

materiële vraag wordt behandeld bij een andere materiële vraag. Zo bestaat de concrete beschuldiging in de praktijk uit de delictsbestanddelen van een met een feitencomplex corresponderend wettelijk strafbaar feit, aangevuld met feiten en omstandigheden. Hierdoor raken de kwalificatiekwestie en de bewijskwestie nauw met elkaar verweven, in die zin dat, door het moeten bewijzen van de aan de wet ontleende termen, er weinig inhoudelijk meer over blijft van de kwalificatievraag. In die lijn zou, in geval van een tenlastelegging die ziet op een culpoos feit of op een feit waarin wederrechtelijkheid als bestanddeel is opgenomen, ook kunnen worden gesproken van een samensmelting van de bewijskwestie en de strafuitsluitingskwestie. De bewoordingen van de tenlastelegging blijken in diverse gevallen dan ook beslissend te zijn voor de uitkomst: vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgung.¹⁶¹ Een eerste vraag¹⁶² die rijst is of een afschaffing of nuancering van de grondslagleer wenselijk is in het kader van de zoektocht naar meer systematiek ten aanzien van de verwerking van contextgebonden excepties.

De officier van justitie kan met het opstellen van de tenlastelegging de omvang van het geding bepalen. De strafrechter is immers gebonden aan de tekst van de tenlastelegging: de essentie van de grondslagleer.¹⁶³ Bijeffect is dat de procespartijen (en in het bijzonder de verdediging) hun strategie op die tenlastelegging kunnen afstemmen en tijdens de zitting niet voor (grote) verrassingen komen te staan. De grondslagleer zorgt in dezen voor inzichtelijkheid omtrent de beschuldiging en duidelijkheid omtrent hetgeen waarover de rechter kan en mag oordelen, welke als grote voordelen kunnen worden beschouwd.

De in paragraaf 5.2.2 beschreven ‘tyrannie van de tenlastelegging’ bleek overigens aan nuanceringen onderhevig, waarmee de ogenschijnlijk strikte grondslagleer in de praktijk coulanter kan worden geïnterpreteerd.

‘In de jurisprudentie van de Hoge Raad kunnen aanwijzingen worden gevonden dat de Hoge Raad niet meer uitgaat van een gebondenheid aan de letterlijke tekst van de tenlastelegging, maar van een gebondenheid aan de *essentie* van de tenlastelegging. De Hoge Raad hanteert het uitgangspunt dat de feitenrechter de tenlastelegging mag interpreteren en in beginsel zelf mag bepalen of een bewezenverklaring in overeenstemming is met de tenlastelegging.’¹⁶⁴

Van belang is overigens de notie dat het gaat om ‘aanwijzingen’ en dat de tekst van de tenlastelegging niet naar de achtergrond is geraakt. De feitenrechter gaat nog steeds uit van de tekst van de tenlastelegging ‘en wijkt daar-

161 Van Veen 1986, p. 360.

162 In het navolgende zal ook worden ingegaan op een andere hantering van de materiële beslispunten.

163 Zie omtrent de zogenaamde tyrannie(ke werking) van de tenlastelegging en de nuances die erop zijn aangebracht par. 5.2.2.

164 De Wilde 2017, p. 494.

van alleen in bijzondere gevallen af.¹⁶⁵ Verder staat vanzelfsprekend vast dat geen ander strafbaar feit bewezen wordt verklaard dan het feit dat is opgenomen in de tenlastelegging.

Dit neemt overigens nog niet weg dat strafuitsluitingskwesaties en kwalificatiekwesaties in diverse gevallen worden gepromoveerd¹⁶⁶ tot bewijskwesaties, hetgeen een wijziging teweegbrengt ten opzichte van de in hoofdstuk 4 uiteengezette materieelrechtelijke benadering van contextgebonden excepties. Om daadwerkelijk tegemoet te komen aan de wens om een duidelijker onderscheid tussen de verschillende kwesaties, lijkt de grondslagleer nog verder te moeten worden genuanceerd of zelfs te moeten worden afgeschaft.

Echter, om met dat laatste te beginnen: op voorhand kan worden gesteld dat de afschaffing van de grondslagleer een te rigoureuze oplossing zou zijn voor een relatief klein probleem. Het voordeel dat zou kunnen worden bereikt met een afschaffing van de grondslagleer – een iets meer systematische verwerking van excepties – weegt (bij lange na) niet op tegen de voordelen die de grondslagleer in algemene zin met zich brengt, zoals de helderheid omtrent de omvang en afbakening van het strafgeding.

Een verdere nuancering van de grondslagleer zou eerder aangewezen kunnen zijn. In de kern zou een dergelijke nuancering moeten neerkomen op het benadrukken van het onderscheid tussen enerzijds de feitelijke vaststelling omtrent het bewijs van de ten laste gelegde gedraging en anderzijds de juridische beoordeling ofwel kwalificatie ervan. In navolging op hetgeen door Abels is bepleit,¹⁶⁷ zou het onderscheid tussen de bewijsvraag en de kwalificatievraag moeten worden gehandhaafd, in die zin dat het eerste materiële beslispoint voorbehouden blijft aan de vaststelling van het wettig en overtuigend bewezen zijn van hetgeen is ten laste gelegd en dat het tweede materiële beslispoint ziet op de vraag hoe het bewezenverklaarde juridisch-inhoudelijk, normatief dient te worden beoordeeld.

Indien dat niet (eenvoudig) lukt, bijvoorbeeld ingeval een kwalificatieve term dermate samenhangt met het bewijs (al dan niet ter discussie gesteld door de verdediging door het voeren van een Dakdekkerverweer) dat het schier onmogelijk is de beide beslissingen van elkaar te scheiden, wordt het problematisch. In het kader van de zuivere beoordeling van de gedraging, zou het dan echter niet misstaan om bij de bewijsvraag de aanwezigheid van wettig en overtuigend bewijs voor de betreffende gedraging de boventoon te laten voeren en bij de kwalificatiebeslissing te oordelen of de gedraging daadwerkelijk (ook in de geest van de bepaling) onder het bereik van de bepaling ('als bedoeld in art. X') valt of is te brengen. Andermaal:

165 De Wilde 2017, p. 496.

166 In lijn met het hiervoor besprokene zou misschien zelfs van 'degradatie' kunnen worden gesproken, nu een oordeel omtrent 'het recht' verwordt tot een oordeel omtrent (slechts) 'het bewijs'.

167 Zie par. 5.2.4.1.

‘het besef dat de (...) oordelen niet van elkaar zijn te isoleren, dwingt niet tot het in elkaar op laten gaan van de beide beslissingen.’¹⁶⁸

De huidige praktijk van het in elkaar op laten gaan van de beide beslissingen is (mede) ingegeven door de regels omtrent beslissen, motiveren en responderen, waarbij omtrent de bewijsbeslissing (alsmede naar aanleiding van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten en uitdrukkelijk voorgedragen verweren) een uitgebreidere verplichting geldt. In de woorden van Pelser: ‘de motiveringsregeling van de kwalificatiesbeslissing in artikel 358 lid 2 Sv juncto artikel 359 lid 2 Sv [is] voor de praktijk minder belangrijk dan die van de bewijsbeslissing en die van artikel 358 lid 3 Sv.’¹⁶⁹ Daar waar inhoudelijk het Dakdekkerverweer is gelijk te schakelen met een kwalificatieverweer van art. 358, derde lid, Sv, en het slechts ‘gek [zou] zijn als de vraag of de rechter de weerlegging van een inhoudelijk vergelijkbaar verweer moet motiveren alleen afhangt van de redactie van de tenlastelegging’¹⁷⁰ wordt het verweer toch verwerkt als bewijsverweer.

Hoewel het, die redenering volgend, niet verrassend is dat de Hoge Raad van de rechter verlangt dat hij een verwerping van een Dakdekkerverweer motiveert,¹⁷¹ is er wel ook wat voor te zeggen dat ook kan worden vastgehouden aan het onderscheid tussen bewijzen en kwalificeren én dat daarbij bijvoorbeeld ook van de rechter wordt verlangd dat hij de kwalificatiebeslissing motiveert.¹⁷² Daarmee kan niet alleen de kwalificatiebeslissing in ere worden hersteld, ook wordt voor verdachten en derden inzichtelijker wat maakt dat een gedraging wel of niet strafbaarheid meebrengt. Zo stelt Pelser:

‘Dat in de praktijk de motivering van de kwalificatiebeslissing bovendien doorgaans ontbreekt, omdat deze niet anders of meer zou kunnen inhouden dan dat het bewezen verklaarde kan worden gekwalificeerd, omdat de bewezenverklaring alle bestanddelen van de toepasselijke delictomschrijving omvat – een “tautologische clause de style” – waarbij de juistheid van de beslissing vrijwel volledig kan worden getoetst aan de hand van de in het vonnis opgenomen bewezenverklaring, hangt ermee samen dat in deze gevallen sprake is van – binnen de juridische wereld – algemeen aanvaarde interpretaties van de delictomschrijving. (...) Dat bijvoorbeeld het stilzetten van de electriciteitsmeter om zo gratis elektriciteit te kunnen gebruiken diefstal (art. 310 Sr) oplevert, is sinds het Elektricitetsarrest geen punt van discussie meer.’¹⁷³

168 Melai/Groenhuijsen, art. 350 Sv, aant. 11.

169 Pelser 1995, p. 283.

170 Koopmans 2017, p. 79.

171 HR 16 februari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC7516, NJ 1982/411 (*Dakdekker*); Koopmans 2017, p. 79.

172 In dat licht zou verder aansluiting kunnen worden gevonden bij Dreissen. Zij stelt dat de beoordeling van strafwaardigheid en strafbaarheid in wezen niet afwijkt van de beoordeling van de bewijsvraag. Een verschil in bewijsmaatstaf zou afwezig zijn; slechts is er sprake van een andere wijze waarop de strafrechter tot dat oordeel komt. Zie Dreissen 2020. Anders: Jansen 2020.

173 Pelser 1995, p. 284.

Dat neemt echter niet weg dat er situaties blijven bestaan die wel degelijk motivering behoeven, ook voor buiten de hiervoor aangehaalde 'juridische wereld':

'De verdachte en derden (waarbij bijvoorbeeld kan worden gedacht aan het Elektriciteitsbedrijf) hebben er recht op dat hun wordt verteld dát het gratis afnemen van elektriciteit als het wegnemen van een goed en dus als diefstal wordt opgevat.'¹⁷⁴

In het licht van de kwestie die in het kader van dit onderzoek speelt, zou deze nuancering verder gepaard moeten gaan met een enigszins andere hantering van de materiële vragen. De bewijsvraag zou dan moeten worden beperkt tot de vraag of feitelijk de ten laste gelegde gedraging wettig en overtuigend kan worden bewezen.

De betreffende delictsomschrijving raakt daarmee niet op de achtergrond, omdat deze nadrukkelijk aan de orde komt bij de kwalificatiebeslissing, die ten opzichte van de thans vigerende hantering aan waarde en betekenis zal winnen.¹⁷⁵ Deze kwalificatievraag kan, mijns inziens en in het bijzonder met het oog op de in dit onderzoek centraal staande excepties, worden opgedeeld in a) een *formele* kwalificatievraag waarbij de vraag wordt beantwoord of het bewezenverklaarde correleert met een wettelijke delictsomschrijving¹⁷⁶ (die bij positieve beantwoording de formele wederrechtelijkheid met zich brengt) en b) een *materiële* kwalificatievraag waarbij de vraag wordt beantwoord of de wettelijke delictsomschrijving ook materieel van toepassing is.¹⁷⁷ Bij dit laatste zal het neerkomen op de vraag of de bepaling voor dit betreffende geval is geschreven dan wel of de betreffende gedraging het 'typische' van het delict raakt. De vooronderstelling dat de bewezenverklaarde en formeel gekwalificeerde gedraging ook materieel kan worden gekwalificeerd, kan teniet worden gedaan door correctiefactoren. Bij de beantwoording van deze vraag kunnen als 'regulerende beginselen'¹⁷⁸ of correctiefactoren kwesties aan de orde komen zoals een *Typizität*-gebrek of het feit dat sociaal adequaat is gehandeld. Daarmee wordt dogmatisch gezien ook de Veearts-jurisprudentie van een juridisch zuiver(der)e plek voorzien: de situatie waarbij een rechtsgoed (überhaupt) niet wordt geraakt (of zelfs wordt gediend) – het in het vorige hoofdstuk beschreven eerste scenario – wordt daarmee systematisch onderscheiden

174 Pelser 1995, p. 284.

175 Het is niet ondenkbaar dat dit ook nog steeds het geval kan zijn als tenlasteleggingen vormgegeven blijven worden met gebruik van aan de wet ontleende termen. Dat zou echter wel gevolgen hebben voor bijvoorbeeld de plaats van behandeling van Dakdekkerverweren.

176 Dit kan kortweg worden geduid als een 'kwalificatie met het oog op de *letter* van de wet'.

177 Dit kan kortweg worden geduid als een 'kwalificatie met het oog op de *geest* van de wet'.

178 Deze term is afgeleid van de algemene regulerende beginselen die als correctiefactor kunnen dienen bij de vraag of een strafuitsluitingsgrond aannemelijk is geworden: de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, de *Garantenstellung* en *culpa in causa*.

van de situatie waarbij een gevaarzetting of krenking van een rechtsgoed wordt gerechtvaardigd – het in het vorige hoofdstuk beschreven tweede scenario – welke laatste aan de orde zal komen bij de volgende kwestie: de kwestie aangaande de rechtvaardigingsgronden.

Als gezegd wordt bij de kwestie aangaande de rechtvaardigingsgronden aandacht besteed aan de situatie waarbij een krenking of gevaarzetting van een rechtsgoed heeft plaatsgehad, maar waarbij vanwege een bepaalde grond moet worden geconstateerd dat die krenking of gevaarzetting gerechtvaardigd is. Naast de geschreven rechtvaardigingsgronden kunnen ook contextgebonden excepties waarbij sprake is van rechtvaardiging bij deze kwestie worden verwerkt. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval waarin de bewezenverklaarde gedraging dus weliswaar wel formeel en materieel kan worden gekwalificeerd, maar geen strafbaarheid oplevert vanwege de toestemming die de krenking of gevaarzetting heeft gerechtvaardigd.

Na de vraag omtrent rechtvaardiging komt de vraag aan de orde of een verwijtbaarheidsgebrek in de weg staat aan strafrechtelijke aansprakelijkheid. In dit kader komen de geschreven en ongeschreven schulditsluitingsgronden aan de orde.

Ten slotte komt de vraag aan de orde die ziet op het al dan niet opleggen van straffen of maatregelen.

Met de opsplitsing van de kwalificatievraag en de verdere hantering van het hier voorgestelde wordt een mogelijkheid van een rechtsgoedbenadering door de strafrechter gerealiseerd. De twee in hoofdstuk 4 beschreven scenario's krijgen daarmee een (beter) aanwijsbare en – belangrijker – een eigen plek in het strafvorderlijk beslissingsmodel. Contextgebonden excepties kunnen afhankelijk van het betreffende delict en afhankelijk van het scenario systematisch worden verwerkt als materiële kwalificatiekwestie of als rechtvaardigingskwestie. Het verdient daarbij aanbeveling dat nadere aandacht hieromtrent een plaats krijgt bij de motivering door de rechter, waarmee de belangen van inzichtelijkheid, consistentie en voorspelbaarheid nog verder worden gediend.

De tekst van art. 350 Sv (alsmede de tekst die is voorgesteld in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering)¹⁷⁹ lijkt ruimte te bieden voor deze voorgestelde hanteringswijze. Dit geldt zowel ten aanzien van de nuancering van de grondslagleer als de gedifferentieerde benadering bij de beantwoording van de materiële vragen.

Met de voorgestelde hanteringswijze kan meer recht worden gedaan aan de bijzonderheid van de context waarin de betreffende gedraging is verricht en worden contextgebonden excepties gedifferentieerder en meer in lijn met

179 Het voorgestelde art. 4.3.3 is hiervoor reeds opgenomen, in par. 5.2.1.

het materiële strafrecht beoordeeld dan thans gebeurt. Deze hanteringswijze is, gezien het in het voorgaande beschrevene, ook in lijn met hetgeen Abels bepleit:

‘Als blijkt dat in de praktijk door de redactie van de telastlegging de bewijs- en kwalificatiebeslissing onvoldoende van elkaar worden onderscheiden, wat ten gevolge heeft dat het beslissingsschema zoals is neergelegd in art. 350 wordt vertroebeld, dient veeleer die praktijk te worden gecorrigeerd dan de consequenties van deze praktijk te worden verzacht.’¹⁸⁰

5.5 AFSLUITENDE OPMERKINGEN EN DEELCONCLUSIE

In het voorgaande is inzichtelijk gemaakt dat diverse factoren van strafprocesrechtelijke aard en factoren die zijn gerelateerd aan de strafrechtspraktijk van invloed zijn op de verwerking van excepties en de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten. Daarbij is stilgestaan bij de grondslagleer, de dwingende volgorde in de beantwoording van de materiële vragen van het strafvorderlijk beslissingsmodel, de in de praktijk gangbare wijze van ten laste leggen en diverse andere factoren die maken dat de behandeling van een exceptie op een andere plaats aan de orde komt dan de plaats die volgt uit de materieelstrafrechtelijke analyse van hoofdstuk 4.

De verwerking van contextgebonden excepties in de strafrechtspraktijk blijkt aan inzichtelijkheid en consistentie in te boeten door diverse factoren, waarbij in sommige rechterlijke beslissingen tevens wordt afgestapt van de opvatting of bedoeling van de wetgever. Tevens kunnen enkele factoren als ‘toevallige factoren’ worden aangemerkt, welke niet per definitie een rechtvaardiging vormen voor een verschil in benadering ten opzichte van de benadering die het materiële strafrecht voorschrijft. Zo is de ‘toevallige’ keuze van een officier van justitie om een bepaalde kwalificatieve term (zoals ‘mishandelend’ of ‘mishandeling’) wel of niet op te nemen in de tenlastelegging of de keuze van de rechter om een dergelijke kwalificatieve term (anders dan de Hoge Raad) wel of niet beperkt te interpreteren van invloed op de plaats van verwerking van de exceptie. Gronden die materieelstrafrechtelijk impliceren dat sprake is van een kwalificatieuitsluitingsgrond of strafuitsluitingsgrond, worden afhankelijk van de soms willekeurige keuze bij het opstellen en formuleren van een tenlastelegging, wel of niet ‘gepromoveerd’ tot onderdeel van de bewijsbeslissing. Naast het feit dat deze factor niet per definitie het verschil tussen een vrijspraak en een ontslag van alle rechtsvervolgning rechtvaardigt, wordt de positie van de verdachte ook anders gepresenteerd. Hoewel een geslaagd beroep op een contextgebonden exceptie linksom of rechtsom resulteert in uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, gaat er een ander signaal uit van de

180 Melai/Groenhuijsen, art. 350 Sv, aant. 11.

uitkomst dat een bepaalde gedraging bijvoorbeeld niet ‘mishandeling’ mag heten dan van de uitkomst dat een bepaalde gedraging die als mishandeling moet worden omschreven in de beschuldiging niet kan worden bewezen. Ook de relatie of verhouding tussen de strafrechtelijke norm en de relevante exceptie raakt daarmee vertroebeld.

In de literatuur zijn diverse ideeën naar voren gebracht die potentieel kunnen bijdragen aan het wegnemen van deze oneffenheden en van de discrepantie tussen de materieelstrafrechtelijke theorie en de strafrechtspraktijk. Bespreking en analyse van deze ideeën leiden tot de slotsom dat niet alle inconsistentie en niet-inzichtelijkheid kunnen worden weggenomen en dat diverse voorgestelde ideeën niet geschikt of te rigoureuus zijn om de inconsistentie en niet-inzichtelijkheid van beperkte aard weg te nemen. Voorbeelden daarvan betreffen het (louter) verwerken van contextgebonden excepties op het niveau van de uitvoering in het kader van de vervolgingsbeslissing, het door Mulder voorgestelde opheffen van het verschil tussen vrijspraak en ontslag van alle rechtsvervolging en het afschaffen van de grondslagleer.

Dat neemt niet weg dat er wel nog steeds meer consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid in de verwerking van contextgebonden excepties kan worden gerealiseerd, en wel door minder omvangrijke ‘ingrepen’. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om meer wettelijke delictskwalificaties in strafbepalingen, een meer genuanceerde interpretatie van de grondslagleer en een meer gedifferentieerde beantwoording van de bestaande materiële vragen van het strafvorderlijk beslissingsmodel. De reeds in het vierde hoofdstuk aan de orde gekomen rechtsgoedbenadering en (explicietere) aandacht voor de redelijke wetstoepassing ofwel de *Typizität* kunnen worden ingebed in de huidige praktijk, zonder overtrokken wijzigingen.

Daarmee kunnen weliswaar (of iets negatiever gezegd: echter) misschien niet alle plooiën worden gladgestreken. Een pessimistische conclusie die daaruit getrokken kan worden is dat het strafprocesrecht – dat wordt geacht het materiële strafrecht te dienen – niet zo is ingericht dat de rechter *volledig* inzichtelijk, voorspelbaar en consistent tot (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid kan komen en *honderd procent* recht kan doen aan de bijzonderheid van de context. Een iets minder pessimistische, maar reëlere conclusie is dat de contextgebonden excepties dermate uitzonderlijk zijn dat ze niet eenvoudig in een hokje te plaatsen zijn en dat de materieelrechtelijke bijdragen aan inzichtelijkheid, voorspelbaarheid en consistentie in combinatie met de hierboven beschreven gedifferentieerde benadering van het strafvorderlijk beslissingsmodel voor een groot deel al oneffenheden kunnen wegnemen en leiden tot meer systematiek in vergelijking met de huidige situatie.

De bijdragen aan de consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid zullen in het afsluitende hoofdstuk in het kader van de specifieke aanbevelingen nader worden geduid en geconcretiseerd.

6.1 INLEIDING

In dit onderzoek stond de systematiek van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid centraal, met bijzondere aandacht voor de vaststelling daarvan vanwege gedragingen die zijn verricht in bijzondere contexten. Daarbij is naast de plaats en betekenis van contextgebonden excepties in het commune strafrecht ook aandacht uitgegaan naar de rol van zowel de wetgever als de rechter, alsmede naar de verhouding tussen hen. De rechter vervult een belangrijke rol, daar waar de wetgever (bewust)¹ die ruimte heeft gelaten. De wet biedt, ten aanzien van de beoordeling van gedragingen die zijn verricht in bijzondere contexten, niet altijd (de nodige) houvast. De ruimte die de wetgever heeft gelaten aan de rechter zou idealiter op een systematische (in de betekenis van: consistent, inzichtelijk en voorspelbaar) wijze moeten worden ingevuld. In hoeverre de rechter de bijzondere context waarin de gedraging heeft plaatsgevonden onderkent en erkent is aan onderzoek onderworpen. Met het antwoord op die vraag kon vervolgens worden beoordeeld in hoeverre de vaststelling van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid toereikend is om recht te doen aan de bijzonderheid van de contexten waarin gedragingen plaatshebben én of de wijze van afdoening consistent, inzichtelijk en voorspelbaar is voor de burger en (andere) procesdeelnemers.

Daartoe is allereerst stilgestaan bij de wijze(n) waarop uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gerealiseerd, waarna de afzonderlijke verschillende bijzondere contexten waarbinnen de excepties zich (kunnen) hebben doen laten gelden zijn uitgediept. Vervolgens is ingegaan op de grondslagen op basis waarvan uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid aangewezen is of zou zijn in die contexten, alsmede bij de materieelstrafrechtelijke en formeelstrafrechtelijke factoren die van invloed (kunnen) zijn op de mate van consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid in de verwerking van excepties (en verweren dienaangaande). In het onderzoek is, als gezegd, tevens de koppeling aangebracht met de rollen van de wetgever en rechter, alsmede aan de verhouding tussen beide actoren.

In dit laatste hoofdstuk worden de beschrijvingen en bevindingen uit het onderzoek uiteengezet (paragraaf 6.2) welke aan de basis liggen van een waardering aangaande de kwestie in hoeverre de wijze van vaststelling van

1 Zie hoofdstuk 1 alwaar naar de wetsgeschiedenis is verwezen; Smidt 1881-1886, dl. I, p. VI.

uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, zowel in materiële zin als in formele zin, systematisch, in de zin van consistent, inzichtelijk en voorspelbaar, is ingericht om recht te doen aan gedragingen die zijn verricht in of vanwege bijzondere contexten (paragraaf 6.3). Die waardering vormt de opmaat voor een normatieve slotbeschouwing waarin wordt ingegaan op de kwestie hoe en langs welke lijnen de systematiek in de rechterlijke vaststelling kan worden bevorderd (paragraaf 6.4). De beschouwing resulteert in enkele concrete aanbevelingen, die zijn gericht aan zowel de wetgever, het openbaar ministerie als de strafrechter (paragraaf 6.5). Ten slotte zal in de uitleiding van het onderzoek aandacht worden besteed aan kwesties die nader onderzoek verlangen (paragraaf 6.6).

6.2 BEVINDINGEN

Het strafrecht heeft een fragmentair karakter. Slechts de gedragingen waarvan de wetgever vindt dat deze strafrechtelijk gehandhaafd dienen te worden, kunnen op een strafrechtelijke 'reactie' rekenen. Daarbij gaat het om gedragingen die een gevaar voor of krenking van (door de wetgever als beschermenswaardig te achten) rechtsgoederen opleveren. Ingegeven door het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel dient de wetgever in een (voorafgaande) wettelijke delictomschrijving te 'vatten' wat strafwaardig gedrag is. Het legaliteitsbeginsel heeft daarmee niet alleen een instrumentele functie, inhoudende dat wetgever, rechter en andere organen of functionarissen van de strafrechtspleging gehouden zijn om bij de vervulling van hun eigen taak het primaat van de wet te eerbiedigen en te garanderen, ook heeft het een waarborgfunctie: de burger mag de gerechtvaardigde verwachting koesteren dat gedrag dat niet wettelijk strafbaar is gesteld ook niet wordt vervolgd en bestraft.² Het legaliteitsbeginsel dient in die zin de rechtszekerheid: de wetgever verwoordt wat strafwaardig gedrag is, de burger kan zijn eigen gedrag afstemmen op de wet en de strafrechtsketen (in het bijzonder: de strafrechter) wordt voorzien van een referentiepunt bij het (consistent, inzichtelijk en voorspelbaar) beoordelen van gedrag. Dat brengt ook mee dat een gedraging die niet is aan te merken als een door de wetgever aangeduide strafwaardige gedraging, gevrijwaard dient te blijven van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Een verrichte gedraging die wel als zodanig is voorzien van een wettelijke delictomschrijving (en onder de reikwijdte daarvan valt) hoeft nog niet per definitie strafrechtelijke aansprakelijkheid met zich te brengen. Er is ruimte voor uitzonderingen. Gegronde redenen voor vervulling van de bestanddelen uit de betreffende delictomschrijving kunnen aan de basis liggen van het strafrechtelijk vrijuit doen gaan van degene die de gedraging verrichtte. Deze gronden zien dan niet op de *strafwaardigheid*

2 Cleiren 2008, p. 292. Vgl. De Hullu 2021, p. 84.

ofwel de toepasselijkheid van de strafbaarstelling in het concrete geval, maar op de *strafbaarheid* van de gedraging of van de verdachte ofwel de mate waarin strafrechtelijk wordt geaccepteerd, geoorloofd of getolereerd dat de verdachte de strafwaardige gedraging (in die concrete omstandigheden) heeft verricht. Die gronden rechtvaardigen de verrichte gedraging bij een gevaarzetting of krenking van een door een wettelijke strafbepaling beschermd rechtsgoed of disculperen in dat geval de verdachte.

In het *tweede hoofdstuk* is gebleken dat het strafrecht in de basis is voorzien van mogelijkheden om recht te kunnen doen aan gedragingen die zijn verricht in of vanwege een bijzondere context. In bijzondere contexten komt het geregeld voor dat gedragingen worden verricht die naar de letter vallen onder het bereik van een wettelijke delictsomschrijving, terwijl strafwaardigheid of strafbaarheid in een dergelijk geval niet (per se) aangewezen is. De wetgever heeft immers gedragingen *in zijn algemeenheid* strafbaar gesteld en heeft daarbij niet altijd de gevallen behorend bij *bijzondere* contexten waarin een dergelijke gedraging kan plaatshebben voor ogen gehad en verwerkt in een dergelijke strafbaarstelling. De wetgever heeft voor wat betreft de beoordeling daaromtrent de rechter en de wetenschap de ruimte geboden om invulling te geven aan een eventuele wettelijke leemte en daarmee ook de mogelijkheid geboden om de vooronderstelling van strafwaardigheid of strafbaarheid van het overtreden van de wet vanwege de betreffende bijzondere context te ontkrachten.

In de jurisprudentie en literatuur zijn diverse modaliteiten aan de orde om (ogenschijnlijke) vervulling van delictsomschrijvingen vanwege de context buiten het bereik van het strafrecht te houden dan wel niet te laten resulteren in een strafrechtelijke veroordeling van de persoon die de gedraging verrichtte. Uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gerealiseerd door het (laten) wegvallen van één der voorwaarden van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De vier cumulatieve voorwaarden – menselijke gedraging, die valt onder het bereik van een wettelijke delictsomschrijving, die wederrechtelijk is en die aan de dader te verwijten valt – welke in zekere zin worden beoordeeld bij de eerste drie materiële (hoofd)vragen van het strafvorderlijk beslissingsmodel, dienen immers te zijn vervuld voordat kan worden gesproken van strafbaarheid. Door het wegvallen van één der voorwaarden is de strafrechter niet meer gelegitimeerd om, ter zake van het feit waarvan de verdachte wordt beschuldigd, te veroordelen. Uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan in het licht van het voorgaande worden bereikt over de band van de bewijsvraag, van de kwalificatievraag en van de vragen aangaande strafuitsluiting.

Het beoordelen van gedragingen die zijn verricht binnen bijzondere contexten is, zoals blijkt uit het *derde hoofdstuk*, echter geen sinecure. De binnen die contexten geldende (zorgvuldigheids)normen verschillen veelal van de (zorgvuldigheids)normen daarbuiten, terwijl de wetgever bij de formulering van de van toepassing zijnde strafbepaling veelal de gang-

bare, algemene normen voor ogen heeft gehad.³ In bijzondere contexten geldt veelal dat de participant zijn eigen en andere gedragingen bekijkt en beoordeelt vanuit een perspectief dat nauw samenhangt met de betreffende context en de normen die in die context gelden (een medisch perspectief met medische normen, een cultureel perspectief met culturele normen, een sportief perspectief met spelregels etc.), terwijl dat perspectief en die normen niet altijd stroken met het gebruikelijke (of gangbare) juridische perspectief en strafrechtelijke normen. Zo is een gerichte stomp in de regel vanuit juridisch perspectief aan te merken als een opzettelijk toebrengen van pijn of letsel, terwijl die gedraging in de boksring gepast en geoorloofd kan zijn. Slechts in enkele gevallen bleek een notie van de wetgever te ontdekken aangaande de (te maken) beoordeling van gedragingen die zijn verricht in bijzondere contexten. In beginsel – en dus buiten die gevallen – is het de strafrechter die de vrijheid heeft en kan benutten om ter zake een oordeel te vellen omtrent de toepasselijkheid van de strafbepaling (mede inhoudende de vaststelling of afzonderlijke delictsbestanddelen zijn vervuld) en/of de aannemelijkheid van gronden welke de strafbaarheid wegnemen. Hij heeft daartoe een arsenaal aan mogelijkheden om recht te doen aan de bijzonderheid van de context en hij kan (daarmee) met de nodige nuance en differentiatie tot een juiste, rechtvaardige (en maatschappelijk wenselijke) uitkomst komen.

De *verscheidenheid* aan mogelijkheden brengt echter ook risico's met zich. *Verscheidenheid* blijkt in de strafrechtspraktijk gepaard te gaan met *vaagheid*. Niet altijd is immers duidelijk en inzichtelijk waarom of op basis waarvan voor een bepaalde modaliteit van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gekozen. *Verscheidenheid* en *vaagheid* brengen tevens een risico op *vermenging* of niet-consistent gebruik van bepaalde modaliteiten met zich.

Om *vermenging* en *inconsistentie* te voorkomen is in het eerste deel van het *vierde hoofdstuk* een materieelstrafrechtelijke analyse toegepast. Daartoe is ten eerste op zoek gegaan naar en stilgestaan bij gemeenschappelijke kenmerken van de bijzondere contexten. Deze gemeenschappelijke kenmerken bieden namelijk meer inzicht in de reden waarom de vraag wordt opgeroepen of in een bepaalde context het strafrecht(elijk optreden) überhaupt van toepassing dient te zijn. De aan- of afwezigheid van deze gemeenschappelijke kenmerken of 'grondslagen' van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid vormen daarmee als zodanig een aanwijzing of hulpmiddel bij het bepalen van de strafwaardigheid en/of strafbaarheid van een concrete gedraging. In het tweede deel van het vierde hoofdstuk is, ten behoeve van het concretiseren van het verschil tussen strafwaardig en niet-strafwaardig gedrag, alsmede van het verschil tussen niet-strafwaardig

3 'Elke regeling is nu eenmaal als zodanig een generalisering, die afgestemd is op het doorsnee-geval.' Van Binsbergen 1976, p. 96.

en niet-strafbaar gedrag, aan de hand van het achterliggende rechtsgoed als richtinggevend instrument, geanalyseerd hoe de rechter die verschillen op een inzichtelijke, voorspelbare, dogmatisch juiste wijze kan duiden en (daarmee) inconsistentie kan voorkomen.

Voor het eerste deel van de analyse – de zoektocht naar gemeenschappelijke kenmerken van bijzondere contexten – is de vraag relevant wat precies ten grondslag ligt aan de notie dat het verricht zijn van een gedraging in of vanwege een bijzondere context maakt dat de beoordeling van strafwaardigheid of strafbaarheid anders wordt ofwel de notie dat de rol van het strafrecht in de betreffende context beperkt is of dient te zijn. De gronden die daaraan ten grondslag liggen zijn te onderscheiden in een drietal niveaus.

Het eerste niveau betreft het niveau van de rechtsorde (macro-niveau). De bijzondere context laat zich in dit geval kenmerken door ‘participanten’ die gedragingen verrichten vanwege een toekomstend (fundamenteel) recht of een (wettelijke) verplichting (en daaruit voortvloeiende bevoegdheden). Het tweede niveau betreft het niveau van het maatschappelijk leven (meso-niveau). De bijzondere context laat zich in dit geval kenmerken door ‘participanten’ die gedragingen verrichten vanwege een bepaalde rol die zij vervullen in de samenleving en/of vanwege een maatschappelijk verwachtingspatroon. De gedraging is daarmee ‘functioneel’ of ‘sociaal adequaat’. In dit licht kan ook worden gedacht aan gedragingen die strafrechtelijk niet (meer) relevant zijn, vanwege een gebrek aan subsocialiteit. Het derde niveau betreft het niveau van het individu (micro-niveau). De bijzondere context laat zich in dit geval kenmerken door participanten of deelnemers die gedragingen verrichten vanwege een uiting van zelfbeschikking van de gelaedeerde. Een rechtens te erkennen bijzondere relatie tussen verdachte en slachtoffer (bijvoorbeeld ingegeven door de door een slachtoffer gegeven toestemming) kan onder voorwaarden en omstandigheden in de weg staan aan strafrechtelijke aansprakelijkheid.

De drie niveaus zijn in abstracto van elkaar te *onderscheiden*, maar in de praktijk niet altijd van elkaar te *scheiden*. In diverse bijzondere contexten liggen grondslagen van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid uit verschillende niveaus aan de basis van de notie dat ter zake de rol van het strafrecht (als bestraffend instrument) beperkt moet zijn of worden.

Voor het tweede deel van de materieelstrafrechtelijke analyse is vanuit een systematisch-dogmatisch en normatieve invalshoek vervolgens onderzocht hoe de argumenten, die kunnen worden gevonden op verschillende niveaus, op inzichtelijke, consistente en voorspelbare wijze gestalte kunnen krijgen in de variëteit aan modaliteiten om tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te komen. In de zoektocht naar houvast voor de strafrechter is daartoe (uitgebreider) stilgestaan bij de rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de vaststelling van strafwaardigheid of strafbaarheid van gedrag. Bescherming van een rechtsgoed

is immers de *ratio legis* of het doel van strafbaarstelling van gedrag;⁴ het betreffende rechtsgoed kan daarom als een richtinggevend instrument worden gehanteerd bij de beoordeling van gedrag.

Op het niveau van wetgeving speelt het rechtsgoed dus een essentiële rol: slechts gedrag dat een gevaar voor of krenking van een rechtsgoed oplevert komt in aanmerking voor een strafbaarstelling, waarmee, verder doorredenerend, het rechtsgoed in feite de reikwijdte van de strafbaarstelling bepaalt.⁵ Daar waar de rechtsgoedbenadering (tegen de achtergrond van het legaliteitsbeginsel) essentieel is op het niveau van wetgeving, blijkt een dergelijke benadering (nog) niet heel gangbaar op het niveau van rechtspraak, in het bijzonder bij de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid.

‘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.’⁶

Een rechtsgoedgeoriënteerde rechtspraak kan evenwel bijdragen aan inzichtelijkheid, voorspelbaarheid en consistentie en dus aan de systematiek van de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid in geval van gedragingen die zijn verricht in bijzondere contexten, waarbij de rol van de wetgever wordt geëerbiedigd, daar waar hij nog wel handvatten heeft geboden aan de strafrechter.

In het kader van de in dit onderzoek centraal staande excepties is deze bijdrage aan de systematiek tweeledig. Ten eerste kan aandacht voor het achterliggende rechtsgoed worden benut bij de (voorlopige) oordeelsvorming aangaande de strafwaardigheid van de gedraging: op die manier wordt aansluiting gezocht bij de bedoeling of opvatting van de wetgever aangaande de reikwijdte van ‘het onrecht’, zodat het verschil tussen strafwaardigheid en niet-strafwaardigheid duidelijk en inzichtelijk wordt (hetgeen de rechtszekerheid dient). Ten tweede kan aandacht voor het achterliggende rechtsgoed worden benut bij de hantering van een onderscheid tussen niet-strafwaardigheid en niet-strafbaarheid. Bij het strikt handhaven van het verschil tussen enerzijds het geval waarin het (door de wetgever geformuleerde) achterliggende rechtsgoed *niet* in gevaar is gebracht of *niet* is gekrenkt en anderzijds het geval waarin het achterlig-

4 Peršak 2007, p. 104-105.

5 Vgl. Machielse 1979; S.S. Buisman 2020. Tevens kan het rechtsgoed een systematische of ordenende functie vervullen: de strafbaarstellingen uit het Wetboek van Strafrecht zijn (*grosso modo*) ingedeeld op de achterliggende rechtsgoederen, welke terugkomen in de benaming van de betreffende Titel in het wetboek.

6 Van de Wetering, Eckhardt & Bakker 2018, p. 166.

gende rechtsgoed *wel* in gevaar is gebracht of *wel* is gekrenkt, maar zulks gerechtvaardigd heeft mogen plaatsvinden, wordt uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid dogmatisch zuiverder vastgesteld. Het eerste geval betreft immers een kwalificatiekwestie; het tweede geval betreft een strafuitsluitingskwestie. Hoewel (in beginsel) beide gevallen leiden tot ontslag van alle rechtsvervolging, is de boodschap die van de uitspraak uitgaat verschillend. Men kan immers aan dat verschil de conclusie verbinden dat bij de exceptie als kwalificatie-uitsluitingsgrond ('de handeling van de vakbekwame arts, de sportieve kickbokser etc. mag geen (zware) mishandeling heten') de (maatschappelijke) positie van de verdachte anders lijkt te worden gepresenteerd dan bij de exceptie als strafuitsluitingsgrond ('de vakbekwame arts, de sportieve kickbokser etc. heeft (zwaar) mishandeld, maar daar had hij een reden voor'). Nog anders zou dat zijn wanneer van het alternatief van 'creatieve interpretatie' gebruik wordt gemaakt. Indien de betreffende delictsomschrijving zich daarvoor leent kan over de band van de bewijsbaarheid van delictsbestanddelen tot straffeloosheid worden geconcludeerd. De contextgebonden excepties worden dan als 'negatieve bestanddelen' van de delictsomschrijving gezien, waardoor succesvolle inroeping van de exceptie zou leiden tot vrijspraak ('de handeling van de vakbekwame arts, de sportieve kickbokser etc. kan niet als zodanig worden bewezen').⁷

Naast het feit dat (meer) aandacht van de strafrechter voor de verhouding van de delictsomschrijving ten opzichte van het rechtsgoed een bijdrage levert aan de systematiek van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid (en daarmee ook aan de rechtszekerheid), heeft die aandacht een positief neveneffect. Een rechtsgoedbenadering kan voor de rechtstoepassers, in het bijzonder voor de strafrechter, een bruikbaar en adequaat instrument zijn voor en handvat zijn bij beslissingen omtrent interpretatie en toepassing van strafwetgeving. Uit die interpretatieve functie van het rechtsgoed volgt inherent dat er interactie of een dialoog ontstaat tussen wetgever en rechtstoepassers, zoals de strafrechter.⁸ Door (meer) aandacht voor het rechtsgoed te hebben bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid, vindt normbevestiging en/of rechtsvorming plaats, waarbij respect naar (de opvatting van) de democratisch gelegitimeerde wetgever wordt uitgedragen. Het rechtsgoed kan in dat licht ook een functie vervullen als regulerend principe of 'bindmiddel' tussen staatsmachten.⁹ Het rechtsgoederenconcept is in staat om rechtsvorming te begeleiden die telkens is gebaseerd op de doelen en belangen die met strafbaarstelling worden beoogd, en die oog heeft voor de verhouding tussen de verschillende actoren die deze doelen en belangen moeten realiseren.¹⁰

7 Bakker 2020, p. 230.

8 Vgl. Lauterwein 2010, p. 37-38.

9 Zie nader: Esser 2019, hoofdstuk 2. Zie ook: De Hullu 2021, p. 68-70; Van de Wetering, Eckhardt & Bakker 2018; Machielse 1979.

10 Esser 2021, p. 200.

De materieelstrafrechtelijke analyse staat echter niet op zichzelf. Diverse factoren liggen ten grondslag aan een andere behandeling van de excepties dan die volgt uit de in het vierde hoofdstuk uitgevoerde (materieelstrafrechtelijke) analyse. De keuze om een bepaald feit ten laste te leggen (met mogelijk een verschil in te beschermen rechtsgoed), de grondslagleer in combinatie met de dwingende volgorde van de materiële (hoofd)vragen van art. 350 Sv en de in de praktijk gangbare wijze van ten laste leggen (waarbij delictsbestanddelen uit de delictsomschrijving worden overgenomen in de tenlastelegging) vormen een greep uit het scala aan factoren. De rechtspraktijk lijkt op basis van deze factoren, welke in sommige gevallen zelfs kunnen worden aangemerkt als 'toevallige' factoren,¹¹ de inzichtelijkheid, voorspelbaarheid en consistentie in vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid die konden worden gevonden in het materiële strafrecht soms te moeten laten varen. Het gevolg is een verschil in benadering dat niet is ingegeven door het materiële strafrecht (hetwelk juist leidend is), maar dat is ingegeven door het strafprocesrecht en de strafrechtspraktijk (hetwelk respectievelijk welke juist het materiële strafrecht dienend of volgend zou moeten zijn). Met deze discrepantie raakt in sommige gevallen de bedoeling of opvatting van de wetgever op de achtergrond, ontstaat mogelijk onduidelijkheid over de relatie tussen de norm en de exceptie en verwatert het onderscheid tussen bewijs, kwalificatie en strafuitsluiting (met bijvoorbeeld een verschil in dicta tot gevolg).

Om (de bevindingen uit) de materieelstrafrechtelijke analyse van betekenis te laten zijn, is in het *vijfde hoofdstuk* ook in kaart gebracht welke 'consequenties' voor de rechtspraktijk (al dan niet ingegeven door het strafprocesrecht) gepaard kunnen gaan voor effectuering van (meer) systematiek. Daarbij is de rol van (de opvatting van) de wetgever niet uit het oog verloren. Die 'consequenties' zullen, na een waardering naar aanleiding van de centrale hoofdvraag van dit onderzoek, nader voor het voetlicht worden gebracht in paragraaf 6.4.

6.3 WAARDERING

Bij de rechterlijke beoordeling van gedrag, waarbij sprake is van een situatie die wordt gekenmerkt door een meervoudigheid van normstelsels (zoals vaak het geval is bij bijzondere contexten), is het niet altijd eenvoudig om vast te stellen of sprake is van gedrag dat voor bestraffing in aanmerking komt of van gedrag dat straffeloos moet blijven. Enschedé duidt dit aan als 'een beoordeling in twee tempo's: op het eerste gezicht, en bij nader toezien',¹² waarbij de beoordeling van de bijzondere context een belangrijke rol speelt.

11 De Jong 1981, p. 266.

12 Enschedé 1984, p. 133.

‘Indien nu een dienaar der wet zijn aandacht richt op Jan, die een ander opzettelijk pijn of letsel heeft aangedaan of een wonde heeft toegebracht, dan maakt het voor die beoordeling op het eerste gezicht aanzienlijk verschil of dat Jan is, dan wel dokter Jan. Als volgt:

Als Jan in de kroeg Piet een snee in de buik heeft toegebracht, dan valt dat *op het eerste gezicht* onder de delictomschrijving van mishandeling; *bij nader toezien* kan evenwel blijken, dat Piet het op Jan’s leven had gemunt en Jan heeft gehandeld in noodweer, een der in de wet voorziene rechtvaardigingsgronden, en daarom niet gestraft mag worden.

Maar als dokter Jan patiënt Piet op de operatietafel een snee in de buik heeft toegebracht, is er reeds *op het eerste gezicht* niets aan de hand. Dokter Jan deed, wat hij behoorde te doen en wat iedereen, patiënt Piet inclusief, van hem verwachtte. Dokter Jan handelde op het eerste gezicht rechtmatig, en aan toetsing aan een delictomschrijving komt men helemaal niet toe. Dat zou pas anders worden, als er *bij nader inzien* twijfel rijst, of dokter Jan wel gehandeld heeft overeenkomstig de regelen van de kunst en van de medische ethiek [mijn cursiveringen, SB]¹³

Hier wordt zichtbaar dat in verschillende bijzondere contexten er als het ware een verschuiving of omkering plaatsvindt in de beoordeling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid. Vanwege diverse grondslagen (op verschillende, in het vierde hoofdstuk uiteengezette niveaus) wordt bepaald (in beginsel strafbaar) gedrag in bijzondere contexten als ‘gewoon’ of ‘toelaatbaar’ beschouwd en dient inzet van het strafrecht in eerste instantie reeds geen plaats te hebben. Het strafrecht, als bestraffend instrument, dient pas te worden benut bij uitzonderingsgevallen ten opzichte van het ‘gewone’ of het ‘toelaatbare’ (in het citaat: wanneer niet overeenkomstig de regels van de beroepsgroep is gehandeld).¹⁴

Het onderzoek naar de gedragingen die zijn verricht in de bijzondere context (om te beslissen of het bijvoorbeeld een uitzonderingsgeval betreft dat (toch) bestraft dient te worden) vindt echter wel al plaats binnen het strafrecht. Het strafrecht, in de zin van het onderzoek op basis van het geheel aan regels dat wordt gehanteerd om strafrechtelijke aansprakelijkheid vast te stellen ten behoeve van de beoordeling of het een kwestie betreft die aan de strafrechter moet worden voorgelegd, wordt gebruikt zodat de noodzaak van inzet van het strafrecht, als bestraffend instrument, kan worden gerechtvaardigd.¹⁵ Indien uit het onderzoek naar de noodzakelijkheid van de inzet van het strafrecht niet eenduidig blijkt dat inzet van het strafrecht, als bestraffend instrument, vanwege de context waarin de gedraging is verricht achterwege dient te blijven, is het vervolgens de vraag

13 Enschedé 1984, p. 133.

14 Vgl. De Hullu 2021, p. 348, met verwijzing naar o.a. Rb. Breda 10 december 1987, ECLI:NL:RBBRE:1987:AC1752, NJ 1988/714 waarbij een tandarts werd veroordeeld vanwege onnodig boren en gaatjes vullen.

15 Dit is de enigszins paradoxale benadering die reeds in par. 3.1 werd beschreven.

hoe de rechter om moet gaan met de notie 'hier is het strafrecht niet voor bedoeld', indien het openbaar ministerie de kwestie (toch) aan de rechter voorlegt.

Dit vormt de aanloop naar het antwoord op de centrale hoofdvraag in hoeverre de vaststelling van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid toereikend is om recht te doen aan de bijzonderheid van de contexten waarin gedragingen plaatshebben én of de wijze van afdoening consistent, inzichtelijk en voorspelbaar is voor de burger en (andere) procesdeelnemers. *Op het eerste gezicht* (om in de terminologie van Enschedé te blijven) is het strafrecht in potentie adequaat ingericht om recht te kunnen doen aan gedragingen die zijn verricht in of vanwege een bijzondere context. Daar waar de wetgever een en ander (te zeer) aan de strafrechter heeft overgelaten, kan de strafrechter, afgaande op de potentie van materieelstrafrechtelijke concepten, op een systematische wijze tot een gedifferentieerd oordeel komen. Hierbij is van belang dat 'systematisch' niet als synoniem wordt gezien van 'uniform'. De verschillende (in het derde hoofdstuk uitgewerkte) contextgebonden excepties kunnen over verschillende banden resulteren in straffeloosheid, hetgeen op zichzelf geenszins bezwaarlijk is. Alle contextgebonden excepties beschouwen als 'ongeschreven rechtvaardigingsgronden' – dus 'uniform' – zou niet een op het specifieke geval toegespitste en tegelijk systematische wijze van vaststelling van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen.¹⁶ Een 'systematische' vaststellingswijze laat zich namelijk kenmerken door stelselmatigheid die leidt tot een inzichtelijke, voorspelbare en consistente beoordeling die juridisch zuiver blijft. Als uniformiteit zou prevaleren boven systematiek leidt dat tot situaties waarin geen sprake meer is van juridisch zuiver redeneren. Als bijvoorbeeld sprake is van een situatie waarbij (eigenlijk) de norm überhaupt niet van toepassing is of zou moeten zijn, maar waarbij (vanwege een ongegronde wens om uniformiteit) de norm wel van toepassing wordt geacht en vervolgens straffeloosheid wordt gerealiseerd in het licht van de rechtvaardiging van de (fictieve, kunstmatig vastgestelde) overtreding van de norm, wordt de situatie niet juridisch zuiver beoordeeld. De strafrechter is voorzien van een scala aan modaliteiten om systematisch tot een (juridisch zuiver) oordeel te komen. Hij kan immers op grond van verschillende argumenten vaststellen dat straffeloosheid aangegeven is, omdat bijvoorbeeld de achterliggende norm niet wordt geraakt of omdat de achterliggende norm gerechtvaardigd wordt overschreden. *Bij nader inzien* is het voor de rechter echter niet eenvoudig om de notie 'hier is het strafrecht niet voor bedoeld' een plaats te geven in het te hanteren beslissingsmodel. Hierop zal nader worden ingegaan aan het slot van deze paragraaf in paragraaf 6.4.

16 Hetzelfde geldt uiteraard voor het beschouwen van alle contextgebonden excepties als kwalificatie-uitsluitingsgronden.

Voor het onderscheid tussen een 'niet geraakte' achterliggende norm en een 'gerechtvaardigd overschreden' achterliggende norm, komt betekenis toe aan de figuur van de *Typizität* en het rechtsgoederenconcept. Uit de analyse van het vierde hoofdstuk volgt dat een onderzoek naar de *Typizität* door de rechter kan bijdragen aan de 'redelijke wetsuitleg'¹⁷, 'redelijke wetstoepassing'¹⁸ of 'fair labelling'¹⁹. Door de gedraging te toetsen aan 'het typische van het delict', 'de delictsinhoud' of *the essence of the offence*, kan de rechter tot het oordeel komen dat een gedraging, verricht in of vanwege een bijzondere context al dan niet onder de reikwijdte van het delict kan worden gebracht. Met gebruikmaking van het rechtsgoed als instrument bij de beoordeling van strafwaardigheid en strafbaarheid van gedrag kan de rechter gedifferentieerd bepalen of het gaat om a) de situatie waarin de achterliggende norm niet wordt geraakt ofwel waarin het achterliggende rechtsgoed niet in gevaar wordt gebracht of gekrenkt dan wel om b) de situatie waarin de achterliggende norm wel wordt geraakt ofwel waarin het achterliggende rechtsgoed wel in gevaar wordt gebracht of wordt gekrenkt (maar dat daarvoor een grond voor rechtvaardiging bestaat).

Een dergelijke benadering (die eveneens in paragraaf 6.4. nader wordt toegelicht) leidt tot een zuiverdere vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid – gronden voor rechtvaardiging worden behandeld als strafuitsluitingskwestie; gronden voor het oordeel dat de strafrechtelijke norm überhaupt niet is geraakt worden behandeld als kwalificatiekwestie – waar een zekere stelselmatigheid aan ten grondslag ligt. In het licht van de onderzoeksvraag kan dit positief worden gewaardeerd: een stelselmatige beoordeling draagt op haar beurt namelijk bij aan systematiek, in de betekenis van consistent, inzichtelijk en voorspelbaar.

Een situatie waarbij sprake is van een wetgever die (te) veel aan de strafrechter overlaat in combinatie met een discrepantie tussen de (materieel-strafrechtelijke) theorie en de (strafprocesrechtelijke) praktijk kan echter maken dat soms aan inzichtelijkheid, voorspelbaarheid en consistentie in de rechterlijke vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt ingeboet. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om verschillende oordelen omtrent (de vorm van) uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in (ogenschijnlijk) gelijke gevallen of om oordelen die verschillend luiden op basis van weinig inzichtelijke hantering van modaliteiten om tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid te komen. Zo komt niet altijd een kwestie aan de orde waar deze, materieelstrafrechtelijk gezien, besproken dient te worden, al dan niet vanwege een 'toevallige' factor die niet per definitie een verschil in hantering rechtvaardigt. Daar waar de wetgever de juist handelende arts niet onder het bereik van de mishandelingsbepaling wilde

17 HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6712, NJ 2006/612 m.nt. M.J. Borgers, r.o. 8.4.

18 Corstens, Borgers & Kooijmans 2021, p. 955.

19 Duker 2013.

scharen,²⁰ hetgeen op basis van de hiervoor besproken materieelrechtelijke analyse een kwalificatie-uitsluitingsgrond impliceert, wordt, wanneer de term ‘mishandeling’ of ‘mishandelend’ zelf in de tenlastelegging is opgenomen, de verdachte bij een succesvol beroep op de medische exceptie vrijgesproken,²¹ sinds de Hoge Raad de afwezigheid van een rechtvaardiging als onderdeel van het bestanddeel ziet.²² Wanneer de term ‘mishandeling’ of ‘mishandelend’ in de tenlastelegging overigens ontbreekt, dient de verdachte te worden ontslagen van alle rechtsvervolging.²³ Dergelijke ‘toevallige’ factoren (een in de jurisprudentie gevormde definitie die een verschuiving teweegbrengt van kwalificatiekwestie naar bewijskwestie,²⁴ alsmede de keuze van de officier van justitie om een kwalificatief bestanddeel al dan niet op te nemen in de tenlastelegging) leiden tot onnodige en onwenselijke vaagheid en inconsistentie. En in het verlengde daarvan rijst bijvoorbeeld de vraag in hoeverre het legitiem is dat een voetballer strikt gezien zou worden *vrijgesproken* van mishandeling bij een niet gewenste maar in de context van voetbal enigszins te verwachten, te laat ingezette *sliding tackle* en een kickbokser wordt *ontslagen van alle rechtsvervolging* ter zake van zware mishandeling bij een uitgedeelde klap die de tegenstander *knock-out* doet gaan, terwijl beide gedragingen en beide feiten passend zijn in de respectievelijke, eigen context.

Deze en andere in dit onderzoek aan de orde gekomen inconsistenties bij de toepassing van contextgebonden excepties kunnen niet altijd worden weggelaten, maar hoeven zich niet steeds voor te doen, wanneer de bijzonderheid van de context een passende plek krijgt (of behoudt) in de te nemen beslissingen door de rechter. Die bijzonderheid van de context kan *in abstracto* worden geduid aan de hand van de in hoofdstuk 4 uiteengezette grondslagen op de verschillende niveaus. Voor de rechter ligt het daarmee in de rede om eerst te bepalen wat de betreffende context kenmerkt en op welk niveau – macro-, meso- of microniveau – de grondslag kan worden gevonden voor niet-strafwaardigheid, niet-strafbaarheid of een beperkte rol van het strafrecht ofwel voor terughoudendheid in de inzet van het strafrecht. Vervolgens kan hij dus het aan de orde zijnde achterliggende

20 ‘Die opzettelijk aan een ander lichamelijk leed toebrengt is volstrekt niet altijd strafwaardig. Men denke aan heilkundige operaties (...). Het misdrijf behoort zóó uitgedrukt te worden, dat deze en dergelijke gevallen er niet in begrepen zijn.’ En: ‘Wie (...) als chirurgijn, iemand eene operatie doet ondergaan, veroorzaakt opzettelijk leed, maar wordt, daar leed daarbij geen doel, maar middel is voor een rationeel doel, niet gezegd te mishandelen.’ Zie Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 475 en 477.

21 Vgl. het vonnis inzake de ‘Haagse borstendokter’: Rb. Den Haag 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243.

22 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, NJ 2011/466 m.nt. N. Keijzer.

23 Vgl. Quak 2020, p. 37-39; Gritter 2013, p. 144. En bij zware mishandeling doet dit zich niet voor.

24 In dit licht kan bijvoorbeeld ook worden gewezen op de in par. 5.2.4.1 uiteengezette, in de jurisprudentie ontwikkelde, driestappentoets bij de beoordeling van beledigingsdelicten, waarbij de kunstexceptie als kwalificatie-uitsluitingsgrond wordt gepromoveerd tot bewijsuitsluitingsgrond.

rechtsgoed als aanknopingspunt gebruiken voor de positionering van het gevoerde verweer in relatie tot het in de tenlastelegging aan de orde zijnde of gestelde delict. Daarmee kan de notie van terughoudendheid in de inzet van het strafrecht in geval van gedragingen die zijn verricht in of vanwege een bijzondere context eveneens een plek krijgen bij de inhoudelijke, rechterlijke beoordeling van (niet-)strafwaardigheid en (niet-)strafbaarheid van gedrag.

6.4 SLOTBESCHOUWING: NAAR EEN (MEER) SYSTEMATISCHE BEOORDELING VAN GEDRAGINGEN IN BIJZONDERE CONTEXTEN

Het strafrecht wordt in algemene zin veelal getypeerd als *ultimum remedium* of uiterst/laatste (red)middel. Die *ultimum remedium*-gedachte functioneert primair op het niveau van wetgeving, maar is ook goed zichtbaar op het niveau van de uitvoering: nieuwe strafwetgeving of het instellen van strafvervolgning heeft pas plaats als is gebleken dat andere instrumenten tekortschieten; slechts dan dient de inzet van het strafrecht te worden overwogen.²⁵ Met andere instrumenten wordt bijvoorbeeld bedoeld de inzet van het civiele recht of het bestuursrecht. In de *ultimum remedium*-gedachte zijn ook kenmerken van ‘interne werking’ terug te vinden die overeenkomen met het subsidiariteitsbeginsel²⁶ en de idee dat terughoudendheid geboden is als het gaat om gebruik of inzet van ingrijpende en verstreckende bevoegdheden die het straf(proces)recht rijk is. Bovenop de terughoudendheid van inzet van het strafrecht in algemene zin, dient ten aanzien van gedragingen die zijn verricht in een bijzondere context een extra mate van terughoudendheid te gelden.²⁷ Die terughoudendheid kan worden teruggevoerd op de in dit onderzoek onderscheiden grondslagen uit de verschillende niveaucategorieën (macro-, meso- en microniveau) in combinatie met de rechtsgoedgesachte.

Daar waar de noodzaak van de inzet van het strafrecht dient te worden aangetoond voorafgaand aan een nieuwe strafbaarstelling door de wetgever²⁸ of bij de handhaving ervan door het openbaar ministerie,²⁹ lijkt

25 Zie uitgebreider: Crijns 2012, 12-14.

26 Crijns 2012, p. 14: ‘steeds dient de minst ingrijpende wijze van optreden te worden gekozen en in gevallen waarin dit (apert) niet gebeurt, kan dit een schending van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging opleveren.’

27 Vgl. met betrekking tot de medische beroepsuitoefening: Smeehuijzen 2000.

28 Buisman 2020, p. 67: ‘de noodzaak van de inzet van het strafrecht dient te worden aangetoond, en in het geval van twijfel dient van strafbaarstelling te worden afgezien.’

29 Crijns 2012, p. 13-14: ‘[doet] zich met name voor op die maatschappelijke terreinen van het (bijzonder) strafrecht waarop in de loop der jaren een stelsel van duale handhaving is ontstaan. In dergelijke gevallen heeft de wetgever voor één en dezelfde normovertreding zowel een bestuursrechtelijke als een strafrechtelijke reactie mogelijk gemaakt, om het vervolgens aan de uitvoerende macht te laten criteria te ontwikkelen in welke gevallen voor het strafrecht dan wel het bestuursrecht wordt gekozen.’

bij de beoordeling aangaande de strafrechtelijke aansprakelijkheid door de strafrechter weinig plaats, althans geen expliciete plaats voor een beoordeling hieromtrent.³⁰ Enerzijds is dat begrijpelijk nu het strafrecht al een rol heeft gehad, blijkend uit bijvoorbeeld reeds ingezette strafvorderlijke (dwang)middelen en de ingestelde vervolging. Anderzijds kan, zeker in het licht van de inhoudelijke behandeling van een zaak waarin een gedraging ten laste is gelegd die heeft plaatsgevonden in een bijzondere context, een plaats voor de notie van terughoudendheid aangewezen zijn, waardoor vanwege de bijzonderheid van de context de noodzaak of gepastheid van bestraffing gedifferentieerder kan (of zelfs moet) worden beoordeeld, waar ook een preventieve werking van uit kan gaan. Bijvoorbeeld in het kader van de te maken afweging omtrent strafvervolging kan het openbaar ministerie anticiperen op een oordeel van de rechter aangaande de noodzaak van bestraffing, welke aan de orde komt bij de vaststelling van strafwaardigheid.³¹ Dit brengt mee dat het openbaar ministerie (ook) de verschillende niveaucategorieën kan benutten bij de te nemen vervolgingsbeslissing, al dan niet door incorporatie ervan in OM-aanwijzingen. Als het openbaar ministerie (al dan niet in weerwil daarvan) tot vervolging overgaat, dan is er een heldere, verantwoorde en afbakenende modaliteit wenselijk op het niveau van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid om *in ultimo* de gedraging van de participant aan te toetsen in het licht van de noodzakelijkheid van bestraffing te dezen. In de beoordeling die de strafrechter dient te maken is dan tevens ruimte om aansluiting te zoeken of te vinden bij de oorspronkelijke bedoeling of opvatting van de wetgever, dan wel in dialoog te treden met de wetgever. Daarmee duikt een eerste aandachtspunt voor de strafrechter op.

Een notie van (extra) terughoudend (inzet van het) strafrecht kan worden gerealiseerd door explicietere incorporatie van die notie in de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Immers:

‘Het strafrecht is een recht van de tweede rang. Het is slechts een sanctierecht, strekt slechts uit tot handhaving van de verhoudingen tussen de mensen zoals die in de rechtsorde (...) zijn voorzien. Het strafrecht van de overheid, haar *jus puniendi*, is door onze wetgever beperkt tot die met de rechtsorde strijdige gedragingen die beantwoorden aan daartoe in de wet neergelegde delictsomschrijvingen.’³²

30 Bij beantwoording van de *formele* vragen van art. 348 Sv, voorafgaand aan de beoordeling aangaande de strafrechtelijke aansprakelijkheid zou de rechter tot de uitspraak kunnen komen dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk is in de vervolging, bijvoorbeeld vanwege schending van beginselen van een behoorlijke procesorde, bestaande uit vervolging op willekeurige of oneigenlijke gronden.

31 In dezen kan worden gewezen op het verwerken en beoordelen van de door Vrij geïntroduceerde ‘subsocialeit’. Zie nader par. 2.2.5.

32 Enschedé 1984, p. 131.

‘Het strafrecht van de overheid’ is daarmee kennelijk niet bedoeld voor gedragingen die niet met de rechtsorde strijdig zijn en die (daardoor) niet de delictsomschrijvingen (zouden mogen) vervullen, zoals deze bedoeld zijn door de wetgever. Een geschikte plaats voor verwerking van deze notie is de kwalificatiebeslissing, die daarmee meer betekenis krijgt. De bijzonderheid van de context kan met zich brengen dat de rechter van oordeel is dat de gedraging die heeft plaatsgevonden in die context niet de essentie raakt van hetgeen de wetgever voor ogen had bij de totstandkoming van de ter zake van toepassing zijnde strafbepaling. Als gevolg daarvan kan de strafrechter vaststellen dat een strafrechtelijke reactie achterwege dient te blijven en dat geen sprake is van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Aandacht van de rechter voor de *Typizität* bij de kwalificatievraag en de toepassing van het in hoofdstuk 4 beschreven eerste scenario kan uitkomst bieden voor gevallen waarin de delictsomschrijving naar de letter wordt vervuld (en de ten laste gelegde gedraging kan worden bewezenverklaard), maar waarin desondanks met de delictskwalificatie geen recht wordt gedaan aan (het type) gedragingen waar de delictsomschrijving naar het oordeel van de wetgever betrekking op heeft (of slechts op zou moeten hebben):³³ de arts die een been afzet pleegt naar de letter weliswaar zware mishandeling, maar doet dat in het kader van de geneeskundige *behandeling*. Daarmee kan door de strafrechter aansluiting worden gezocht bij de wetgever die bijvoorbeeld, als gezegd, bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht de arts die heekundige operaties verricht buiten het bereik van het strafrecht wilde houden.³⁴ Op deze wijze kan het strafrecht als instrument of als geheel aan regels die worden gehanteerd om strafrechtelijke aansprakelijkheid vast te stellen (*in concreto*: om te onderzoeken of de participant in de bijzondere context binnen de grenzen van de context is gebleven) worden benut, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de grenzen van de delictsomschrijving en de opvatting en rol van de wetgever. Aandacht voor de *Typizität*, bijvoorbeeld blijkend uit een concrete beoordeling ervan in zijn overweging, biedt de strafrechter, als gezegd, de gelegenheid om de reeds bewezenverklaarde gedraging, in het kader van ‘redelijke wetsuitleg’ niet onder de reikwijdte van een beschrijving te brengen die niet bedoeld is voor een dergelijke niet-typische variant. Normstelling en rechterlijke normbevestiging in dezen zullen dan ook leiden tot inzichtelijkheid en voorspelbaarheid, hetgeen het resultaat kan teweegbrengen dat opsporing en vervolging achterwege blijft, daar waar in de voorfase duidelijkheid is omtrent de verhouding tussen gedraging, context en norm. De kritische aanvullende werking van de *Typizität* kan de participanten in bijzondere contexten, zoals kunstenaars, wetenschappers, artsen, deelnemers aan

33 Van de Wetering, Mevis & Van der Heide 2019, p. 243-244. ‘De enkele vervulling van de bestanddelen lijkt dan onvoldoende recht te doen aan de toetsing van het bewezen handelen aan de delictsomschrijving in zijn geheel.’

34 Smidt/Smidt 1891-1901, dl. II, p. 475.

sport en spel etc., in bescherming nemen 'door niet de tekst van de delictsomschrijving te overstrekken teneinde daarmee (...) reeds op het niveau van de interpretatie van het delict uit te sluiten van strafbaarheid, maar om toch de *ratio legis* van het delict voldoende tot zijn recht te laten komen.'³⁵ Een bijkomend voordeel is dat nog steeds gedifferentieerd kan worden beoordeeld of de participant van de bijzondere context binnen de in de betreffende context geldende (afwijkende) normenkaders is gebleven (en dat dus oneigenlijk gebruik of misbruik van de context nog steeds als strafwaardig kan worden beoordeeld), vóórdat zal of mag worden onderzocht of sprake is van een strafuitsluitingsgrond. De strafuitsluitingskwestie is immers pas relevant indien het bewezenverklaarde een strafbaar feit oplevert en er aanleiding is om te onderzoeken of er gronden zijn die de bewezenverklaarde en gekwalificeerde gevaarstelling of krenking van een rechtsgoed rechtvaardigen (of de verdachte disculperen). Daarmee dient zich een tweede aandachtspunt aan.

Meer en explicietere aandacht voor het achterliggende rechtsgoed draagt bij aan consistentere verwerking van contextgebonden excepties, leidt tot inscherping bij de strafrechter en bevestigt het fragmentaire karakter van het strafrecht met eerbiediging voor de opvattingen en bedoelingen van de wetgever. In de woorden van Bogert: 'Uit de taak van de rechter vloeit voort de rechtsgoederenbescherming en de (eventueel door de wetgeving geformuleerde) nuancering van de rechtsgoederenbescherming nader vorm te geven.'³⁶ Zoals reeds eerder uiteengezet kan het achterliggende rechtsgoed een zeer goed bruikbaar instrument en handvat zijn bij de beoordeling van strafwaardigheid respectievelijk strafbaarheid, waarmee inzicht wordt verworven in de verhouding tussen de strafrechtelijke norm en de exceptie. Ook kan aandacht voor het rechtsgoed worden benut voor de vaststelling van het onderscheid tussen een beperking van de strafrechtelijke norm en een geaccepteerde overtreding van de strafrechtelijke norm. Wanneer de gedraging moet worden geacht buiten het bereik van de strafwet te liggen vanwege het uitblijven van een krenking van een rechtsgoed of vanwege het feit dat dergelijk handelen 'in totaliteit en naar zijn strekking bekeken'³⁷ niet onder het bereik van het Wetboek van Strafrecht valt, komt men aan de vraag naar de aannemelijkheid van een strafuitsluitingsgrond niet toe.³⁸ Zeker wanneer die aandacht voor het rechtsgoed gepaard gaat met expliciete opneming ervan in vonnissen en arresten, worden de consistentie en voorspelbaarheid bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid gediend en wordt inzichtelijker hoe de gedraging zich verhoudt tot hetgeen de wetgever voor ogen heeft gehad ten tijde van de totstandkoming van de strafbaarstelling (indien hij heeft geëxpliciteerd welke belangen hij beoogde te beschermen met de strafbaar-

35 Van de Wetering, Mevis & Van der Heide 2019, p. 245.

36 Bogert 2003, p. 17

37 Van de Wetering, Mevis & Van der Heide 2019, p. 244.

38 Enschedé 1985b, p. 32; Van Veenendaal 1993, p. 111.

stelling). Het benutten van deze kansen levert in algemene zin een bijdrage aan de rechtszekerheid naar buiten toe aangaande de grenzen van/tussen strafwaardigheid en strafbaarheid en levert daarmee ook een bijdrage aan systematische vaststelling daarvan door de strafrechter.

Het voorgaande dient niet zozeer te leiden tot een ander beslissingsmodel voor de strafrechter, als wel tot incorporatie van de hiervoor genoemde aandachtspunten in het bestaande beslissingsmodel. Hoe dat kan worden vormgegeven volgt uit paragraaf 5.4.4 en wordt in paragraaf 6.5 nader uiteengezet. Het is in het licht van de in dit onderzoek centraal staande excepties verder niet noodzakelijk om rigoureuze veranderingen door te voeren om de gewenste (bijdrage aan de) consistentie te bereiken. Hoewel bijvoorbeeld gegronde kritiek kan worden geuit op de praktijk die gepaard gaat met de hantering van een vrij strikte grondslagleer, er (ook) kan worden verdedigd dat contextgebonden excepties wettelijk dienen te worden verankerd³⁹ en er redenen bestaan om te pleiten voor het meer leunen op het opportuniteitsbeginsel en het opnemen van de kwesties aangaande strafwaardigheid en strafbaarheid in bijzondere contexten in (slechts) de vervolgingsbeslissing,⁴⁰ lijken de noties uit het voorgaande en de hierna aan de orde komende aanbevelingen zeer adequaat om in het bestaande, vigerende systeem een wezenlijke verbetering van de consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid te realiseren.

6.5 AANBEVELINGEN

In het voorgaande zijn diverse bevindingen en aandachtspunten te berde gebracht welke aan de basis liggen van enkele concrete aanbevelingen. In het navolgende zullen diverse aanbevelingen worden gepresenteerd die zijn gericht aan de wetgever, het openbaar ministerie en de strafrechter. Deze aanbevelingen vloeien, als gezegd, voort uit het onderzoek; ze dienen dan ook te worden gelezen indachtig het perspectief van de zoektocht naar systematiek met betrekking tot de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten.⁴¹

39 Zie nader par. 5.4.1. Voor contextgebonden excepties zou dit, vanwege de preventieve werking van gecodificeerde excepties, een bijdrage kunnen leveren aan inzichtelijkheid en voorspelbaarheid; in het kader van consistentie is wettelijke verankering van contextgebonden excepties niet noodzakelijk. Zie ook: Bakker 2020. Argumenten die zien op andere aspecten dan (rechterlijk houvast met het oog op) inzichtelijkheid, voorspelbaarheid en inconsistentie – bijvoorbeeld regulering van gewichtige en gevoelige aangelegenheden, zoals strafuitsluiting bij euthanasie en abortus) kunnen een geschreven exceptie rechtvaardigen. Dit gaat echter het bereik van dit onderzoek te buiten.

40 Zie nader Groenhuijsen 2002; Geelhoed 2013, p. 338.

41 Het kan zich immers voordoen dat op grond van andere afwegingen aanleiding kan worden gevonden om anders met deze aanbevelingen om te gaan.

1. Op het niveau van wetgeving verdient het aanbeveling om bij totstandkoming en wijziging van wettelijke strafbepalingen (nadrukkelijker) de achterliggende norm te expliciteren door/en te duiden welk(e) rechtsgoed(eren)⁴² met de bepaling dient/dienen te worden beschermd. Dit kan onder andere worden gerealiseerd door explicitering⁴³ en verantwoording in toelichtende stukken, alsmede door het (blijven) aanhouden van een juiste indeling of ordening in Titels in het Wetboek van Strafrecht die blijk geven van het (voornaamste) te beschermen rechtsgoed. (Explicietere) aandacht voor het rechtsgoed op het niveau van wetgeving bedient de strafrechtsketen bij de invulling van bevoegdheden en bij de beoordeling van gedragingen, in het bijzonder verricht in of vanwege bijzondere contexten.
2. Op het niveau van wetgeving kan het, in het verlengde van het voorgaande, van toegevoegde waarde zijn om in de toelichting – voor zover dat niet reeds heeft plaatsgevonden – gedragingen in of vanwege bijzondere contexten nadrukkelijk(er) te benoemen – zeker als nieuwe strafbaarstellingen daar voor bepaalde contexten aanleiding toe geven – om de strafrechtsketen een concreter referentiepunt te bieden bij (de te nemen beslissingen in het kader van) de beoordeling van dergelijke gedragingen. In dat licht is er voor de wetgever een taak weggelegd om (naast een heldere delictsomschrijving in de strafbepaling) in de toelichting de essentie van de strafwaardige gedraging – het ‘kernverwijf’ – te duiden, alsmede eventuele uitzonderingen of veelvoorkomende gevallen die buiten het bereik van de strafbepaling dienen te vallen, teneinde potentiële overinclusiviteit van de delictsomschrijving te voorkomen.
3. Op het niveau van wetgeving verdient het, vanuit het gezichtspunt van en met het oog op de systematische verwerking van contextgebonden excepties, aanbeveling om in delictsomschrijvingen meer delictskwalificaties (‘... wordt, als schuldig aan X, gestraft met ...’) op te nemen en bestaande delictskwalificaties, indien nodig en mogelijk, te wijzigen in kwalificaties die (meer) overeenkomen met het algemeen spraakgebruik.⁴⁴ Op die manier wordt een bijdrage geleverd aan het meer (kernachtig) duiden van de ‘delictsinhoud’, hetgeen de rechtstoepasser een handvat biedt om gedragingen zuiverder te beoordelen en te kwalificeren.⁴⁵ Ook voor participanten in bijzondere contexten wordt inzichtelijker en voorspelbaarder welk gedrag wel of niet onder de reikwijdte van de delictsomschrijving valt.

42 Bij een strafbaar gestelde gedraging kunnen meer rechtsbelangen betrokken zijn. Zie ook par. 4.2.2.1. Vgl. Vos 1950, p. 26.

43 Hierbij valt te denken aan explicitering in een aparte paragraaf, zoals dat ook gebeurt bij de bespreking van financiële gevolgen, overgangsrecht etc. Daarmee wordt die explicitering waardevoller en betekenisvoller dan inleidende noties over de reden van strafbaarstelling.

44 Vgl. Pelsers 1995, p. 288-290.

45 Zie in dit kader ook aanbeveling 9.

4. Met het oog op het feit dat een geschreven exceptie kan bijdragen aan de inzichtelijkheid en voorspelbaarheid ten aanzien van het oordeel dat gedrag straffeloos moet blijven, kunnen contextgebonden excepties een plek krijgen in Titel III van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafrecht. Met name vanwege de preventieve werking van geschreven excepties kan het wettelijk verankeren van contextgebonden excepties van toegevoegde waarde zijn. Hoewel het dogmatisch en in het licht van rechtszekerheid niet strikt noodzakelijk is, kan codificatie in het licht van benadrukking van de bijzondere positie van participanten in bijzondere contexten wel dienstig zijn. Daarbij moet worden onderkend dat een geschreven grond voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet per definitie bijdraagt aan meer consistentie. Aan een geschreven exceptie kan immers, afhankelijk van de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed, ook de hoedanigheid worden toegedicht van een kwalificatie-uitsluitingsgrond. Een bijkomend voordeel van codificatie is overigens wel dat de wetgever zich in het kader van de totstandkoming ervan wel (en misschien zelfs meer) over systematische aspecten zal moeten uitspreken, daar waar hij dat eerder, zoals reeds bleek uit paragraaf. 1.1.1, heel bewust niet had gedaan.
5. Op het niveau van uitvoering kan nadrukkelijker recht worden gedaan aan gedragingen die zijn verricht in bijzondere contexten door, net als het ongeschreven non-punishmentbeginsel, contextgebonden excepties als expliciet als voorbeeld te noemen bij de opportuniteitsgronden samenhangende met het gepleegde feit onder sepotcode 42 'geringe strafwaardigheid van het feit', in de Aanwijzing sepot en gebruik sepotgronden.⁴⁶
6. Op het niveau van rechtspraak verdient het aanbeveling om bij de beoordeling van gedragingen die zijn verricht in een bijzondere context naar inhoud en vorm rechtsgoedgeoriënteerd recht te spreken. Aandacht voor het achterliggende rechtsgoed kan worden benut bij de beoordeling van strafwaardigheid en strafbaarheid van dergelijke gedragingen en kan (immers) worden gebruikt bij het te maken onderscheid tussen niet-strafwaardigheid en niet-strafbaarheid. Daarmee wordt tevens inzichtelijker hoe de exceptie zich verhoudt tot de strafrechtelijke norm, alsmede tot de opvattingen en bedoelingen van de wetgever.
7. Het verdient aanbeveling dat de rechter (al dan niet op uitnodiging van procespartijen) beslist en motiveert of en waarom (vanwege de context) (geen) sprake is van een gevaarzetting of krenking van een rechtsgoed en – in geval van een dergelijke gevaarzetting of krenking – of en waarom (geen) sprake is van een (vanwege de context) gerechtvaardigde gevaarzetting of krenking. Deze motivering verplicht de rechter om voor zichzelf, voor procespartijen en voor derden inzichtelijk te maken hoe eventuele uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid tot stand is gekomen.

46 Aanwijzing sepot en gebruik sepotgronden, *Stcrt.* 2020, 62570 (incl. bijlage).

8. Omdat bijzondere contexten zich veelal kenmerken door afwijkende normen ten opzichte van de strafrechtelijke normen, dient de rechter oog te houden/hebben voor de positie van de verdachte die wordt blootgesteld aan of te maken heeft met een pluriformiteit aan normen. De juridische beoordeling van handelingen die worden verricht in bijzondere contexten kan daarmee meer recht doen aan en aansluiting vinden bij het perspectief en de ervaringswereld van participanten in de desbetreffende context, daar waar dat aangewezen is.⁴⁷ Of in de woorden van Enschedé: '[J]uristen doen het dus goed, bij hun zorg voor de voortgang van het recht niet alleen te denken in termen van afzonderlijke regels binnen een systeem, maar ook, waar dat pas geeft, in termen van relaties tussen normstelsels.'⁴⁸ Bij meer (wettelijke en/of jurisprudentiële) inzichtelijkheid en voorspelbaarheid aangaande de verhoudingen tussen gedrag, context en norm heeft een en ander ook gevolgen voor de inzet van opsporingsmiddelen en het instellen van vervolging.⁴⁹
9. Los van de vraag of de rechtvaardigingsgronden vallen onder de tweede of de derde materiële vraag van art. 350 Sv, verdient het, in het licht van de bijzondere contexten die in dit onderzoek centraal staan, aanbeveling om de kwalificatiebeslissing in de praktijk op te splitsen in een formele kwalificatiebeslissing en een materiële kwalificatiebeslissing. Na een bewezenverklaring, die slechts ziet op de aanwezigheid van wettig en overtuigend bewijs en dus een feitelijke beslissing betreft,⁵⁰ dient eerst te worden nagegaan of, en zo ja, welke (geldende) wettelijke strafbepaling van toepassing is. Deze formele kwalificatiebeslissing omvat de gebruikelijke toets waarbij wordt nagegaan of een (geldende) strafbepaling voorhanden is die 'correspondeert' met het bewezenverklaarde gedrag. Vervolgens (en *voorafgaand* aan de kwestie of een rechtvaardigingsgrond aannemelijk is geworden) dient, indachtig de rechtsgoedbenadering en met aandacht voor de *Typizität*, te worden beoordeeld of

47 Zo zal straffeloosheid eerder in het vooruitzicht te stellen zijn voor artsen die binnen de context van hun beroepsuitoefening blijven dan voor politieke activisten. Het maakt immers uit of iemand handelt binnen de grenzen van een door het recht gesteund en gerespecteerd normenstelsel of handelt binnen de normen van een kring, groep of organisatie ten opzichte waarvan het recht zich kritisch of afwijzend opstelt. Zie Enschedé 1984, p. 134-135.

48 Zie Enschedé 1984, p. 140.

49 Zie ook de opmerking van minister Modderman bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht: 'Uit niets hoegenaamd is gebleken dat hier te lande de wetgever met zijne door hare algemeenheid altijd gebrekkige formules moet tusschen beide treden, hetzij om de medici te beschermen tegen de juristen, hetzij om de maatschappij te beschermen tegen de medici.' Smidt 1881-1886, dl. I, p. 446.

50 Met een dergelijke benadering komt er minder nadruk te liggen op de vormgeving van de tenlastelegging en wordt een bijdrage geleverd aan het onderscheid tussen enerzijds de vraag omtrent de bewijsbaarheid en anderzijds de juridisch-inhoudelijke normatieve vraag omtrent de kwalificatie, welke laatste thans veelal in de bewijsvraag opgaat.

de bewezenverklaarde gedraging materieel beantwoordt aan de (door de wetgever gepresenteerde) kern, essentie of inhoud van het delict (materiële beslissing). Bij deze materiële kwalificatiebeslissing⁵¹ kunnen diverse inhoudelijke argumenten worden afgewogen als 'regulerende beginselen',⁵² 'correctiefactoren' of 'gezichts punten', bijvoorbeeld ingegeven door de sociale adequatie⁵³ en de subsocialiteit⁵⁴, teneinde te kunnen concluderen of de betreffende strafbepaling (al dan) niet voor de betreffende situatie is geschreven of anderszins dat de betreffende strafbepaling (al dan) niet van toepassing zou moeten zijn. In de woorden van Zevenhuizen: 'Uit het feit, dat een gedraging (...) verboden is, [volgt] volstrekt niet, dat ze nu ook strafwaardig is.'⁵⁵ Zo worden overstrekking van de delictsomschrijving en overspanning van het strafrecht voorkomen, kan de *ultimum remedium*-gedachte ofwel de notie van (extra) terughoudendheid bij de inzet van het strafrecht een plaats krijgen bij de rechterlijke vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid en kan in diverse gevallen meer recht worden gedaan aan de bijzonderheid van de context waarin de gedraging is verricht.⁵⁶ Een dergelijke benadering kan als adequate correctiefactor dienen na de bewezenverklaring, is in lijn met de Veearts-jurisprudentie, is niet in

51 Vgl. scenario 1, par. 4.2.2.2.1.

52 Hiermee wordt bedoeld een equivalent van de corrigerende beginselen (*Garantenstellung, culpa in causa*, proportionaliteit en subsidiariteit) bij de beoordeling van (de aannemelijkheid van) strafuitsluitingsgronden, maar dan gereserveerd voor de materiële kwalificatiebeslissing.

53 Door de sociale adequatie te hanteren als 'algemeen regulerend beginsel', 'correctiefactor' of 'gezichtspunt' bij de materiële kwalificatiebeslissing, behoudt deze leer de relevantie voor contextgebonden excepties en wordt tegelijkertijd tegemoetgekomen aan het bezwaar van Kelk en De Jong dat het sociale karakter *op zichzelf* onvoldoende zou zijn als *zelfstandige* grond voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zie par. 2.2.3.3 en Kelk & De Jong 2019, p. 183-184.

54 In deze lijn kan ook de figuur van de 'pure' strafuitsluitingsgronden van Rammelink, die is besproken in par. 2.2.5, van betekenis worden in het licht van de kwalificatiebeslissing en kan de notie van (extra) terughoudendheid bij de inzet van het strafrecht een plek krijgen bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

55 Zevenbergen 1924, p. 84.

56 Deze aanbeveling duidt ook het belang van een 'rechtsgoedverweer' en/of een 'Typizitätverweer', zijnde een kwalificatieverweer, een verweer als bedoeld in art. 358, derde lid, Sv. Met dergelijke verweren wordt een en ander op scherp gezet: het gaat namelijk om het fundament van (de toepasselijkheid van) de strafbaarstelling zelf, terwijl bij een beroep op een rechtvaardigingsgrond het fundament van de strafbaarstelling niet ter discussie wordt gesteld. Het verweer ziet op de strafwaardigheid van de handeling en op de toepasselijkheid van de strafbaarstelling, omdat ter discussie wordt gesteld het al dan niet krenken of het in gevaar brengen van het achterliggende rechtsgoed. Dit vereist een andere behandeling en beoordeling dan een verweer aangaande of een beroep op een rechtvaardigingsgrond dat ziet op het al dan niet wederrechtelijk zijn van de concrete gedraging in een bijzonder geval, gezien de concrete omstandigheden (vanwege bijvoorbeeld een juiste afweging van rechtsbelangen). Vgl. Van Eikema Hommes 1980, p. 169.

strijd met art. 11 van de Wet AB⁵⁷ en leidt in diverse gevallen tot een zuiverdere (en dus meer systematische) vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid dan wanneer over de band van strafuitsluiting tot niet-strafbaarheid wordt geconcludeerd.

6.6 UITLEIDING

In dit onderzoek zijn keuzes gemaakt ter afbakening en gedurende het onderzoek zijn diverse vragen gerezen die niet altijd konden worden meegenomen en verwerkt in het onderzoek. Dat betekent niet dat dergelijke vragen, in het kader van relevantie (mede met het oog op de waarde voor toekomstige ontwikkelingen), niet beantwoord hoeven te worden; er is juist voldoende aanleiding om dergelijke vragen in (vervolg)onderzoek op te pakken. Twee belangrijke kwesties worden hier ter afsluiting genoemd.

Ten eerste zou het potentieel van het rechtsgoederenconcept op het niveau van de uitvoering nader kunnen worden onderzocht. In dit onderzoek is stilgestaan bij het belang van het rechtsgoed op het niveau van wetgeving en (in meerdere mate) op het niveau van rechtspraak. Voor de beantwoording van de in dit onderzoek centraal staande vraag is bewust gekozen voor die afbakening, maar gedurende het onderzoek kwamen aanwijzingen aan de oppervlakte die duiden op een toegevoegde waarde van het rechtsgoederenconcept bij bijvoorbeeld de interpretatie van vervolgingsuitsluitingsgronden en de invulling van het opportuniteitsbeginsel bij de door de officier van justitie te nemen vervolgingsbeslissing.

Ten tweede zou de Europese en internationale invloed op het rechtsgoed-denken nader in kaart kunnen worden gebracht, in het bijzonder in het geval wanneer verschillende wetgevers (van verschillende niveaus) met eenzelfde strafbepaling verschillende, uiteenlopende belangen beogen te beschermen. Ook op het niveau van fundamentele mensenrechten zijn/blijven ontwikkelingen gaande die van invloed zijn op de beoordeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid op nationaal niveau. Onderzoek naar deze en dergelijke kwesties kunnen van grote waarde zijn bij het benutten van de potentie van een rechtsgoedbenadering in het strafrecht.

Met dit onderzoek is gepoogd een bijdrage te leveren aan het meer inzichtelijk, voorspelbaar en consistent kunnen beoordelen van gedragingen die zijn verricht in of vanwege een bijzondere context in het Nederlandse strafrecht, waarmee zowel inhoudelijk als processueel de systematiek van

57 Art. 11 Wet AB luidt: 'De regter moet volgens de wet recht spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen.' Het behoort tot de kerntaken van de strafrechter om het (door de wetgever geformuleerde) rechtsgoed te beschermen door een gedraging (al dan niet) als krenking van het rechtsgoed te kwalificeren. Hij beoordeelt dan *wel* de gedraging in de sfeer van de bijzonderheid van context (welke veelal niet als zodanig is omschreven in algemeen geformuleerde delictomschrijvingen); hij beoordeelt dan *niet* de innerlijke waarde of billijkheid van de strafbepaling/wet.

de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid door de strafrechter kan worden bevorderd. Hoewel het in de strafrechtspraktijk om een relatief klein aantal zaken gaat (al dan niet ingegeven door de filterende werking van het opportuniteitsbeginsel), zijn de belangen van een systematische vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid groot. De bevindingen en aanbevelingen kunnen tevens van waarde zijn buiten de bijzondere contexten die in dit onderzoek centraal staan. Deze kunnen bijvoorbeeld worden benut in het kader van (toekomstige) beoordelingen van strafwaardigheid of strafbaarheid van bijvoorbeeld het opkomen voor (hogere) belangen en/of van gedragingen die plaatsvinden in een situatie die wordt gekenmerkt door afwijkende normenkaders. Tevens zouden de bevindingen en aanbevelingen waardevol kunnen zijn in het kader van een toekomstig moderniseringsproject aangaande het Wetboek van Strafrecht⁵⁸ ten behoeve van meer coherente en systematische wetgeving, alsmede in het kader van de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid door de rechter na inwerkingtreding. Ook dan dient eventuele correctie te geschieden daar waar dat aangewezen is: 'niet door het gebied van de uitzonderingen zodanig te verruimen, dat daarmee het zicht op de werkelijke betekenis van de regel de kans loopt te vervagen, maar door de regel zelf zodanig te verstaan, dat alleen uitzonderingen uitzonderingen behoeven te zijn.'⁵⁹ Maar wat er ook zij van de toekomst, laten we vooral met verbetering van het bestaande beginnen.

58 'Minister van Veiligheid en Justitie heeft toegezegd dat na de modernisering van het Wetboek van Strafvordering ook sprake moet zijn van modernisering van het Wetboek van Strafrecht.' *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VI, nr. 2, p. 234.

59 Naar: Vermunt 1984a, p. 115.

Samenvatting

Uitzonderlijke excepties in het strafrecht

Een zoektocht naar systematiek bij de beslissingen omtrent uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten

Zowel in de strafrechtstheorie als in de -praktijk is aanvaard dat diverse gedragingen, hoewel deze *in zijn algemeenheid* zijn verboden volgens de strafwet, *in concreto* geoorloofd kunnen zijn zonder dat een wettelijke strafuitsluitingsgrond van toepassing is. Zo komt het dikwijls voor dat er een gedraging wordt verricht die volgens de letter van de wet een strafbaar feit oplevert, maar waarbij de bijzonderheid van de context waarin de gedraging is verricht maakt dat er geen sprake hoort te zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Hierbij is te denken aan gedragingen die zijn verricht in de context van de kunst, de wetenschap, de (medische) beroepsuitoefening, de sport- en spelsituatie, de opvoeding, het (actieve en passieve) verzet, cultuur, religie en 'sub'-culturele tradities of gebruiken. Het strafrecht hoort in dergelijke uitzonderingsgebieden niet altijd een rol te spelen, ook al heeft de wetgever daaromtrent weinig tot niets expliciet geregeld en (daarmee) bewust de nodige ruimte aan de rechter en de wetenschap gelaten.

Ondanks de afwezigheid van een volledig, coherent en helder wettelijk stelsel van excepties heeft de strafrechter kunnen erkennen dat uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid mogelijk is in bijzondere contexten. Dat neemt echter niet weg dat er vragen blijven rijzen omtrent de precieze omvang en invulling van de rechterlijke taak. Men kan (terecht) de vraag stellen of het wel aan de rechter is om vast te stellen of bijvoorbeeld kunst of cultuur prevaleert boven strafrechtelijke aansprakelijkheid. Mag en kan hij überhaupt vaststellen wat kunst of cultuur is (en wat niet)? En daar komt bij dat veel rechterlijke vrijheid gepaard kan gaan met niet-systematische toepassing en verwerking van contextgebonden excepties. Immers, zonder wettelijk houvast ligt het gevaar van inconsistentie, onvoorspelbaarheid en niet-inzichtelijkheid op de loer. Om (meer) recht te kunnen doen aan de bijzonderheid van de context waarin diverse, uiteenlopende gedragingen worden verricht en om de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid (meer) consistent, voorspelbaar en inzichtelijk te laten plaatshebben, is een zoektocht verricht naar (meer) systematiek. Dit heeft plaatsgevonden aan de hand van de volgende onderzoeksvraag.

In hoeverre en onder welke condities is een rechterlijk oordeel over (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid bij gedragingen die zijn verricht in (of vanwege) bijzondere, niet bij wet expliciet geregelde contexten, naar inhoud en processuele verwerking systematisch in de zin van consistent, voorspelbaar en inzichtelijk? En hoe kan een meer systematische beoordeling van gedragingen in bijzondere contexten worden bereikt?

Beantwoording van die onderzoeksvraag heeft stapsgewijs plaatsgevonden. Na een duiding van het thema en de problematiek (*hoofdstuk 1*) is een beschrijving gegeven van de verschillende wettelijke modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, alsmede van de modaliteiten die in de jurisprudentie en literatuur daaraan zijn toegevoegd (*hoofdstuk 2*). Vervolgens zijn de bijzondere contexten en de daarbij horende excepties verkend die in de strafrechtstheorie en -praktijk aan de orde zijn geweest (*hoofdstuk 3*), welke verkenning werd afgesloten met een voorlopig oordeel omtrent de wijze(n) waarop gedragingen in bijzondere contexten en excepties worden beoordeeld en zich hebben kunnen doen laten gelden in het straf(proces)recht. Die 'diagnose' is onderworpen aan een materieelstrafrechtelijke analyse waarin ten eerste is nagegaan in hoeverre er op abstract niveau overeenkomsten en verschillen bestaan tussen de excepties voor wat betreft grondslag, vormgeving en toepassing en ten tweede op zoek is gegaan naar een handvat of instrument dat de rechter kan benutten bij de beslispunten in het kader van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid (*hoofdstuk 4*). De bevindingen en resultaten uit het onderzoek zijn vervolgens in het licht geplaatst van de strafrechtspraktijk en het strafprocesrecht, waarbij is nagegaan welke aspecten daarvan van (negatieve) invloed zijn op de systematische toepassing van contextgebonden excepties en welke consequenties gepaard kunnen of moeten gaan om de resultaten uit de materieelstrafrechtelijke analyse van betekenis te kunnen laten zijn (*hoofdstuk 5*). Op basis van de bevindingen en analyses uit de eerste vijf hoofdstukken volgden conclusies die een antwoord op de centrale vraagstelling beogen te geven en zijn aanbevelingen geformuleerd die zien op wetgeving, uitvoering en rechtspraak (*hoofdstuk 6*).

De beschrijving van het *tweede hoofdstuk* heeft getoond dat de strafrechter een scala aan modaliteiten tot zijn beschikking heeft om tot straffeloosheid te kunnen concluderen. Het in kaart brengen van de wijze(n) waarop uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in zijn algemeenheid in het Nederlandse strafrecht is vormgegeven, alsmede hoe daarover in de literatuur wordt gedacht en gediscussieerd, heeft tevens inzichtelijk gemaakt bij welke modaliteiten contextgebonden excepties door de rechter kunnen worden geplaatst. De verschillende modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen worden gerubriceerd in drie categorieën: bewijsuitsluitingsgronden, kwalificatie-uitsluitingsgronden en strafuitsluitingsgronden.

Contextgebonden excepties lijken echter (vooralsnog) geen vaststaande en duidelijke plaats in ons strafrechtelijk stelsel te hebben. Eén uniforme wijze voor het 'realiseren' van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid in (alle) bijzondere contexten ligt niet voor de hand en is in elk geval niet aanwezig. Immers, of en hoe uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt 'gerealiseerd', in geval van een gedraging die is verricht in een bijzondere context, is afhankelijk van diverse factoren, zoals de formulering van de van toepassing zijnde delictsomschrijving en van de tenlastelegging,

de betekenis die wordt gegeven aan de bestanddelen en elementen, de strekking en reikwijdte van de in het geding zijnde strafbepaling, de omstandigheden van het geval en de context waarbinnen de situatie zich heeft voorgedaan.

Niettemin lijkt er op voorhand ruimte te zijn voor een adequate verwerking en inpassing van contextgebonden excepties in het bestaande geheel aan regels en modaliteiten van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, zij het dat een en ander ten koste kan gaan van consistentie, voorspelbaarheid en inzichtelijkheid. Duidelijkheid omtrent de verhouding tussen de norm ('men mag niet mishandelen, teneinde de lichamelijke integriteit te beschermen') en de exceptie ('in dit 'uitzonderlijke' geval is vanwege de context geen sprake van mishandeling c.q. mocht er op een dergelijke wijze worden gehandeld') kan eraan bijdragen om (de (ver)werking van) de betreffende exceptie precies te kunnen duiden. Zo kan men zich terecht afvragen of bijvoorbeeld de kunstexceptie, de vakbekwame beroepsuitoefening en (andere) excepties die zijn ingegeven door de toestemming van het slachtoffer (zoals in de context van sport en spel, van seksualiteitsbeleving/sadomasochisme en van het studentenleven) gronden zijn die de wederrechtelijkheid van de handeling uitsluiten of juist gronden zijn om aan te nemen dat de handeling niet onder de delictsoomschrijving is begrepen. Dat vormde de aanleiding de afzonderlijke, erkende bijzondere contexten en bijbehorende excepties aan nader onderzoek te onderwerpen, teneinde in kaart te brengen wat (elk van) die bijzondere contexten karakteriseert, hoe deze zich verhouden tot de strafrechtelijk relevante norm en (daarmee) hoe de contextgebonden excepties kunnen worden verwerkt door de strafrechter.

In het strafrecht zijn diverse bijzondere contexten erkend die in het *derde hoofdstuk* aan de hand van literatuur en jurisprudentie nader zijn geduid. Het gaat bij een bijzondere context om een verbijzonderde of uitgezonderde sfeer, speelveld of toestand van gewoon maatschappelijk leven, die enerzijds voldoende benoembaar is om als bijzondere context te worden gekarakteriseerd, maar anderzijds in meerdere of mindere mate onzekerheden in zich bergt omtrent de wijze waarop daarmee in het strafrecht moet worden omgegaan. Vast staat slechts dat in die betreffende contexten de rol van het strafrecht (of specifieker: (de vaststelling van) strafrechtelijke aansprakelijkheid) ter discussie kan worden gesteld. Dat betekent niet dat *alle* gedragingen die worden verricht in of vanwege een bijzondere context gevrijwaard dienen te zijn van bestraffing. Er zijn grenzen. Deze grenzen geven aan waar het omslagpunt ligt tussen strafwaardig en strafbaar gedrag enerzijds en gedrag dat, door de relatie met de bijzondere context waarin die gedraging wordt verricht, straffeloos blijft (of moet blijven) anderzijds. Per bijzondere context is nagegaan wat kenmerkend is aan de betreffende context, welke claim deze legt op materieelstrafrechtelijke aansprakelijkheid en hoe de toepassing van de bijbehorende exceptie *in concreto* leidt tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Op basis van de afzonderlijke bevindingen per bijzondere context is een algemeen, overkoepelend beeld geschetst. Kenmerkend aan de verschillende contexten is de aanwezigheid van eigen normen (kaders), die ten grondslag ligt aan normenpluriformiteit of zelfs aan een botsing van regels. De persoon die een gedraging verricht in of vanwege een bijzondere context heeft niet alleen met strafrechtelijke normen te maken, maar dus ook met (zorgvuldigheids)normen die gebruikelijk, veelvoorkomend en veelal c.q. tot op zekere hoogte geaccepteerd zijn in de bijzondere context. Het juridisch beoordelen van dergelijke gedragingen is daarmee geen sinecure. De binnen die contexten geldende (zorgvuldigheids)normen verschillen soms van de normen daarbuiten, terwijl de wetgever bij de formulering van de van toepassing zijnde strafbepaling veelal de gangbare, algemene normen voor ogen heeft gehad. In bijzondere contexten geldt veelal dat de participant zijn eigen en andere gedragingen bekijkt en beoordeelt vanuit een perspectief dat nauw samenhangt met de betreffende context en de normen die in die context gelden – een medisch perspectief met medische normen, een cultureel perspectief met culturele normen, een sportief perspectief met spelregels etc. – terwijl dat perspectief en die normen niet altijd stroken met het gebruikelijke of gangbare juridische perspectief en de strafrechtelijke normen die de strafrechter hanteert.

Hoewel de hoeveelheid jurisprudentie, zeker in enkele specifieke bijzondere contexten, gering is, blijkt uit de verkenning hoe, alsmede hoe inconsistent in de strafrechtspraak soms wordt omgegaan met contextgebonden verweren en excepties. Daarbij is een *verscheidenheid* te ontwaren in de toepassing van de in het tweede hoofdstuk beschreven modaliteiten: uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt in de strafrechtspraktijk gerealiseerd over de band van het bewijs en interpretatie van de delictsbestanddelen, de kwalificatiebeslissing en de verschillende facetten van strafuitsluiting. Dit onderscheid is niet alleen waar te nemen op het niveau van de verschillende excepties – ‘contextgebonden exceptie X is (altijd) een strafuitsluitingsgrond; contextgebonden exceptie Y is (altijd) een kwalificatie-uitsluitingsgrond’ – maar ook op het niveau van de context zelf – ‘contextgebonden exceptie X kan niet alleen de “hoedanigheid” aannemen (of: de vorm worden gegeven) van een strafuitsluitingsgrond, maar ook die van een kwalificatie-uitsluitingsgrond’.

Naast deze *verscheidenheid* aan mogelijkheden is ook een zekere *vaagheid* (en als gevolg daarvan: *vermenging*) waar te nemen. Niet altijd is inzichtelijk waar een verschil in toepassing in is gelegen en wat precies maakt dat de exceptie een bepaalde hoedanigheid of vorm aanneemt (of door de rechter als zodanig wordt beschouwd). Dat kan leiden tot onregelmatige verwerking van contextgebonden excepties, waarbij bijvoorbeeld kwalificatiekwesties worden beoordeeld als bewijskwesties of als strafuitsluitingskwesties.

De vraag rijst dus of de ‘diagnose’ dat sprake is van *verscheidenheid*, *vaagheid* en (risico op) *vermenging* problematisch is in het licht van de systematiek bij de vaststelling van de omvang van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Enerzijds kan worden geconcludeerd dat de strafrechter door de verscheidenheid aan mogelijkheden met de nodige nuance en differentiatie (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid kan vaststellen en (daarmee) tot de meest rechtvaardige uitspraak kan komen. Anderzijds ligt het gevaar van inconsistente, onvoorspelbare en niet-inzichtelijke toepassing op de loer met alle (strafvorderlijke) gevolgen van dien.

In het *vierde hoofdstuk* is daarom onderzocht in hoeverre met behulp van materieelstrafrechtelijke inzichten en noties bijdragen kunnen worden gevonden aan het bereiken van meer systematiek bij de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid in bijzondere contexten. Er is op zoek gegaan naar een op bijzondere contexten toegespitste, gedifferentieerde benadering, waarbij recht kan worden gedaan aan de bijzonderheid van de context. Voordat in (het tweede deel van) de materieelrechtelijke analyse op zoek is gegaan naar een adequaat handvat of instrument dat door de rechter kan worden gebruikt om meer systematiek te bereiken bij de beoordeling en verwerking van contextgebonden excepties, is eerst (in het eerste deel van die analyse) onderzocht wat precies ten grondslag ligt aan de notie dat een vanwege de bijzondere context verrichte gedraging anders moet worden beoordeeld en dat een dergelijke gedraging niet (altijd) een strafrechtelijke reactie verlangt.

Deze grondslagen blijken divers van aard, waarbij kan worden gedacht aan onder andere toekomstende (fundamentele) rechten, (wettelijke) plichten, maatschappelijke geoorloofdheid van (sociaal adequaat) handelen en de toestemming van het slachtoffer. De grondslagen zijn ingedeeld in drie verschillende niveaus: het niveau van de rechtsorde (macro-niveau), het niveau van de maatschappij (meso-niveau) en het niveau van het individu (micro-niveau). Zij zijn van elkaar te onderscheiden, maar kunnen niet altijd worden gescheiden. De zelfbeschikking (tot uiting komend in de toestemming van het slachtoffer, op het niveau van het individu) hangt bijvoorbeeld nauw samen met de gewoonten en verwachtingen die heersen in een samenleving (op het niveau van de maatschappij). Daarnaast kan iemand die handelt naar een (wettelijke) plicht handelen op een wijze die past bij zijn rol in de samenleving en/of met toestemming van het slachtoffer. In diverse bijzondere contexten liggen grondslagen van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid uit meerdere niveaus aan de basis van de notie die kan worden verdedigd, dat ter zake de rol van het strafrecht (als bestraffend instrument) beperkt moet zijn of worden en dat in het betreffende geval geen sprake dient te zijn van strafwaardigheid of strafbaarheid.

Vervolgens is in het tweede deel van de analyse vanuit een systematisch-dogmatische en normatieve invalshoek onderzocht hoe de grondslagen, die aan de basis liggen van de notie dat de rol van het strafrecht in bijzondere contexten beperkt moet zijn, tot uiting kunnen komen bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daartoe is nagegaan hoe de rechter houvast kan worden geboden of kan vinden bij de normatieve weging van de factoren die de strafrechtelijke aansprakelijkheid zouden moeten (kunnen)

bepalen. Aandacht voor de strekking van de strafrechtelijke norm biedt handvatten aan de rechter bij het bepalen of er inhoudelijk ruimte moet zijn voor een uitzondering op de wettelijke delictsomschrijving of juist voor het niet van toepassing achten van de wettelijke delictsomschrijving. Daarom is (uitgebreider) stilgestaan bij de rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de vaststelling van strafwaardigheid of strafbaarheid van gedrag. Daar waar niet altijd duidelijk is in hoeverre de (zorgvuldigheids)normen binnen een bijzondere context afwijken van de normen daarbuiten, vormt het door de strafbaarstelling te beschermen rechtsgoed een stabiele factor bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Bescherming van een rechtsgoed is immers de *ratio legis* of het doel van strafbaarstelling van gedrag; het betreffende rechtsgoed kan daarom als een richtinggevend instrument worden gehanteerd bij de beoordeling van gedrag. Aandacht voor het achterliggende rechtsgoed, ofwel het met de strafbaarstelling te beschermen belang, brengt mee dat:

- a) gedifferentieerd kan worden beoordeeld of de gedraging die is verricht in de bijzondere context onder het bereik van de delictsomschrijving valt ofwel de 'typische' delictsinhoud (*Typizität*) raakt;
- b) gedifferentieerd een onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds het *afwezig zijn* van een krenking of gevaarstelling van het rechtsgoed – het zogenaamde in hoofdstuk 4 gepresenteerde 'eerste scenario'; een kwalificatiekwesitie – en anderzijds het *gerechtvaardigd zijn* van een krenking of gevaarstelling van een rechtsgoed – het zogenaamde 'tweede scenario'; een strafuitsluitingskwesitie – en
- c) er (als neveneffect) interactie tot stand komt tussen wetgever en strafrechter nu de strafrechter bij de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid rekening houdt met de opvatting of bedoeling van de wetgever omtrent de *ratio legis*, doel of strekking van de strafbaarstelling.

Een rechtsgoedgeoriënteerde rechtspraak kan dus in grote mate bijdragen aan de systematiek van de vaststelling van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid in geval van gedragingen die zijn verricht in bijzondere contexten. In de bijzondere context, waar, als gezegd, de (zorgvuldigheids)normen verschillen van de (zorgvuldigheids)normen buiten die context, vinden immers gedragingen plaats die óf de wetgever niet voor ogen stonden dan wel niet wenste nader te regelen (waardoor er een rechtsvindende of rechtsvormende rol lijkt weggelegd voor de strafrechter) óf door de wetgever al (impliciet) zijn uitgesloten van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het achterliggende rechtsgoed, waarvoor een aanwijzing is te vinden in de wetsgeschiedenis en/of het opschrift van de Titel van het wetboek waarin de desbetreffende strafbepaling is opgenomen, fungeert in dezen als toetsingskader en als onderscheidend mechanisme om te kunnen concluderen tot niet-strafwaardigheid of niet-strafbaarheid. In beide gevallen kan de verhouding tot het achterliggende rechtsgoed worden gebruikt voor het inzichtelijk, voorspelbaar en consistent vaststellen van (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid. In dat licht heeft in het laatste deel van

hoofdstuk 4 een inventarisatie plaatsgevonden per afzonderlijke bijzondere context, waarmee in kaart werd gebracht hoe de rechter op een systematische wijze om kan gaan met de verschillende contextgebonden excepties.

In het *vijfde hoofdstuk* is vervolgens onderzocht welke aspecten van het strafprocesrecht en de strafrechtspraktijk van (negatieve) invloed zijn op de systematische toepassing van contextgebonden excepties, alsmede welke consequenties gepaard kunnen of moeten gaan om op systematische wijze recht te kunnen (blijven) doen aan de bijzonderheid van de in dit onderzoek centraal staande contexten. De verwerking van contextgebonden excepties in de strafrechtspraktijk blijkt aan inzichtelijkheid, voorspelbaarheid en consistentie in te boeten door diverse factoren, waarbij in sommige rechterlijke beslissingen tevens wordt afgestapt van de opvatting of bedoeling van de wetgever. Tevens kunnen enkele factoren als 'toevallige' factoren worden aangemerkt, welke niet per definitie een rechtvaardiging vormen voor een verschil in benadering ten opzichte van de benadering die het materiële strafrecht (volgend uit het vierde hoofdstuk) voorschrijft. Zo is de 'toevallige' keuze van een officier van justitie om een bepaalde kwalificatieve term wel of niet op te nemen in de tenlastelegging of de keuze van de rechter om een dergelijke kwalificatieve term wel of niet beperkt te interpreteren van invloed op de plaats van verwerking van de exceptie. Gronden die materieelstrafrechtelijk impliceren dat sprake is van een kwalificatie-uitsluitingsgrond of strafuitsluitingsgrond, worden afhankelijk van de soms willekeurige keuze bij het opstellen en formuleren van een tenlastelegging, wel of niet 'gepromoveerd' tot onderdeel van de bewijsbeslissing. Naast het feit dat een dergelijke factor niet per definitie het verschil tussen een vrijspraak en een ontslag van alle rechtsvervolging rechtvaardigt, wordt de positie van de verdachte ook anders gepresenteerd. Hoewel een geslaagd beroep op een contextgebonden exceptie linksom of rechtsom resulteert in uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, gaat er een ander signaal uit van de uitkomst dat een bepaalde gedraging bijvoorbeeld niet 'mishandeling' mag heten dan van de uitkomst dat een bepaalde gedraging die als mishandeling moet worden omschreven in de beschuldiging niet kan worden bewezen. Ook de relatie of verhouding tussen de strafrechtelijke norm en de relevante exceptie raakt daarmee vertroebeld.

In de literatuur zijn diverse ideeën naar voren gebracht die potentieel kunnen bijdragen aan het wegnemen van deze oneffenheden en van de discrepantie tussen de materieelstrafrechtelijke theorie en de strafrechtspraktijk. Bespreking en analyse van deze ideeën hebben geleid tot de slotsom dat niet alle inconsistentie, onvoorspelbaarheid en niet-inzichtelijkheid kunnen worden weggenomen en dat diverse voorgestelde ideeën niet geschikt of te rigoureuze zijn om de inconsistentie en niet-inzichtelijkheid van beperkte aard weg te nemen. Voorbeelden daarvan betreffen het (louter) verwerken van contextgebonden excepties bij de door het openbaar ministerie te nemen vervolgingsbeslissing, het opheffen van het verschil tussen vrijspraak en ontslag van alle rechtsvervolging en het afschaffen van de grondslagleer.

Dat neemt niet weg dat er wel nog steeds meer consistentie, inzichtelijkheid en voorspelbaarheid in de verwerking van contextgebonden excepties kan worden gerealiseerd, en wel door minder omvangrijke 'ingrepen'. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om meer wettelijke delictskwalificaties in strafbepalingen, een meer genuanceerde interpretatie van de grondslagleer en een meer gedifferentieerde beantwoording van de bestaande materiële vragen van het strafvorderlijk beslissingsmodel. Ook zou onder voorwaarden het wettelijk verankeren van (enkele) contextgebonden excepties van toegevoegde waarde kunnen zijn. De reeds in het vierde hoofdstuk aan de orde gekomen rechtsgoedbenadering en (explicietere) aandacht voor de redelijke wetstoepassing ofwel de *Typizität* kunnen worden ingebed in de huidige praktijk, zonder overtrokken wijzigingen.

Daarmee kunnen weliswaar (of iets negatiever gezegd: echter) misschien niet alle plooiën worden gladgestreken. Een pessimistische conclusie die daaruit getrokken kan worden is dat het strafprocesrecht – dat wordt geacht het materiële strafrecht te dienen – niet zo is ingericht dat de rechter *volledig* inzichtelijk, voorspelbaar en consistent tot (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid kan komen en *honderd procent* recht kan doen aan de bijzonderheid van de context. Een iets minder pessimistische, maar reëlere conclusie is dat de contextgebonden excepties dermate uitzonderlijk zijn dat ze niet eenvoudig in een hokje te plaatsen zijn en dat de materieelrechtelijke bijdragen aan inzichtelijkheid, voorspelbaarheid en consistentie in combinatie met de hierboven beschreven gedifferentieerde benadering van het strafvorderlijk beslissingsmodel voor een groot deel al oneffenheden kunnen wegnemen en leiden tot meer systematiek in vergelijking met de huidige situatie.

De resultaten uit het voorgaande leiden tot de in *hoofdstuk 6* geformuleerde eindconclusie dat het strafrecht in potentie adequaat is ingericht om recht te kunnen doen aan gedragingen die zijn verricht in of vanwege een bijzondere context, maar dat er nog winst is te boeken ten aanzien van de systematische rechterlijke toepassing van contextgebonden excepties. En daar waar de wetgever een en ander (te zeer) aan de strafrechter heeft overgelaten, bestaan er mogelijkheden voor de strafrechter om, afgaande op de potentie van materieelstrafrechtelijke concepten, op een meer systematische wijze tot een gedifferentieerd oordeel komen. Hij kan immers op grond van verschillende argumenten vaststellen dat straffeloosheid aangewezen is, omdat bijvoorbeeld de achterliggende norm niet wordt geraakt of omdat de achterliggende norm gerechtvaardigd wordt overschreden. Hij kan zelfs de notie 'hier is het strafrecht niet voor bedoeld' een plaats geven in het te hanteren beslissingsmodel.

Een geschikte plaats voor verwerking van deze laatste notie is de kwalificatiebeslissing, die daarmee meer betekenis krijgt. De bijzonderheid van de context kan met zich brengen dat de rechter van oordeel is dat de gedraging die heeft plaatsgevonden in die bijzondere context niet de essentie raakt van hetgeen de wetgever voor ogen had bij de totstandkoming van

de ter zake van toepassing zijnde strafbepaling. Aandacht voor de *Typizität*, bijvoorbeeld blijkend uit een concrete beoordeling ervan in zijn overweging, biedt de strafrechter de gelegenheid om de reeds bewezenverklarde gedraging, in het kader van 'redelijke wetsuitleg' niet onder de reikwijdte van een beschrijving te brengen die niet bedoeld is voor een dergelijke niet-typische variant.

Aandacht van de rechter voor de *Typizität* bij de kwalificatievraag kan dus uitkomst bieden voor gevallen waarin de delictsomschrijving naar de letter wordt vervuld (en de ten laste gelegde gedraging kan worden bewezenverklaard), maar waarin desondanks met de delictskwalificatie geen recht wordt gedaan aan (het type) gedragingen waar de delictsomschrijving naar het oordeel van de wetgever betrekking op heeft (of slechts op zou moeten hebben). Op deze wijze kan het strafrecht als instrument of als geheel aan regels die worden gehanteerd om strafrechtelijke aansprakelijkheid vast te stellen (*in concreto*: om te onderzoeken of de participant van de bijzondere context binnen de grenzen van de context is gebleven) worden benut, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de grenzen van de delictsomschrijving en de opvatting en rol van de wetgever. Normstelling en rechterlijke normbevestiging in dezen zullen dan ook leiden tot inzichtelijkheid en voorspelbaarheid, hetgeen het resultaat kan teweegbrengen dat opsporing en vervolging achterwege blijft, daar waar in de voorfase duidelijkheid is omtrent de verhouding tussen gedraging, context en norm. Een bijkomend voordeel is dat nog steeds gedifferentieerd kan worden beoordeeld of de participant van de bijzondere context binnen de in de betreffende context geldende (afwijkende) normenkaders is gebleven (en dat dus oneigenlijk gebruik of misbruik van de context – zoals de rapper die in de context van de artistieke expressie een schuilplaats zoekt voor het beledigen of bedreigen van personen in zijn rapteksten – nog steeds als strafwaardig kan worden beoordeeld), vóórdat zal of mag worden onderzocht of sprake is van een strafuitsluitingsgrond. De strafuitsluitingskwesitie is immers pas relevant indien het bewezenverklarde een strafbaar feit oplevert en er aanleiding is om te onderzoeken of er gronden zijn die de bewezenverklarde en gekwalificeerde gevaarstelling of krenking van een rechtsgoed rechtvaardigen (of de verdachte disculperen).

Meer en explicietere aandacht voor het achterliggende rechtsgoed en de *Typizität* draagt bij aan meer systematische verwerking van contextgebonden excepties, leidt tot inscherping bij de strafrechter en bevestigt het fragmentaire karakter van het strafrecht met eerbiediging voor de opvattingen en bedoelingen van de wetgever.

Summary

Extraordinary Exceptions in Criminal Law

A systematisation of grounds for exclusion of criminal responsibility in special contexts

Various types of conduct, which are prohibited by law, may be considered lawful *in concreto*, without the general grounds for justification and excuse being applicable. Often there are certain types of conduct that constitute a punishable offence according to the letter of the law, but where the specifics of the context in which the conduct has been carried out, should not constitute criminal responsibility. Contexts such as art, science, the (medical) professions, sports and games, education, protests (active and passive), culture, religion and traditions or customs come to mind in this regard. Under such exceptional circumstances, there are good reasons for not holding the offender criminally responsible. However, the legislator has done little or nothing to explicitly regulate the matter, thereby intentionally leaving it up to the court judge and academia.

Despite the absence of a complete, coherent and clear legal system of exceptions, a court judge may acknowledge that grounds for exclusion of criminal responsibility are possible in special contexts. Nevertheless, questions may arise as to the exact scope and details of the judicial task. This gives rise to the question – and rightly so – of whether it is up to the court judge to determine whether art or culture should prevail over criminal responsibility. Should he, and is he able to, determine just what art or culture is as such? An additional factor is that a large amount of judicial freedom could lead to non-systematic application and processing of context-related exceptions. The main problem is that without a legal basis we run the risk of inconsistency, unpredictability and loss of clarity. Research into a (more) systematic application has been conducted to do (more) justice to the details of the context in which various types of conduct are undertaken and to make exclusion of criminal responsibility more consistent, predictable and insightful, thus conclusive. This research took place on the basis of the following research question.

To what extent and under what conditions is a judicial decision about (exclusion of) criminal responsibility of certain conduct that is performed in (or due to) a special context systematic, when there are no explicit legal regulations, by content and procedural handling in the sense of consistency, predictability and clarity? Also, how can one reach a more systematic legal assessment of conduct in specific contexts?

To conduct this research, a step-by-step approach was used to determine the answer to these questions. After clarifying the point in question and the issues involved (*chapter 1*), a description follows of the various legal

modalities of exclusion of criminal responsibility, as well as the modalities which have been added from case law and literature (*chapter 2*). The special contexts and their exceptions that have been discussed in the theory and practice of criminal law, have then been explored (*chapter 3*). The study was then rounded off with a preliminary conclusion concerning the methods with which different types of conduct in special contexts and exceptions are assessed, and how they have been applied in criminal procedure law. This 'diagnosis' has been subjected to a substantive criminal law analysis that focused on two main questions. First, what is the extent of the similarities and differences at an abstract level between the exceptions in terms of basis, design and application? And second, can we identify an instrument or framework, which a court judge could use as a frame of reference when making decisions concerning the (exclusion of) criminal responsibility (*chapter 4*). The findings and results of the study were then placed in the light of criminal law practice and criminal procedure law, examining which aspects have a negative influence on the systematic application of context-related exceptions and which consequences can or should be associated with it in order to allow the results of the substantive criminal analysis to be meaningful (*chapter 5*). Based on the findings and analysis of the first five chapters, conclusions followed that aim to provide an answer to the central question and recommendations have been defined that relate to legislation, prosecution and judiciary (*chapter 6*).

The description in the *second chapter* has shown that court judges have a range of modalities at their disposal to be able to conclude impunity. Mapping the manner in which exclusion of criminal responsibility in general is designed in Dutch criminal law, as well as how this is thought of and discussed in the literature, has also made it clear in which modalities context-related exceptions can be placed by the court judge. The different modalities of exclusion from criminal responsibility can be classified into three categories: grounds for evidence exclusion, grounds for qualification exclusion and grounds for exclusion of punishment (i.e. grounds for justification and excuse).

However, context-related exceptions do not seem to have a fixed and clear place in our criminal justice system, at least for now. In fact, there seems to be no uniform way of 'realising' the exclusion of criminal responsibility in (all) special contexts. After all, whether and how exclusion from criminal responsibility is 'achieved', in the case of conduct carried out in a special context, depends on various factors, such as the wording in the description of the applicable offence and in the indictment, the meaning given to the components (in Dutch: 'bestanddelen') and elements (in Dutch: 'elementen') of the offence, the intent and scope of the penalty provision at issue, the circumstances of the case and the context in which the situation occurred.

Nevertheless, there seems to be scope for adequate processing and integration of context-related exceptions into the existing set of rules and modalities of exclusion of criminal responsibility, although this may be at

the expense of consistency, predictability and clarity. Clarifying the relationship between the standard (e.g. 'one may not abuse so that physical safety is protected') and the exception (e.g. 'in this "exceptional" case, because of the context, there is no question of abuse or no such action has taken place') may contribute to the possibility of precise interpretation of (the effect of) the exception in question. For example, one can rightly ask whether the artistic exception, the exception of professional practice and (other) exceptions that are motivated by the consent of the victim – such as in the context of sports and games, sexuality experience (e.g. sadomasochism) or student life (e.g. hazing) – are grounds that exclude the unlawfulness of the act or are, on the contrary, grounds for assuming that the act is not included in the definition of the offence. This was the reason to further examine the individual, recognised special contexts and associated exceptions, in order to map out what typifies (each of) those special contexts, how they relate to the criminally relevant standard and (therefore) how the context-related exceptions may be processed by a court judge.

In criminal law, various special contexts have been recognised, which are explained in more detail in the *third chapter* on the basis of literature and case law review. A special context is a specific or exceptional atmosphere, playing field or state of ordinary social life, which on the one hand is sufficiently identifiable to be typified as a special context, but on the other hand contains, to a greater or lesser extent, uncertainties about the way in which this must be dealt with in criminal law. The only (initial) common ground is that, in those contexts, the role of criminal law (or more specifically: [the determination of] criminal responsibility) can be called into question. This does not mean that *all* conduct carried out in or because of a special context should be exempt from punishment. There are limits. These limits or boundaries indicate where the tipping point lies between conduct that deserves punishment and conduct that contravenes the provisions of the Criminal Code but that, due to the relationship with the special context in which that conduct is carried out, remains (or must remain) unpunished. For each special context, the characteristics of the context have been examined, as well as the way the application of the exception *in concreto* actually leads to the exclusion of criminal responsibility.

Based on the individual findings for each special context, a general, overarching picture has been sketched. Characteristic of the various contexts is the presence of own (system of) standards, which underlie standard diversity or even a clash of rules. The person who performs a behaviour in or because of a special context has to deal not only with criminal law standards, but also with standards that are usual, common and accepted in the special context. Therefore, the legal assessment of such conduct is not an easy task. The standards applicable within these contexts sometimes differ from general standards, while the legislator has often had the current, general standards in mind when formulating the applicable provision. In special contexts, it is often the case that the participant looks at and assesses his own

behaviours and the behaviours of others from a perspective that is closely related to the relevant context and the standards that apply in that context – a medical perspective with medical standards, a cultural perspective with cultural standards, a sporting perspective with rules of the game, etc. – while that perspective and those standards are not always in line with the usual or current legal perspective and the criminal law standards that a court judge applies.

Although the amount of case law is small, certainly in some specific special contexts, the exploration shows how, as well as how inconsistently, context-related defences and exceptions are sometimes dealt with in criminal justice. *Variety* can be perceived in the application of the modalities described in the second chapter: exclusion from criminal responsibility is realised in criminal law practice as a result of 1) the decision on evidence and interpretation of the aspects of the offence, 2) the decision on legal qualification and 3) the decision on the various facets of preclusion of application of criminal sanctions. This distinction can be observed at the level of the context itself – e.g. ‘context-related exception X cannot only assume the “quality” (or: be given the form) of grounds for justification and excuse, but also that of grounds for qualification exclusion’ – and not so much at the level of the various exceptions in general – e.g. ‘context-related exception X is (always) a ground for justification; context-related exception Y is (always) a ground for qualification exclusion’.

In addition to this *variety* of possibilities, a certain *vagueness* (and as a result: a *mixing*) can also be observed. It is not always clear wherein a difference in application lies and what exactly makes the exception take on a certain quality or form (or is considered as such by the court judge). This can lead to irregular processing of context-related exceptions, where, for example, qualification issues are assessed as evidential issues or as criminal exclusion issues.

The question arises as to whether the ‘diagnosis’ that there is *variety*, *vagueness* and (risk of) *mixing* is problematic in the light of the systematic application in determining the extent of criminal responsibility. On the one hand, it can be concluded that a court judge may, due to the diversity of possibilities, determine (exclusion of) criminal responsibility with the necessary nuance and differentiation and (thus) arrive at the fairest ruling. On the other hand, there is a danger present of inconsistent, unpredictable and non-transparent application, with all its consequences.

The *fourth chapter* therefore examines to what extent substantive criminal insights and notions can be used to find contributions to achieving more systematic application in determining (exclusion of) criminal responsibility in special contexts. A differentiated approach focusing on special contexts has been sought, in which the particularity of the context can be taken into consideration. In (the second part of) the substantive analysis, before seeking an adequate tool or instrument that can be used by the court judge to achieve more systematic application in the assessment and processing of context-

related exceptions, it was first examined (in the first part of that analysis) what exactly underlies the notion that conduct carried out on the basis of the special context must be assessed differently and that such conduct will not (always) require a criminal response.

These bases appear to be diverse in nature, including (fundamental) rights, (legal) obligations, social eligibility of (socially adequate) actions and the consent of the victim. The foundations are divided into three different levels: the level of the rule of law (macro-level), the level of society (meso-level) and the level of the individual (micro-level). They are *distinguishable* from each other, but cannot always be *separated*. For example, self-determination (expressed in the consent of the victim, at the level of the individual) is closely related to the habits and expectations that prevail in a society (at the level of society). In addition, a person who acts according to a (legal) obligation can act in a way that suits his role in society and/or with the consent of the victim. In various special contexts, there are bases for the exclusion of criminal responsibility from multiple levels. Based on these principles, it can be argued that the role of criminal law (as a punitive instrument) should be limited in this respect and that in the case in question there should be no question of deserved punishment or of contravening the provisions of the Criminal Code.

Subsequently, in the second part of the analysis, from a systematic-dogmatic and normative perspective, it was examined how the foundations, which form the basis of the notion that the role of criminal law in special contexts must be limited, can be reflected in determining criminal responsibility. To this end, it was examined how a court judge can be offered or can find guidance in the normative weighing of the factors that should (or could) determine criminal responsibility. Focusing on the scope of the criminal law standard provides guidance to a court judge in determining whether there should be room for an exception to the statutory offence description in terms of content or, on the contrary, for deeming the statutory offence description not applicable. That is why (more comprehensive) attention has been paid to the role of the underlying legal interest(s) of penal provisions regarding the conduct in determining whether punishment is deserved or determining contravention of the provisions of the Criminal Code. Where it is not always clear to what extent the standards within a special context deviate from the standards in other areas, the legal interest to be protected by the criminalisation constitutes a stable factor in determining criminal responsibility. After all, the protection of a legal interest is the *ratio legis* or the purpose of criminalising conduct; the legal interest in question can therefore be used as an instrument with which to guide the assessment of behaviour. Considering the underlying legal interest (i.e. the interest to be protected by penalisation) means that:

- a. it can be assessed in a differentiated manner whether the conduct carried out in the special context falls within the scope of the definition of the offence or whether it affects the 'typical' content of the offence (*Typizität*);

- b. a distinction can be made in a differentiated way between, on the one hand, the *absence* of an infringement or endangerment of a legal interest – the so-called ‘first scenario’ presented in chapter 4; a question of qualification – and on the other hand the *justification* of an infringement or endangerment of a legal interest – the so-called ‘second scenario’; a criminal exclusion issue – and
- c. interaction between the legislator and the court judge is present (as a side effect) now that the court judge takes into account the legislator’s view or intention regarding the *ratio legis*, the purpose or scope of the criminalisation when determining criminal responsibility.

A legal interest-oriented assessment can therefore to a large extent contribute to the systematic application of determining (exclusion of) criminal responsibility in the event of conduct carried out in special contexts. In the special context, where, as mentioned above, the standards differ from the standards outside that context, conduct takes place that either the legislator did not have in mind or did not wish to regulate further (as a result of which a legal-finding or legal-forming role seems to be reserved for a court judge) or are already (implicitly) excluded from criminal responsibility by the legislator. The underlying legal interest, for which an indication can be found in the legislative history and the heading of the Title of the Code in which the relevant penal provision is included, acts in this case as an assessment framework and as a distinctive mechanism to be able to conclude that there is no punishment deserved or no contravention of the provisions of the Criminal Code. In both cases, the relationship to the underlying legal interests can be used for the transparent, predictable and consistent determination of (exclusion of) criminal responsibility. In that light, in the last part of chapter 4, an inventory was made of each individual special context, which mapped out how a court judge can deal with the various context-related exceptions in a systematic manner.

The *fifth chapter* then examined which aspects of criminal procedure law and practice have a negative influence on the systematic application of context-related exceptions, as well as which consequences can or must be associated with being able to (continue to) do justice in a systematic manner to the particularity of the contexts at the heart of this research. Processing context-related exceptions in criminal law practice appears to compromise on transparency, predictability and consistency due to various factors, whereby in some judicial decisions the opinion or intention of the legislator is also discarded. In addition, some factors can be regarded as ‘accidental’ factors, which do not necessarily justify a difference in approach compared to the approach prescribed by substantive criminal law (following from the fourth chapter). For example, the ‘accidental’ choice of a public prosecutor whether or not to include a certain qualifying term in the indictment or the choice of the court judge whether or not to interpret such a qualifying term in a limited way, affects the classification of processing the exception. Grounds

that substantively imply that there is a ground for qualification exclusion or a ground for justification, will (not) be 'promoted' to part of the decision on evidence, depending on the occasionally arbitrary choice when drawing up and formulating an indictment. In addition to the fact that such a factor does not necessarily justify the difference between an 'acquittal' (in Dutch: 'vrijspraak', i.e. it is not proven beyond reasonable doubt that the accused committed the charged act) and an 'absolution' or 'dismissal of charges' (in Dutch: 'ontslag van alle rechtsvervolging', i.e. a variant of acquittal based on a ground for excluding criminal responsibility – the charged act does not constitute a crime), the position of the accused is also presented differently. Although a successful appeal to a context-related exception results in the exclusion of criminal responsibility, a signal is sent from one outcome that differs from the other. For example, the result that 'a certain conduct to be described as assault *cannot be proven*' differs from the result that 'a certain conduct *may not be deemed assault*'. The interconnection or relationship between criminal law standards and the relevant exception is also blurred.

Various ideas have been put forward in the literature that may potentially contribute to the removal of these imperfections and the discrepancy between substantive criminal law theory and criminal law practice. Discussion and analysis of these ideas have led to the conclusion that not all inconsistency, unpredictability and non-transparency can be dispelled and that various ideas proposed are not appropriate or are too harsh in removing the inconsistency and the non-transparency of a limited nature. Examples of this concern the (purely) processing of context-related exceptions into the prosecution decision to be taken by the public prosecutor's office, the elimination of the difference between 'acquittal' and 'absolution' or 'dismissal of charges' and the abolition of the 'basis of assessment' principle (in Dutch: 'grondslagleer').

That does not alter the fact that more consistency, transparency and predictability can still be achieved in the processing of context-related exceptions, through less extensive 'interventions'. This concerns, for example, more legal criminal qualifications in criminal provisions, a more nuanced interpretation of the 'basis of assessment' principle and a more differentiated answer to the existing substantive questions model of criminal decision-making (Art. 350 of the Code of Criminal Procedure). Also, under certain conditions, the codification of (some) context-related exceptions could be of added value. The legal interest-orientend assessment, already discussed in the fourth chapter, and (more accurate) focus on the reasonable law application or the *Typizität*, can be embedded in current practice without exaggerated changes.

However, this may not solve all the problems or issues. A pessimistic conclusion that can be drawn from this, is that criminal procedure law – which is supposed to serve substantive criminal law – is not designed in such a way that a court judge can come to (exclusion of) criminal responsibility in a *fully* transparent, predictable and consistent manner or can do justice to the particularity of the context for *one hundred percent*. A slightly less

pessimistic, but more realistic conclusion is that the context-related exceptions are so unprecedented that they are not easy to categorise and that the substantive law contributions to transparency, predictability and consistency in combination with the differentiated approach to the criminal decision model described above, can to a large extent already remove flaws and lead to a more systematic application in comparison with the current situation.

The results from the foregoing lead to the final conclusion formulated in *chapter 6* that criminal law is potentially adequately designed to be able to do justice to conduct that has been carried out in or because of a special context, but that improvement is still possible with regard to the systematic judicial application of context-related exceptions. And where the legislator has left this to the court judge, there are possibilities for the court judge to arrive at a differentiated judgement in a more systematic manner, based on the potential of substantive criminal concepts. He may, based on various arguments, conclude that impunity is appropriate, for example, because the underlying standard shall remain unaffected or because the underlying standard is justified. He could even create the angle of 'this is not what criminal law is for' in the application of the decision model.

A suitable place for processing this last notion is the qualification decision, which thus acquires more meaning. The particularity of the context may mean that a court judge considers that the conduct, which took place in that special context, does not affect the essence of what the legislator had in mind when adopting the provision of the sentence applicable in that regard. Attention to the *Typizität*, for example by a concrete assessment of it in his consideration, gives the court judge the opportunity not to bring the already proven conduct, in the context of 'reasonable legislative interpretation', within the scope of a description that is not intended for such a non-typical variant.

The court judge's attention to the *Typizität* in the question of qualification can therefore provide a solution for cases in which the description of the offence is enforced and respected scrupulously (and the alleged conduct can be proved), but in which, despite this, the judicial offence qualification does not do justice to (the type of) conduct to which the definition of the offence relates (or should only have) in the opinion of the legislator. In this way, criminal law can be used as an instrument or as a set of rules applied in establishing criminal responsibility (*in concreto*: to examine whether the participant of the special context has remained within the limits of the context), without prejudice to the limits of the definition of the offence and the conception and role of the legislator. Setting a norm and judicial standard confirmation in this matter will therefore lead to transparency and predictability, where in the preliminary phase there is clarity about the relationship between conduct, context and standards. An additional advantage is that it is still possible to assess in a differentiated way whether the participant of the special context has remained within the (various) standard frameworks applicable in the relevant context (and that therefore improper use or abuse

of the context – such as the rapper who, in the context of artistic expression, seeks refuge for insulting or threatening persons in his rap lyrics – can still be deemed deserving punishment) prior to the possibility of being investigated whether there are grounds for justification and excuse. After all, the criminal exclusion of punishment issue is only relevant if the proven conduct constitutes a criminal offence and there is reason to investigate whether there are grounds that justify the proven and qualified endangerment or infringement of a legal interest.

More explicit attention to the underlying legal interest(s) and the *Typizität* contributes to a more systematic processing of context-related exceptions, leads to clarity and confirms the fragmentary character of criminal law with respect for the views and intentions of the legislator.

Aangehaalde literatuur

ALTENA 2016

J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

ALTENA 2018

J.G.H. Altena, 'Nullum crimen sine lege certa', *Strafblad* 2019, afl. 3, p. 12-19.

ANDRÉ DE LA PORTE 1976

E. André de la Porte, *De telastelegging in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1976.

BAKKER & BALK-BUNSCHOTEN 2014

R. Bakker en A. Bulk-Bunschoten, 'Pedagogische tik niet per se slecht', *Medisch Contact* 11 juni 2014.

BAKKER 2017A

S.R. Bakker, 'Toestemming als rechtvaardiging: zelfbeschikking in het strafrecht?', *AA* 2017, afl. 3, 177-187.

BAKKER 2017B

S.R. Bakker, 'Uitzonderingen op de regel: over studenten, voetballers en rappers', *Strafblad* 2017, afl. 6, p. 458-462.

BAKKER 2018

F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

BAKKER 2020

S.R. Bakker, '(On)geschreven excepties', *Bsb* 2020, afl. 4, p. 225-231.

BAKKER & POSTMA 2019

S.R. Bakker & L. Postma, 'Volenti non fit iniuria. Over de betekenis van de toestemming in het (medisch) strafrecht', *Strafblad* 2019, afl. 3, p. 20-29.

BAKKER & VAN DE WETERING 2015

S.R. Bakker & V.E. van de Wetering, 'Bedreigende rap en de kunstexceptie', *PROCES* 2015, afl. 3, p. 175-187.

VAN BEMMELEN 1931

J.M. van Bemmelen, *De beteekenis van het strafrecht voor den normalen mensch* (rede Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1931.

VAN BEMMELEN 1937

J.M. van Bemmelen, 'Nieuw geluid in de Duitse strafrechtswetenschap', *NJB* 1937, p. 677-685.

VAN BEMMELEN 1950

J.M. van Bemmelen, 'Het Duitse strafrecht en de Duitse strafrechtswetenschap na de oorlog', *TvS* 1950, p. 19-58.

VAN BEMMELEN 1957

J.M. van Bemmelen, *Strafoordering. Leerboek van het Nederlandse strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1957.

VAN BEMMELEN 1975

J.M. van Bemmelen, *Ons strafrecht: Deel 1: Het materiële strafrecht, algemeen deel*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1975.

VAN BEMMELEN & VAN HATTUM 1953

J.M. van Bemmelen & W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht (Deel I: Algemene leerstukken)*, Arnhem: S. Gouda Quint – D. Brouwer en zoon / 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1953.

VAN BEMMELEN & VAN HATTUM 1954

J.M. van Bemmelen en W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht (Deel II: Bijzondere delicten)*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff / Arnhem: Gouda Quint – D. Brouwer en zoon 1954.

VAN BEMMELEN & VAN VEEN 1982

J.M. van Bemmelen, *Ons strafrecht. Deel 1: Het materiële strafrecht, algemeen deel* (bewerkt door Th.W. van Veen), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1982.

VAN BEMMELEN & VAN VEEN 1986

J.M. van Bemmelen, *Ons strafrecht. Deel 1: Het materiële strafrecht, algemeen deel* (bewerkt door Th.W. van Veen), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1986.

BIJLEVELD 1883

P.J. Bijleveld, *Art. 293 Wetboek van Strafrecht (Wet van 3 maart 1881, Stbl. 35)* (diss. Leiden), Leiden: L. van Nifterik Hz. 1883.

BINS 1980

J. Bins, 'Bewijsverweren in het strafproces', *VR* 1980, afl. 7/8, p. 145-162.

VAN BINSBERGEN 1976

W.C. van Binsbergen, *Inleiding Strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.

DE BLOIS 1998

M. de Blois, 'Self-determination or human dignity; the core principle of human rights', in: M. Bulterman, A.C. Hendriks & J. Smith, *To Baehr in our Minds. Essays on Human Rights from the Heart of the Netherlands*, Utrecht: Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten 1998, p. 523-539.

BLOK & BESIER 1925-1926

A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & zoon 1925-1926.

BOGERT 2003

P.C. Bogert, 'De juiste beslissing of een gemiste kans?', *DD* 2003, afl. 1, p. 9-21.

BOGERT 2005

P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulditsluiting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

BOKSEM 1996

J. Boksem, *Op den grondslag der telastlegging* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

BOKSEM 2020

J. Boksem, 'Begrijpelijk ten laste leggen. Zo'n vijftienvintig jaar later', *NTS* 2020, afl. 3, p. 175-182.

BORGERS 2011

M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers & C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2011-I), Deventer: Kluwer 2011, p. 103-185.

BORGERS 2016

M.J. Borgers, *Bij nader inzien* (afscheidsrede VU Amsterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

BOSCH 1965

A.G. Bosch, *Het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht. Aantekeningen over de werkzaamheden van de staatscommissie in 1870 belast met de samenstelling van een ontwerp van een nieuw Wetboek van Strafrecht, art. 1-91* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1965.

DE BOSCH KEMPER 1838-1840

J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en in verband gebracht met de algemeene regtsgeleerdheid*, Amsterdam: Johannes Müller 1838-1840.

DE BOSCH KEMPER 1865

B. de Bosch Kemper, *De straffoordering in hare hoofdtrekken beschouwd* (diss. Leiden), Amsterdam: Joh. Müller 1865.

BOVENKERK & YEŞİLGÖZ 2003

F. Bovenkerk & Y. Yeşilgöz, 'Nieuwe strafrechtsproblemen in Nederland', in: F. Bovenkerk, M. Komen & Y. Yeşilgöz, *Multiculturaliteit in de strafrechtspiegeling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-3.

VAN DEN BRINK 2013

S.E. van den Brink, 'De ratio en reikwijdte van artikel 273f lid 1 sub 3 Sr', *TPWS* 2013/2, p. 2-5.

VAN BROECK 2001

J. van Broeck, 'Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2001, afl. 1, p. 1-32.

BUISMAN 2020

S.S. Buisman, 'Criteria voor strafbaarstelling. De integratie tussen theorie en wetgevingsbeleid', *Bsb* 2020, afl. 1, p. 64-72.

CLEIREN 2008

C.P.M. Cleiren, 'Het legaliteitsbeginsel', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos & M.A.H. van der Woude, *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 285-306.

CLEIREN & BAKKER 2011

C.P.M. Cleiren & S.R. Bakker, 'De kunstexceptie. Gemiste kans voor de artistieke vrijheid?', *Strafblad* 2011, afl. 6, p. 33-41.

CLEIREN, CRIJNS & VERPALEN 2020

C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen, *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

CLEIREN, CRIJNS & VERPALEN 2019

C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen, *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

CLEIREN & TEN VOORDE 2016

C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, 'Prostitutie en souteneurschap in het strafrecht: rechtsbelangen in beweging', *AA* 2016, afl. 5, p. 398-405.

CLEIREN & TEN VOORDE 2019

C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, 'Harmonising Legal Interests. Legal Interests under Criminal Law in a Multilevel Legal Order', in: J. Ouwkerk, J. Altena, J. Öberg & S. Miettinen (red.), *The future of EU Criminal Justice Policy and Practice. Legal and Criminological Perspectives*, Leiden: Brill/Nijhoff 2019, p. 121-142.

COOLEN 2013

G.L. Coolen, *Militair strafrecht* (bewerkt door G.F. Walgemoed & J.J.M. van Hoek), Deventer: Kluwer 2013.

CORSTENS & BORGERS 2014

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers), Deventer: Wolters Kluwer 2014.

CORSTENS, BORGERS & KOIJMANS 2021

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

CRIJNS 2012

J.H. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaisch desideratum?', *AA* 2012, afl. 1, p. 11-18.

DAHM 1935

G. Dahm, 'Verbrechen und Tatbestand' in: G. Dahm, E.R. Huber, K. Larenz, e.a. (red.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin: Junker & Dünhaupt 1935, p. 62-107.

VAN DAM VAN ISSELT 1902

E.W. van Dam van Isselt, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van den Medicus* (diss. Utrecht), Utrecht: F. Wentzel & Co. 1902.

DEMEERSSEMAN 1985

H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht* (diss. VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1985.

DIERICKX 2005

A. Dierickx, 'Is veroorloven 'toestemmen'? Over de geldigheidsvoorwaarden van de 'toestemming'', in: F. Verbruggen, R. Verstraeten, D. van Daele (e.a.) (red.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2005, p. 57-77.

DIERICKX 2006

A. Dierickx, *Toestemming en strafrecht. Een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven* (diss. Leuven), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

DE DOELDER 2007

H. de Doelder, 'De strafuitsluitingsgronden anders opgeschreven', in: M.M. Dolman, P.D. Duyx en H.G. van der Wilt, *Geleerde lessen. Liber amicorum Simon Stolwijk*, Nijmegen: Wolters Kluwer 2007, p. 27-38.

DE DOELDER, BAKKER, SALVERDA & VERBAAN 2015

H. de Doelder, S.R. Bakker, B.A. Salverda & J.H.J. Verbaan, *Wetboek van Strafrecht Sint Maarten*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2015.

DE DOELDER, BAKKER, SALVERDA & VERBAAN 2017

H. de Doelder, S.R. Bakker, B.A. Salverda & J.H.J. Verbaan, *Wetboek van Strafrecht Curaçao*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2017.

DE DOELDER & VAN DORST 1977

H. de Doelder & A.J.A. van Dorst, 'Sport en Strafrecht', *NJB* 1977, afl. 7, p. 165-170.

DE DOELDER & 'T HART 1978

H. de Doelder & A.C. 't Hart, 'Medicus en mishandeling', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1978, p. 57-68.

DE DOELDER, SALVERDA, VERBAAN & VERBEEK 2014

H. de Doelder, B.A. Salverda, J.H.J. Verbaan & R.J. Verbeek, *Wetboek van Strafrecht Aruba*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014.

DE DOELDER & STRIJARDS 1979

H. de Doelder & G.A.M. Strijards, 'Ons gereedschap ter discussie', *DD* 1979, afl. 4, p. 246-253.

DOLMAN 2006

M.M. Dolman, *Overmacht in het stelsel van strafuitsluitingsgronden* (diss. UvA), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

DOLMAN 2020

M.M. Dolman, 'Bont en blauw: strafbaar en straffeloos geweldgebruik door de politie', *Bsb* 2020, afl. 4, p. 200-209.

DORBECK 1893

A.J.F.M.N. Dorbeck, *Strafrechterlijke studie over de vraag: "An injuria fit volenti?"* (diss. UvA), Alkmaar: A. Kusters 1893.

DREISSEN 2020

W.H.B. Dreissen, 'Het bewijs van excepties', *Bsb* 2020, afl. 4, p. 232-238.

DUKER 2013

M.J.A. Duker, 'Het Tongzoen-arrest en het labelen van strafbaar gedrag', *AA* 2013, afl. 11, p. 827-832.

DUPONT 1993

L. Dupont, 'De situering van het begrip wederrechtelijkheid in de theorie van het misdrijf', in: H. D'Haenens, H. de Meyer & A. Francois (red.), *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, Gent: Mys & Breesch 1993, p. 127-145.

ECKHARDT & BAKKER 2018

S.A. Eckhardt & S.R. Bakker, 'Protocol 16 EVRM bezien vanuit Nederlands strafrechtelijk perspectief', *NJB* 2018, afl. 26, p. 1881-1888.

VAN EIKEMA HOMMES 1980

H.J. van Eikema Hommes, 'De materiële wederrechtelijkheid in het strafrecht', in: V.H. Davelaar – van Tongeren, N. Keijzer & U. van de Pol, *Strafrecht in Perspectief. Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan der Vrije Universiteit te Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 161-178.

VAN EIKEMA HOMMES 1983

H.J. van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap. Een juridische methodologie*, Deventer: Kluwer 1983.

ENSCHEDÉ 1963

Ch.J. Enschedé, 'Lex specialis derogat legi generali', *TvS* 1963, p. 171-191.

ENSCHEDÉ 1979

Ch.J. Enschedé, 'Wetten en rechters', in: p. Abas, N.J.P. Giltay Veth, Y. Scholten & G.J. Wolffensperger (red.), *Non sine causa. Opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 49-69.

ENSCHEDÉ 1984

Ch.J. Enschedé, 'Over de meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels. Enkele rechtstheoretische opmerkingen', *Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van wetenschappen, afd. Letterkunde* 1984, afl. 5, p. 123-140.

ENSCHEDÉ 1985A

Ch.J. Enschedé, 'De zaak H.t.B.; van rechtspolitiek tot rechtspraktijk', in: J.P. Balkema, D.H. de Jong & W. Nieboer, *Liber amicorum Th.W. van Veen. Opstellen aangeboden aan Th.W. van Veen ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 33-42.

ENSCHEDÉ 1985B

Ch.J. Enschedé, *De arts en de dood. Sterven en recht*, Deventer: Kluwer 1985.

ENSCHEDÉ 1986

Ch.J. Enschedé, 'Boter, melk en kaas; drie strafzaken over noodtoestand en beroepsrecht', *NJB* 1986, p. 745-747.

ENSCHEDÉ/BLOM 2017

Ch.J. Enschedé, *Beginselen van strafrecht* (bewerkt door T. Blom), Deventer: Kluwer 2017.

ESSER 2019

L.B. Esser, *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019.

ESSER 2021

L.B. Esser, 'Het rechtsbelangenconcept: een multifunctioneel instrument in het strafrecht', *AA* 2021, afl. 2, p. 198-203.

FREUDENTHAL 1922

B. Freudenthal, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen: Mohr 1922.

FRIELINK 1987

P.M. Frielink, 'Infiltratie en een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond', in: G.J.M. Corstens, G.E. Mulder, H. Singer-Dekker & P.C. Vegter, *Straffen in gerechtigheid. Opstellen over sancties en executie, uitgegeven ter nagedachtenis aan prof. mr. W.H.A. Jonkers*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 371-375.

GEELHOED 2013

W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

GEWIN 1907

B. Gewin, *Beginselen van het strafrecht*, Leiden: Boekhandel en drukkerij, voorheen E.J. Brill 1907.

GOPPEL 1973

J. Goppel, 'De subsocialiteit van Vrij', *DD* 1973, afl. 9, p. 480-489.

DE GRAAF 2018

F.C.W. de Graaf, *Meervoudige aansprakelijkstelling* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom juridisch 2018.

GRAPPERHAUS & DE ROOIJ 1989

M.J. Grapperhaus en H.J.I.M. de Rooij, 'Bewijsverweren; een overzicht', in: G.A.M. Strijards e.a. (red.), *De derde rechtsingang nader bekeken: opstellen aangeboden aan C. Bronkhorst*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 115-135.

GRITTER 2013

E. Gritter, 'De redelijke toerekening van een gedraging: brandpunt van aansprakelijkheidsbeslissingen', in: A. Dijkstra, B.F. Keulen & G. Knigge (red.), *Het roer recht. Liber amicorum aangeboden aan Wim Vellinga en Feikje Vellinga-Schootstra*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 133-145.

GROENHUIJSEN 2002

M.S. Groenhuijsen, 'De dreigende verdachtmaking van het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse strafprocesrecht', *DD* 2002, afl. 5, p. 437-445.

TER HAAR 2021

R. ter Haar, 'Politiegeweld en de herziening van de berechting van agenten na George Floyd: een analyse', *AA* 2021, afl. 2, p. 113-125.

VAN HAMEL 1927

G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht* (bijgewerkt door J.V. van Dijk), Haarlem: De Erven Bohn / 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1927.

HARO BEELS 1887

C. Haro Beels, *Strafrechtelijke beschouwingen over het Duitsche studenten-duel* (diss. UvA), Amsterdam: J.H. & G van Heteren 1887.

'T HART 1994

A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

HARTEVELD 1999

A.E. Harteveld, 'Positie OM in relatie tot het onderzoek ter terechtzitting; de tenlastelegging als grondslag voor het strafproces', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafoordering 2001*, Groningen: Drukkerij Rijksuniversiteit Groningen 1999, p. 179-194.

HARTMANN 2013

A.R. Hartmann, 'De strafuitsluitingsgronden anders opgeschreven: een revisie', in: F.W. Bleichrodt, A.R. Hartmann, P.A.M. Mevis e.a. (red.), *Onbegrensd strafrecht. Liber amicorum Hans de Doelder*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 423-439.

HAVEMAN 2000

R.H. Haveman, 'De grenzen van de repressieve samenleving', in: R.H. Haveman, F.P. Ölçer, Th.A. de Roos e.a. (red), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 57-62.

HAZEWINKEL-SURINGA 1953

D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1953.

HAZEWINKEL-SURINGA/REMMELINK 1971

D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht* (bewerkt door J. Remmelink), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971.

HAZEWINKEL-SURINGA/REMMELINK 1973

D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht* (bewerkt door J. Remmelink), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1973.

HAZEWINKEL-SURINGA/REMMELINK 1991

D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht* (voortgezet door J. Remmelink), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1991.

HAZEWINKEL-SURINGA/REMMELINK 1996

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

TER HEIDE 1965

J. ter Heide, *Vrijheid. Over de zin van de straf* (diss. Leiden), Den Haag: Bert Bakker / Daamen 1965.

HEIJDER 1982

A. Heijder, 'Handhaaft de strafrechter maatschappelijke normen van behoren?', in: Het Juridisch Gezelschap Amsterdam, *Naar behoren. Doorwerking van maatschappelijke behoorlijkheid in het recht en verschuiving in opvattingen omtrent juridisch behoren*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 51-63.

HENDRIKS 2014

A.C. Hendriks, 'Recht op leven en recht op een zelfgekozen dood: een toetsing van de Nederlandse euthanasiewet aan het EVRM', *NJCM-bulletin* 2014, afl. 2, p. 151-181.

VAN DER HOEVEN 1969

J. van der Hoeven, *Dient de uitoefening van de grondrechten welke meningsvorming, meningsuiting en informatie betreffen, grondwettelijk nader te worden geregeld?*, Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1969-I, tweede stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1969, p. 55-121.

HOLLAND 1989

W.A. Holland *Gewetensbezwaren en strafuitsluitingsgronden* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1989.

DE HULLU 2021

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

JANSEN 2020

R. Jansen, 'In dubio pro reo bij strafuitsluitingsgronden', *NJB* 2020, afl. 2, p. 127-129.

JANSSSENS 1995

F. Janssens, 'Eén hand en één voet aan de exceptio artis; de kunstexceptie nader bekeken', *Mediaforum* 1995, afl. 2, p. 19-23.

JANSSSENS 1998

A.L.J.M. Janssens, *Strafbare belediging* (diss. Groningen), Amsterdam: Thela Thesis 1998.

JANSSSENS & NIEUWENHUIS 2019

A.L.J. Janssens & A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

DE JONG 1981

D.H. de Jong, *De macht van de tenlastelegging in het strafproces* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1981.

DE JONG 2009

F. de Jong, *Daad-Schuld* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

DE JONG 2019

D.H. de Jong, 'De strafprocesrechtelijke grondslagleer', *NJB* 2019, afl. 26, p. 1856-1863.

JONKERS 1984

W.H.A. Jonkers, *Inleiding tot de strafrechtsdogmatiek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984.

JÖRG, KELK & KLIP 2016

N. Jörg, C. Kelk & A.H. Klip, *Strafrecht met mate*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

JÖRG, KELK & KLIP 2019

N. Jörg, C. Kelk & A.H. Klip, *Strafrecht met mate*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

KELK 2013

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. 323-341.

KELK 2015

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

- KELK & DE JONG 2019
C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht* (bewerkt door F. de Jong), Deventer: Wolters Kluwer 2019.
- VAN KEMPEN 2008
P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten* (rede Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.
- VAN KEMPEN 2011
P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Religie in het Wetboek van Strafrecht. Over strafrechtelijke bescherming en beperking van religie, rechtsgrondslagen, wederrechtelijkheid en de neutraliteit van de overheid', in: J.L.W. Broeksteeg & A.B. Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 161-194.
- VAN KEMPEN 2017
P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Mensenhandel?', *DD* 2017, afl. 6, p. 397-411.
- KEULEN & KNIGGE 2020
B.F. Keulen & G. Knigge, *Ons Strafrecht. Deel 2: Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.
- KEUPINK 2011
B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichten* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.
- KINGMA 2011
P.A. Kingma, 'De herziening van de artikelen 38 en 71 Wetboek militair strafrecht: symbool of noodzaak?', *Militair Rechtelijk Tijdschrift* 2011, p. 207-220.
- KNIGGE 1980
G. Knigge, *Beslissen en motiveren*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1980.
- KNIGGE 1984
G. Knigge, *Verandering van wetgeving* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984.
- KNIGGE 1987
G. Knigge, 'Het subsociale en de structuur van het strafbare feit', in: Ch.J. Enschedé, N. Keijzer, J.C.M. Leijten & Th.W. van Veen (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Rummelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 289-300.
- KNIGGE 1993
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.
- KOOL 1998
R.S.B. Kool, *De strafwaardigheid van seksueel misbruik* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.
- KOOPMANS 2017
F.A.J. Koopmans, *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv* (bewerkt door F.W. Bleichrodt, J.H.J. Verbaan & R.J. Verbeek), Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- KORTMANN 2005
C.A.J.M. Kortmann, 'Raad en Daad: Over rechtsvorming door de Hoge Raad', *AA* 2005, afl. 11, p. 952-953.
- VAN KREVELD 2006
J.H. van Kreveld, 'Terugkoppelen vanuit rechtspraak naar de wetgever', *Regel-Maat* 2006, afl. 6, p. 186-196.
- KRISTEN 2010
F.G.H. Kristen, 'Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht', *AA* 2010, afl. 9, p. 641-645.

KRONENBERG & DE WILDE 2020

M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

KUIJER, VAN DEN HURK & DE VRIES 2020

A. Kuijer, J.W. van den Hurk & S.J. de Vries, *Art. 240b Sr. Juridische en digitaal-technische aspecten van strafvervolgning wegens gedragingen met digitaal kinderpornografisch materiaal*, Den Haag: Kenniscentrum Cybercrime voor de Rechtspraak 2020.

DE KUIJPER 1905

C.M. de Kuijper, *Het begrip wederrechtelijk in het Nederlandsche Wetboek van Strafrecht* (diss. UvA), Amsterdam: M.J. Portielje 1905.

LANGEMEIJER 1950

G.E. Langemeijer, "Subsocialiteit", materiële wederrechtelijkheid, "Zumutbaarheid", *TvS* 1950, p. 6-18.

LANGEMEIJER 1970

G.E. Langemeijer, 'Evolutie, revolutie, democratie en recht', in: J.A. Ankum, G.C.J.J. van den Bergh & H.C.F. Schoordijk (red.), *Plus est en vous. Opstellen over recht en cultuur aangeboden aan prof. mr. A. Pitlo ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleraarschap*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1970, p. 17-29.

LANGEMEIJER 1977

G.E. Langemeijer, *Strafrecht of -onrecht?*, Deventer: Kluwer 1977.

LAUTERWEIN 2010

C.C. Lauterwein, *The limits of Criminal Law. A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, Farnham/Burlington: Ashgate 2010.

LEENEN 1996

H.J.J. Leenen, 'Twee categorieën normen in het handelen van artsen; de medische exceptie', in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Moerings, *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief* (Swart-bundel), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 263-268.

LEENEN, GEVERS & LEGEMAATE 2020

H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate (red.), *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

LESTRADE 2018

S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitbuiting in Nederland* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

LETTE VAN OOSTVOORNE 1882

N.J.C. Lette van Oostvoorne, *Het veroorzaken van den dood of van lichamelijk letsel door schuld (Code Pénal artt. 319 en 320). Wet van 3 maart 1881 boek II titel XXI* (diss. Leiden), Leiden: P. Somerwill 1882.

LIMBORGH 2008

W. Limborgh, 'Dient meisjesbesnijdenis op culturele gronden te worden getoleerd?', *NJB* 2008, afl. 40, p. 2514-2520.

LINDENBERG 2007

K. Lindenberg, *Strafbare dwang. Over het bestanddeel 'dwingen' en strafbaarstellingen van dwang, in het bijzonder art. 284 Sr* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-uitgevers 2007.

LINDENBERG & WOLSWIJK 2021

K. Lindenberg & H.D. Wolswijk, *Ons Strafrecht. Deel 1: Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

VAN LOON 1910

W. van Loon, *Mishandeling. (Art. 300-305 W.v.S.)* (diss. VU Amsterdam), Amsterdam: M.J. Portielje 1910.

MACHIELSE 1979

A.J. Machielse, 'Enige opmerkingen over het rechtsgoed', *DD* 1979, afl. 1, p. 24-43.

MACHIELSE 2005

A.J.M. Machielse, 'Vrijwillig terugtreden in Nederland en Duitsland', in: A. Harteveld, D.H. de Jong en E. Stamhuis, *Systeem in ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge'*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 417-428.

MACHIELSE 2014

A.J. Machielse, *Causaliteit in het Nederlandse strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

MACHIELSE 2019

A.J. Machielse, 'Strafrecht, voetbal en de koers', in: J.P. Balkema, M. Barel, F.W. Bleichrodt e.a. (red.), *Praktisch en veelzijdig. Vriendenboek voor Paul Vegter*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 303-318.

MANENSCHIJN 1984

G. Manenschijn, *Burgerlijke ongehoorzaamheid. Over grenzen aan politieke gehoorzaamheid in een democratische rechts- en verzorgingsstaat*, Baarn: Ten Have 1984.

MELAI 1963

A.L. Melai, 'De tyrannie van de telastlegging', *TvS* 1963, p. 480-496.

MELAI/GROENHUIJSEN

A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).

MEVIS 2000

P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans, *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 1-35.

MEVIS 2011

P.A.M. Mevis, 'Verdiend het beroepsrecht van de arts codificatie als strafuitsluitingsgrond in het Wetboek van Strafrecht?', *AA* 2011, afl. 7/8, p. 549-557.

MEVIS 2013

P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht. Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

MEVIS 2016

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. 209-219.

MEVIS 2017A

P.A.M. Mevis, 'Bespreking van: M.J. Borgers, Bij nader inzien', Deventer: Wolters Kluwer 2016', *DD* 2017, afl. 3, p. 174-181.

MEVIS 2017B

P.A.M. Mevis, 'Over de grondslag en de regeling van de beoordeling van geweldsaanwending door politieambtenaren', *DD* 2017, afl. 9, p. 653-668.

MEVIS 2019

P.A.M. Mevis, 'Strafrecht en het verbieden van rechtspersonen; misdrijven tegen de democratische rechtsorde', *DD* 2019, afl. 7, p. 513-529.

MINKENHOF/REIJNTJES 2017

J.M. Reijntjes, *A. Minkenhof's Nederlandse Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

MULDER 1957

G.E. Mulder, 'Het subsociale – werking, of bestanddeel van het delict?' *TvS* 1957, p. 216-245.

MULDER 1980

G.E. Mulder, 'Causaliteit in het strafrecht', in: V.H. Davelaar – van Tongeren, N. Keijzer en U. van de Pol, *Strafrecht in perspectief. Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan der Vrije Universiteit te Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 179-196.

MULDER 1987

G.E. Mulder, 'Vage normen. Beschouwingen over het 'Lex Certa' beginsel', in: Ch.J. Enschedé, N. Keijzer, J.C.M. Leijten & Th.W. van Veen (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 409-427.

MULDER 1995

G.E. Mulder, 'Opmerkingen over de betekenis van de termen vrijspraak en ontslag van rechtsvervolgving', in: J.P. Balkema, M. Barels, J.A.W. Lensing e.a. (red.), *Dynamisch strafrecht. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van prof. mr. G.J.M. Corstens van de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

NAGEL 1955

W.H. Nagel, 'In memoriam professor mr M.P. Vrij', *TvS* 1955, p. 1-26.

NAN 2011

J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu uitgevers 2011.

NAN 2014

J.S. Nan, 'Ingeblikte wederrechtelijkheid bij mishandeling', *TPWS* 2014/10, p. 52-54.

NAUTA & WERDMÖLDER 2002

A. Nauta & H. Werdmölder, 'Discussie. Onderzoek naar kenmerken van eerwraak', *Tijdschrift voor Criminologie* 2002, p. 367-373.

NIEBOER 1988

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. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 455-464.

NIEBOER 1991

W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

NIEUWENHUIS 2010

A.J. Nieuwenhuis & S. Koning, 'Kunst in Straatsburg. Een analyse van de jurisprudentie van het EHRM', *Mediaforum* 2010, afl. 3, p. 70-78.

NIJBOER 1986

J.F. Nijboer, 'Het onnut van de term "exceptie"', *DD* 1986, afl. 4, p. 374-379.

NIJBOER 1987

J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving: de systematische grondslag van het algemeen deel van het W.v.Sr.*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987.

VAN NOORLOOS 2014

L.A. van Noorloos, 'Artikel 9 EVRM in de Nederlandse strafrechtspraak: geloofsartikel of struikelblok?', in: H. Post & G. van der Schyff (red.), *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde: Nationale en Europese perspectieven*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 205-235.

NOYON & LANGEMEIJER 1954

T.J. Noyon, *Het Wetboek van strafrecht* (I: Inleiding, art. 1-176, bewerkt door G.E. Langemeijer), Arnhem: S. Gouda Quint – D. Brouwer en zoon 1954.

NOYON/LANGEMEIJER/REMMELINK

T.J. Noyon & G.E. Langemeijer / J. Remmelink, *Het wetboek van strafrecht*, voortgezet door: J.W. Fokkens & A.J. Machielse, Deventer: Kluwer (losbladig).

NYSINGH 1888

A. Nysingh, *Iets over de werking der toestemming in het strafrecht* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1888.

ÖLÇER 2000

F.P. Ölçer, 'Waardigheid in het strafrecht: de vrijheid om vreemd te zijn', in: *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 63-90.

OPPENHEIM 1892

L. Oppenheim, 'Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden', Basel: Schwabe 1892.

OVERBEEK 1934

W.H. Overbeek, *De rechtvaardigingsgronden in het Indische strafrecht* (diss. Leiden), Leiden: M. Dubbeldeman 1934.

OVERBEEK 1966

W.H. Overbeek, *Pornografie voor het Gerecht*, Den Haag: Uitgeverij NVSH 1966.

PELSE 1995

C.M. Pelser, *De naam van het feit. Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.

PERŠAK 2007

N. Peršak, *Criminalising Harmful Conduct. The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts* (diss. Ljubljana), New York: Springer 2007.

PETERS 1966

A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966.

DE PINTO 1886-1888

A.A. de Pinto, *Het herziene Wetboek van Strafvordering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1886-1888.

DE PINTO/DE PINTO 1882

A. de Pinto/A.A. de Pinto, *Handleiding tot het Wetboek van Strafvordering*, Zwolle: Tjeenk Willink 1882.

POLAK 1912

E. Polak, *De artt. 240 en 451bis W.v.Sr. beschouwd in hunne verhouding tot kunst en wetenschap*, Amsterdam: Amsterdamsche Boek- en steendrukkerij voorheen Ellerman, Harms & Co. 1912.

POLITOFF & KOOPMANS 1988

S.I. Politoff & F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1988.

POLS 1889

M.S. Pols, 'Het begrip van strafbare handeling. Bijdrage tot de leer van opzet en schuld', *TvS* 1889, p. 93-125.

POMPE 1950

W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1950.

POMPE 1959

W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959.

QUAK 2020

P.C. Quak, 'Noodweer bij eenvoudige mishandeling: vrijspraak of OVAR?', *NTS* 2020, afl. 1, p. 37-39.

REMMELINK 1985

J. Remmelink, 'Het recht van verzet als strafuitsluitingsgrond', in: J.P. Balkema, D.H. de Jong & W. Nieboer, *Liber amicorum Th.W. van Veen. Opstellen aangeboden aan Th.W. van Veen ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 317-332.

REMMELINK 1989

J. Remmelink, *Tijd en plaats in het strafrecht* (afscheidsrede VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1989.

REMMELINK 1995

J. Remmelink, 'Een en ander over kunst en strafrecht', in: H. Franken, A. van der Linden & p. Vlaardingerbroek (red.), *Drie treden. Over politiek, beleid en recht. Opstellen aangeboden aan Job de Ruiter ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 115-128.

REMMELINK 2003

J. Remmelink, 'Verweren in 'euthanasie'-strafzaken', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink, *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003 (derde druk: februari 2004), p. 491-499.

VAN REST 1991

P.H.S. van Rest, *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond. Beschouwingen over art. 43 Sr* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1991.

RIPHAGEN 1932

J. Riphagen, 'De beteekenis van het woord wederrechtelijk in de strafwet', *TvS* 1932, p. 138-156.

ROEDENBECK 1883

S. Roedenbeck, *Der Zweikampf im Verhältnis zu Tötung und Körperverletzung*, Halle: M. Niemeyer 1883.

RÖLING 1941

B.V.A. Röling, 'Opmerkingen over het nalaten in het strafrecht', *TvS* 1941, p. 81-154.

RÖLING 1953

B.V.A. Röling, 'Opmerkingen over het subsociale als element van het strafbaar feit', *TvS* 1953, p. 259-287.

ROZEMOND 1965

S. Rozemond, *De politieke strafzaak. Rechtsgronden en beleidsoverwegingen* (diss. Leiden), Meppel: Boom 1965.

ROZEMOND 1996

K. Rozemond, 'Het paradigma van de grondslagleer', *Recht en Kritiek* 1996, afl. 3, p. 253-271.

ROZEMOND 1999

K. Rozemond 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *RM Themis* 1999, afl. 4, p. 117-130.

ROZEMOND 2000

K. Rozemond, 'Waar ligt de grens van het legaliteitsbeginsel?', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer/Rotterdam: Gouda Quint/Sanders Instituut 2000, p. 37-64.

ROZEMOND 2013

N. Rozemond, 'Tongzoen', *AA* 2013, afl. 11, p. 839-845.

ROZEMOND 2019

N. Rozemond, 'Wil of verklaring', *NJB* 2019, afl. 26, p. 1864-1871.

SACKERS 2007

H.J.B. Sackers, 'De erosie van de geschreven gedraging', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, T. Kraniotis & G. van Roermund (red.), *De gedraging in beweging. Handelen en nalaten in het materiële strafrecht, strafprocesrecht en sanctierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 125-141.

SACKERS 2018

H.J.B. Sackers, 'Een konijn uit de hoge hoed: over de grondslag leer in het bijzondere strafrecht', *TBS&H* 2018, afl. 2, p. 65-67.

SCHAFFMEISTER & HEIJDER 1983

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. 441-474.

SCHALKEN 1972

T. Schalken, *Pornografie en strafrecht* (diss. VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1972.

SCHALKEN 2008

T. Schalken, 'Kunstexceptie en strafbare meningsuiting', in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante Waarden. Liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 637-645.

SCHREURS & VAN DER VLEUTEN 2020

L.E.M. Schreurs & J.A.M. van der Vleuten, 'De formele zijde van strafuitsluitingsgronden. Over uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, uitdrukkelijk voorgedragen verweren en responsieplichten', *DD* 2020, afl. 9, p. 777-795.

SCHUIJT 1992

G.A.I. Schuijt, 'Dichters liegen de waarheid ofwel: staan schrijvers boven de wet?', in: T. Pronk en G.A.I. Schuijt (red.), *Hoe vrij is kunst?*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 1992, p. 43-53.

SCHUTGENS 2009

R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Diligentia 2009.

SCHUYT 1972/2009

C.J.M. Schuyt, *Recht, orde en burgerlijke ongehoorzaamheid* (herdruk diss. Leiden 1972), Amsterdam: Amsterdam University Press 2009.

SCHUYT 1983

C.J.M. Schuyt, 'De ongehoorzame burger', *Keesings Reflector*, januari 1983.

SCHUYT, VAN DONGEN & DE WILDE 1982

C.J.M. Schuyt, Y. van Dongen en H. de Wilde, *Onderzoek naar burgerlijke ongehoorzaamheid: RAIO-congres*, Zutphen: Centrum voor Rechterlijke Macht 1982.

SIESLING 2006

M. Siesling, *Multiculturaliteit en verdediging in strafzaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

SIESLING & TEN VOORDE 2008

M. Siesling & J.M. ten Voorde, 'Eerwraak in het Nederlandse strafrechtelijke beleid: een paradox van goede bedoelingen', *Panopticon* 2008, afl. 3, p. 7-28.

SILLEN 2010

J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.

SIMONS 1905

D. Simons, 'Kritiek van den hoogleraar Mr. D. Simons te Utrecht op het voorstel A. van de Afdeeling Amsterdam', *NTvG* 1905, I, p. 1305-1315.

SIMONS 1917

D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. (Eerste deel. Algemeene leerstukken)*, Groningen: P. Noordhoff 1917.

SIMONS 1937

D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht (Eerste deel: algemeene leerstukken)* (bijgewerkt door W.P.J. Pompe), Groningen/Batavia: P. Noordhoff 1937.

SMEEHUIJZEN 2000

J.L. Smeehuijzen, 'Strafrechtelijke vervolging van medisch beroepsbeoefenaren wegens dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld: uiterste terughoudendheid gepast', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2000, afl. 6, p. 131-139.

SMIDT 1881-1886

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881-1886.

SMIDT 1889

J.W. Smidt, *Vrije uitoefening der geneeskunde en het strafwetboek* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1889.

SMIDT/SMIDT 1891-1901

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen enz.* (Herzien en aangevuld met de wijzigingen, door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891-1901.

SORGDRAGER 2009

W. Sorgdrager, 'Geen exceptio artis, maar wel bescherming van kunst', *AA* 2009, afl. 5, p. 294-295.

SPRONKEN 2015

T.N.B.M. Spronken, 'Straatsburg of Luxemburg', *NJB* 2015, afl. 34, p. 2341.

STAATSCOMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING (STAATSCOMMISSIE ORT) 1913A

Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering, *Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering, der koningin aangeboden door de staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 8 april 1910, No. 17, I. Ontworpen Wetboek, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1913.*

STAATSCOMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING (STAATSCOMMISSIE ORT) 1913B

Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering, *Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering, der koningin aangeboden door de staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 8 april 1910, No. 17, II. Toelichting, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1913.*

VAN DER STEEG, TER HAAR & TIMMER

M. van der Steeg, R. ter Haar & J.S. Timmer, 'Strafrechtelijke beoordeling van politiegeweld', *TPWS* 2017/7, p. 36-49.

STEVENS, DE WILDE, CUPIDO E.A 2016

L. Stevens, B. de Wilde, M. Cupido e.a., *De tenlastelegging als grondslag van de rechterlijke beslissing. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de inrichting van de tenlastelegging en de gebondenheid eraan bij het bewijs, de kwalificatie en de straftoemeting in Nederland, België, Frankrijk, Italië en Duitsland*, Den Haag: WODC 2016.

STOLWIJK 2009

S.A.M. Stolwijk, *Een inleiding in het strafrecht in 13 hoofdstukken*, Deventer: Kluwer 2009.

STRIJARDS 1987

G.A.M. Strijards, *Strafuitsluitingsgronden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

STRIJARDS 1988

G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

STRIJARDS 1989

G.A.M. Strijards, *Revisie. Inbreuken en executiegeschillen betreffende het strafgewijsde*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

STRIJBOSCH 1991

F. Strijbosch, 'Culturele delicten in de Molukse gemeenschap', *NJB* 1991, afl. 16, p. 666-672.

SUTORIUS 1986

E.Ph.R. Sutorius, 'Abortus en euthanasie: medisch handelen tussen het respect voor menselijk leven en de vrijheid tot zelfbeschikking', in: J.P. Balkema, G.J.M. Corstens, C. Fijnaut e.a. (red.), *Gedenkboek. Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 395-423.

TAVERNE 1918

B.M. Taverne, *De taak van den strafrechter* (rede UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1918.

TAVERNE 1936

B.M. Taverne, 'Wetboek van strafrecht, tijdschrift voor Strafrecht en rechtspraak', *TvS* 1936, p. 253.

VAN THIJN 1983

E. van Thijn, 'Over burgerlijke ongehoorzaamheid', *Socialisme en democratie* 1983, afl. 6, p. 20-28.

TIMMERMAN 2012

M.A.P. Timmerman, 'Religieuze jongensbesnijdenis als mishandeling', *Strafblad* 2012, afl. 6, p. 474-483.

TIMMERMAN 2018

M.A.P. Timmerman, *Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Cambridge/Antwerpen/Portland: Intersentia 2018.

VAN VEEN 1952

Th.W. van Veen, 'De betekenis van het "subsociale" voor het straffen en het strafrecht', *TvS* 1952, p. 122-138.

VAN VEEN 1957

Th.W. van Veen, 'Het subsociale, element van delict of voorwaarde voor straf?', *TvS* 1957, p. 31-52.

VAN VEEN 1971A

Th.W. van Veen, 'Ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid: de rechter aan zijn grens', *RM Themis* 1971, afl. 1, p. 3-7.

VAN VEEN 1971B

Th.W. van Veen, 'Het plegen van delicten uit politieke motieven II', *Maandblad voor Berechting en Reclassering* 1971, afl. 9, p. 232-235.

VAN VEEN 1972

Th.W. van Veen, 'Facet-wederrechtelijkheid', *NJB* 1972, p. 466-469.

VAN VEEN 1973

Th.W. van Veen, 'Vrij's subsocialiteit: het functioneren van de straf' in: J.F. Glasstra van Loon, R.A.V. van Haersolte & J.M. Polak, *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 485-499.

VAN VEEN 1978

Th.W. van Veen, 'Ongeschreven strafuitsluitingsgronden', *DD* 1978, afl. 8, p. 508-523.

VAN VEEN 1980

Th.W. van Veen, 'Ontbreken van materiële wederrechtelijkheid', *Nederlands tijdschrift voor Rechtstheorie & Rechtsfilosofie* 1980, afl. 1, p. 1-22.

VAN VEEN 1986

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. 349-361.

VAN VEENENDAAL 1993

L. van Veenendaal, *Het 'goede' doen. Beschouwingen over juridische grenzen van het medisch (experimenteel) handelen* (diss. Utrecht), Assen: Van Gorcum 1993.

VELAERS 2007

J. Velaers, 'De kunstvrijheid als vrijheid van meningsuiting en de grenzen ervan', in: F. Swennen (red.), *Kunst en recht*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 1-25.

VELLINGA 1982

W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1982.

VELLINGA 1985

W.H. Vellinga, 'Strafwetgeving als techniek van regel en uitzondering', in: J.P. Balkema, D.H. de Jong & W. Nieboer, *Liber Amicorum Th.W. van Veen. Opstellen aangeboden aan Th.W. van Veen ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 359-368.

VELLINGA-SCHOOTSTRA & VELLINGA

F. Vellinga-Schootstra & W.H. Vellinga, *'Positive obligations' en het Nederlandse straf(process)recht* (rede Groningen), Deventer: Kluwer 2008.

VERMUNT 1984A

D. Vermunt, 'Nogmaals: de veearts van stal (I)', *DD* 1984, afl. 2, p. 109-120.

VERMUNT 1984B

D.J.P.M. Vermunt, 'Nogmaals: de veearts van stal (II)', *DD* 1984, afl. 8, p. 712-724.

VERMUNT 1984C

D. Vermunt, *Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1984.

TEN VOORDE 2007

J.M. ten Voorde, *Cultuur als verweer* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

TEN VOORDE 2016A

J.M. ten Voorde, 'Opmerkingen bij de voorgenomen herziening van het stelsel geweldsaanwending politieambtenaren', *PROCES* 2016, afl. 1, p. 40-54.

TEN VOORDE 2016B

J.M. ten Voorde, 'Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen in Nederlandse zedenwetgeving', in: *Noodtoestand in het publiekrecht. Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen. Schadebegroting en tijdsverloop*. (Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2016, p. 191-256.

TEN VOORDE 2018

J.M. ten Voorde, 'Cultureel verweer in het strafrecht: eergelateerd geweld en andere zaken', in: S. Rutten, E. Ramakers, M. Lenaerts (red.), *Recht in een multi-culturele samenleving*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2018, p. 175-203.

TEN VOORDE 2021

J.M. ten Voorde, 'Politiegeweld en wettelijk voorschrift', *AA* 2021, afl. 2, p. 175-180.

VOS 1950

H.B. Vos, *Leerboek van Nederlands strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & zoon 1950.

VRIJ 1930

M.P. Vrij, *Behoort in het Wetboek van Strafrecht een algemeen beginsel te worden opgenomen, waarbij de strafbaarheid wordt uitgesloten bij gebreke van schuld? Zo neen, hoe kan dan worden tegemoet gekomen aan de bezwaren van het in het wetboek ontbreken van zulk algemeen beginsel?*, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1930.

VRIJ 1948

M.P. Vrij, *Ter effening* (afscheidsrede Groningen), Groningen/Batavia: J.B. Wolters 1948.

VRIJ 1953

M.P. Vrij, 'Wat het vonnis betoogt', *TvS* 1953, p. 54-75.

VRIJ 1956

E.J. Anneveldt, B.H. Kazemier, G.E. Langemeijer e.a. (red.), *Professor M.P. Vrij. Verzameling uit zijn geschriften op het gebied van strafrecht en criminologie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956.

DE WAARD 1950

R. de Waard, 'De strafbaarheid van het feit naast de strafbaarheid van de dader', *TvS* 1950, p. 59-97.

DE WAARD 1985

R. de Waard, 'Schuld en wederrechtelijkheid als elementen van het delict', in: J.P. Balkema, D.H. de Jong & W. Nieboer, *Liber Amicorum Th.W. van Veen. Opstellen aangeboden aan Th.W. van Veen ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 381-399.

WAHEDI 2012

S. Wahedi, 'De wederrechtelijkheid van jongensbesnijdenis', *NJB* 2012, afl. 44/45, p. 3097-3105.

WAHEDI 2016

S. Wahedi, 'Het beoordelingskader van rituele jongensbesnijdenis', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2016, p. 59-74.

WAHEDI 2019

S. Wahedi, 'God en Gebod, Kerk en Drugs', *Strafblad* 2019, afl. 5, p. 35-41.

WAHEDI & KOOL 2016

S. Wahedi & R. Kool, 'De strafrechtelijke aanpak van meisjesbesnijdenis in een rechtsvergelijkende context', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2016, afl. 3, p. 36-54.

WELZEL 1939

H. Welzel, 'Studien zum System des Strafrechts', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1939, p. 491-566.

WELZEL 1969

H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlijn: De Gruyter 1969.

VAN DE WETERING, ECKHARDT & BAKKER 2018

V.E. van de Wetering, S.A. Eckhardt & S.R. Bakker, 'De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van strafwaardigheid van gedrag', *DD* 2018, afl. 2, p. 138-167.

VAN DE WETERING, MEVIS & VAN DER HEIDE 2019

V.E. van de Wetering, P.A.M. Mevis & A. van der Heide, 'De grens tussen strafbare euthanasie en medische palliatieve sedatie; over de 'Typizität' van levensbeëindigend handelen', *RM Themis* 2019, afl. 6, p. 233-246.

WIERSINGA 1999

H. Wiersinga, 'De standaard van het strafrecht in een multiculturele samenleving', in: K. Lünne-man, M.L.P. Loenen & A.G. Veldman (red.), *De onzichtbare standaard in het recht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 133-142.

DE WILDE 2001

B. de Wilde, 'Geoorloofde interpretatie of schending van het legaliteitsbeginsel?', *DD* 2001, afl. 10, p. 1160-1168.

DE WILDE 2017

B. de Wilde, 'Pleidooi voor een ruimere interpretatie van de grondslagleer', *AA* 2017, afl. 6, p. 490-498.

WITJENS 2011

E.M. Witjens, *Strafrechtelijke causaliteit* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011.

WITSEN 1888

H.M. Witsen, *Rechtskundige beschouwingen over vivisectie* (diss. UvA), Amsterdam: Van Munster 1888.

WOLSWIJK 1998

H.D. Wolswijk, 'Ontbreken van materiële wederrechtelijkheid in het milieustrafrecht', *Milieu & Recht* 1998, afl. 11, p. 249-299.

WOLSWIJK 2001

H.D. Wolswijk, 'Duidelijkheid over poging tot uitlokking', *Advocatenblad* 2001, afl. 18, p. 701-703.

WOLSWIJK 2008

H.D. Wolswijk, *Multiculturaliteit in het Nederlandse strafrecht* (preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

WÖRETSHOFER 1992

J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1992.

ZEVENBERGEN 1924

W. Zevenbergen, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht (Eerste deel: algemeene leerstukken)*, Groningen/Den Haag: J.B. Wolters 1924.

Aangehaalde jurisprudentie

Mensenrechtencomité VN 26 juli 2002, comm.no. 854/1999 (*Wackenheim t. Frankrijk*).

EHRM 7 december 1976, appl.no. 5493/72 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 25 april 1978, appl.no. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 26 april 1979, appl.no. 6538/74 (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 8 juli 1987, appl.no. 10496/83 (*R. t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 24 mei 1988, appl.no. 10737/84 (*Müller t. Zwitserland*).

EHRM 28 november 1988, appl.no. 10929/84 (*Nielsen t. Denemarken*).

EHRM 25 maart 1993, appl.no. 13134/87 (*Costello-Roberts t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 20 september 1994, appl.no. 13470/87 (*Otto Preminger Institut t. Oostenrijk*).

EHRM 27 oktober 1994, appl.no. 18535/91 (*Kroon t. Nederland*).

EHRM 22 november 1995, appl.no. 20190/92 (*C.R. t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 16 oktober 1996, appl.no. 29961/96 (ontvankelijkheidsbeslissing) (*Wackenheim t. Frankrijk*).

EHRM 19 februari 1997, appl.no. 21627/93, 21826/93 en 21974/93 (*Laskey, Jaggard & Brown t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 23 september 1998, appl.no. 25599/94 (*A. t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 10 mei 2001, appl.no. 29392/95 (*Z. t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 25 januari 2007, appl.no. 68354/01 (*Vereinigung Bildender Künstler t. Oostenrijk*).

EHRM 27 maart 2008, appl. no. 44009/05 (*Shtukaturov t. Rusland*).

EHRM 17 september 2009, appl.no. 10249/03 (*Scoppola t. Italië*).

EHRM 7 januari 2010, appl. no. 25965/04 (*Rantsev t. Cyprus en Rusland*).

EHRM 10 mei 2011, appl.no. 1685/10 (*Kattunen t. Finland*).

EHRM 17 januari 2012, appl. no. 36760/06 (*Stanev t. Bulgarije*).

HvJ EG 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend & Loos*).

HvJ EG 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*).

HvJ EG 19 januari 1982, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*).

HvJ EG 26 september 1996, ECLI:EU:C:1996:363 (*Arcaro*).

HvJ EU 8 september 2015, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*).

HR 22 oktober 1867, W. 2945.

HR 10 februari 1902, W. 7723.

HR 11 mei 1903, W. 7928 (*Veghelse hond*).

HR 3 mei 1915, NJ 1915, p. 813 (*Politiehond*).

HR 14 februari 1916, ECLI:NL:HR:1916:BG9431, NJ 1916, p. 681 (*Melk en water*).

HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161 m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

HR 12 april 1920, NJ 1920, p. 446 (*'De Hel' van Henri Barbusse*).

HR 15 oktober 1923, ECLI:NL:HR:1923:243, NJ 1923, p. 1329. (*Opticien*).

HR 30 maart 1925, NJ 1925, p. 398 (*Pan*).

HR 5 december 1927, NJ 1928, p. 5.

- HR 30 januari 1928, *NJ* 1928, p. 215.
- HR 11 februari 1929, *NJ* 1929, p. 503.
- HR 27 juni 1932, *NJ* 1933, p. 60 (*Veearts I*).
- HR 20 februari 1933, *NJ* 1933, p. 918 m.nt. B.M. Taverne (*Veearts II*).
- HR 20 december 1937, *NJ* 1938/881.
- HR 21 februari 1938, *NJ* 1938/929 m.nt. W.P.J. Pompe (*Hohner muziekinstrumenten*).
- HR 14 oktober 1940, *NJ* 1941/87 m.nt. W.P.J. Pompe (*Gevangenisvoedsel I*).
- HR 10 maart 1941, *NJ* 1941/486.
- HR 21 juni 1943, *NJ* 1943/559.
- HR 9 februari 1954, *SEW* 1956, p. 201.
- HR 6 december 1960, *NJ* 1961/54 (*Verhuiswagen*).
- HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059, *NJ* 1963/248 m.nt. D.J. Veegens (*Prof. van den Bergh*).
- HR 23 maart 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB5689, *NJ* 1965/260 m.nt. W.P.J. Pompe.
- HR 12 december 1967, ECLI:NL:HR:1967:AB4598, *NJ* 1970/314 (*Tres*).
- HR 2 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB3494, *NJ* 1968/373 m.nt. C. Bronkhorst.
- HR 26 november 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4896, *NJ* 1969/361 m.nt. W.C. van Binsbergen.
- HR 17 november 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB5129, *NJ* 1971/373 m.nt. C. Bronkhorst (*Chick*).
- HR 2 februari 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB3474, *NJ* 1971/385 m.nt. C. Bronkhorst (*Kraker*).
- HR 9 februari 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB4227, *NJ* 1972/1 m.nt. C. Bronkhorst (*Dreigbrief*).
- HR 23 november 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB5759, *NJ* 1972/76.
- HR 1 februari 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3369, *NJ* 1974/450 m.nt. Th.W. van Veen; *AA* 1973, p. 514 m.nt. G.E. Mulder.
- HR 29 februari 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB6305, *NJ* 1972/347 m.nt. C. Bronkhorst.
- HR 16 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB5022, *NJ* 1974/29 (*Sosjale Joenit*).
- HR 30 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB6484, *NJ* 1974/388 m.nt. C. Bronkhorst.
- HR 23 april 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB5713, *NJ* 1974/451 m.nt. Th.W. van Veen.
- HR 4 november 1975, ECLI:NL:HR:1975:AD6924, *NJ* 1976/173 m.nt. W.F. Prins.
- HR 11 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB4463, *NJ* 1976/538 m.nt. Th.W. van Veen (*JAC*).
- HR 20 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6146, *NJ* 1978/594.
- HR 12 september 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC2616, *NJ* 1979/60 m.nt. Th.W. van Veen (*Letale longembolie*).
- HR 28 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6417, *NJ* 1979/93 m.nt. Th.W. van Veen (*Deep throat*).
- HR 16 februari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC7516, *NJ* 1982/411 (*Dakdekker*).
- HR 27 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8615, *NJ* 1985/106 m.nt. Th.W. van Veen.
- HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, *NJ* 1986/688 m.nt. P.A. Stein (*Spoorwegstaking*).
- HR 14 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3763, *NJ* 1987/361.
- HR 21 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9531, *NJ* 1987/607 m.nt. G.E. Mulder.
- HR 17 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9752, *NJ* 1987/771 m.nt. G.E. Mulder.
- HR 27 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0022, *NJ* 1988/538 m.nt. Th.W. van Veen.
- HR 29 maart 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0260, *NJ* 1989/162.
- HR 21 februari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0623, *NJ* 1989/668 m.nt. A.C. 't Hart.
- HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469 m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewet*).

- HR 18 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0712, *NJ* 1990/61.
HR 30 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8400, *NJ* 1990/445.
HR 16 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8609, *NJ* 1991/153 m.nt. Th.W. van Veen.
HR 11 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2272, *NJ* 1991/313 m.nt. A.C. 't Hart.
HR 24 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC8458, *NJ* 1992/76.
HR 26 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8442, *NJ* 1992/568 m.nt. A.C. 't Hart.
HR 19 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9189, *NJ* 1993/512.
HR 27 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9814, *NJ* 1995/65.
HR 27 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZS0180, *NJ* 1995/711.
HR 25 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0497, *NJ* 1997/107 m.nt. T.M. Schalken
(*Boom te Echt*).
HR 10 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0218.
HR 18 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0645, *NJ* 1997/485 m.nt. A.C. 't Hart.
HR 24 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0775, *NJ* 1997/676.
HR 21 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1026, *NJ* 1998/781 m.nt. J. de Hullu.
HR 9 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9367, *NJ* 2001/204 m.nt. J. de Hullu.
HR 9 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9368, *NJ* 2001/203 m.nt. J. de Hullu
(*Van Dijke*).
HR 6 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9819, *NJ* 2001/498 m.nt. P.A.M. Mevis.
HR 9 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2776, *NJ* 2002/76 m.nt. J. de Hullu.
HR 20 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2809, *NJ* 2003/632 m.nt. P.A.M. Mevis
& R. de Lange (*Mensenroof/Baby Lisa*).
HR 14 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE7632, *NJ* 2003/261 m.nt. P.A.M. Mevis
(*Dominee*).
HR 20 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9666, *NJ* 2005/69 m.nt. G. Knigge
(*Shaken baby*).
HR 12 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6095, *NbSr* 2005/195.
HR 4 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU1657, *NJ* 2007/192.
HR 29 augustus 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX6414, *NJ* 2007/134 m.nt. J.M. Reijntjes.
HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6712, *NJ* 2006/612 m.nt. M.J. Borgers.
HR 31 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9178, *NJ* 2007/79 m.nt. N. Keijzer
(*Leestafel zooien*).
HR 25 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4205, *NJ* 2008/195.
HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375 m.nt. N. Keijzer.
HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7750, *NJ* 2009/275 m.nt. E.J. Dommering
(*Reisbureau Rita*).
HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794, *NJ* 2010/376 m.nt. N. Keijzer.
HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4440, *NJ* 2010/665 m.nt. N. Keijzer.
HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8215, *NJ* 2010/678.
HR 7 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9352, *NJ* 2011/279.
HR 26 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4203, *NbSr* 2011/240.
HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:NQ6690, *NJ* 2011/466 m.nt. N. Keijzer.
HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5967, *NJ* 2011/578 m.nt. P.A.M. Mevis.
HR 29 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6731, *NJ* 2012/37 m.nt. E.J. Dommering.
HR 12 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9252, *NJ* 2012/536 m.nt. N. Keijzer.
HR 24 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT1856, *NJ* 2012/82.
HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6362, *NJ* 2012/301 (*Groninger HIV*).
HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, *NJ* 2013/437 m.nt. N. Keijzer.
HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0399, *NJ* 2015/277 m.nt. P.A.M. Mevis.
HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1425, *NJ* 2014/40.

- HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2677, *NJ* 2014/402.
HR 18 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3291, *NJ* 2015/211 m.nt. N. Rozemond.
HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3538.
HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309, *NJ* 2016/313 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.
HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, *NJ* 2016/257 m.nt. N. Rozemond;
SR-Updates 2016-0078 m.nt. J.M. ten Voorde.
HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, *NJ* 2016/315 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.
HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:220, *NJ* 2017/259 m.nt. E.J. Dommering.
HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:418, *NJ* 2017/269 m.nt. P.A.M. Mevis.
HR 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:652, *NJ* 2017/278 m.nt. T. Kooijmans;
NbSr 2017/180 m.nt. S.R. Bakker.
HR 13 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1074, *NJ* 2017/339 m.nt. P.A.M. Mevis.
HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:24, *NJ* 2018/63.
HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1003, *NJ* 2019/214 m.nt. E.J. Dommering,
NbSr 2018/267 m.nt. S.R. Bakker.
HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, *NJ* 2019/453 m.nt. H.D. Wolswijk;
NbSr 2018/319 m.nt. S.R. Bakker & J.P. Cnossen.
HR 6 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2061, *NbSr* 2019/15.
HR 16 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:598, *NJ* 2019/336 m.nt. P.A.M. Mevis;
NbSr 2019/152 m.nt. S.R. Bakker.
HR 1 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1456, *NJ* 2019/418 m.nt. B.E.P. Myjer.
HR 24 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:447, *NJ* 2020/240 m.nt. N. Keijzer.
HR 24 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:494.
HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1093, *NJ* 2020/273.
- Conclusie van AG Langemeijer bij HR 6 oktober 1949, ECLI:NL:HR:1949:37.
Conclusie van AG R Emmelink bij HR 19 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB5332.
Conclusie van AG Van Dorst, PHR 21 mei 1995, ECLI:NL:PHR:1995:2.
Conclusie van AG Bleichrodt, PHR 24 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1673.
Conclusie van AG Aben, PHR 4 november 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2255.
Conclusie van AG Vegter, PHR 10 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:585.
Conclusie van AG Vegter, PHR 14 november 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1409.
Conclusie van AG Vegter, PHR 26 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:655.
Conclusie van AG Bleichrodt, PHR 18 december 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1385.
Conclusie van AG Hofstee, PHR 4 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:86.
- BRvC 24 juni 1946, *NJ* 1947/149.
BRvC 19 januari 1949, *NJ* 1949/87 m.nt. B.V.A. Röling.
BRvC 12 april 1950, *NJ* 1951/176.
- KB 18 januari 1985, ECLI:NL:XX:1985:AM8364, *AB* 1985/422 m.nt. R.M. van Male.
- Hof Amsterdam 25 november 1932, *W.* 12545 m.nt. M.P. Vrij.
Hof 's-Hertogenbosch 28 oktober 1940, *NJ* 1941/263.
Hof Amsterdam 21 december 1945, *NJ* 1946/254.
Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 1946, *NJ* 1946/510.
Hof Arnhem 12 juni 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE4024.
Hof Arnhem 5 september 2002, ECLI:NL:GHARN:2002:AE7333.
Hof 's-Gravenhage 18 november 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AF0667, *NJ* 2003/24.
Hof Amsterdam 21 januari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5955.

- Hof 's-Gravenhage 29 mei 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AX5782.
Hof Amsterdam 17 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL4528.
Hof Amsterdam 24 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV6888, *NJFS* 2012/111.
Hof Amsterdam 20 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3763.
Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3444, *TvGR* 2015, afl. 6, p. 472-490 m.nt. P.A.M. Mevis.
Hof Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5669, *TvGR* 2019/2 m.nt. L. Postma.
Hof Amsterdam 1 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:299, *NJFS* 2016/82.
Hof 's-Hertogenbosch 21 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:615.
Hof Den Haag 21 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2324.
Hof Den Haag 30 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382, *GJ* 2018/27 m.nt. T.M. Schalken.
Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:345.
Hof Amsterdam 28 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:688-690.
Hof Den Haag 25 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1248.
Hof Arnhem-Leeuwarden 22 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10176.
Hof Amsterdam 16 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:152.
Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2852.
Hof Den Haag 16 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2682.
Hof Den Haag 19 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3293, *NJ* 2020/146.
Hof Amsterdam 10 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1869.
- Rb. Arnhem 20 februari 1894, *W.* 6503.
Rb. Dordrecht 19 december 1919, *NJ* 1920, p. 272.
Rb. Rotterdam 23 september 1942, *NJ* 1943/535.
Rb. Den Haag 22 december 1972, ECLI:NL:RBSGR:1972:AB5666, *NJ* 1973/264.
Rb. Zevenbergen 2 februari 1982, parketnummer 561276/1, *NJCM-bulletin* 1982, p. 418-425 m.nt. R. de Winter.
Rb. Groningen 1 maart 1984, ECLI:NL:RBGRO:1984:AB7546, *NJ* 1984/450.
Rb. Breda 10 december 1987, ECLI:NL:RBBRE:1987:AC1752, *NJ* 1988/714.
Rb. Amsterdam 26 februari 1997, 13/094004-97 (niet gepubliceerd).
Rb. Amsterdam 21 mei 2001, ECLI:NL:RBAMS:2001:AB1739.
Rb. Dordrecht 21 oktober 2003, ECLI:NL:RBDOR:2003:AM2493.
Rb. Arnhem 29 april 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT4918.
Rb. Utrecht 1 december 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU7293.
Rb. Arnhem 17 december 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BC0783.
Rb. Dordrecht 30 december 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BG8584.
Rb. Dordrecht 30 december 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BG8587.
Rb. Haarlem 26 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9844.
Rb. Almelo 22 oktober 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK1065.
Rb. Almelo 22 oktober 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK1070.
Rb. Groningen 14 oktober 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BO0421.
Rb. Groningen 20 januari 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BP1497.
Rb. Maastricht 7 augustus 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX4010.
Rb. Amsterdam 5 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9310, *NTM/NJCM-bulletin* 2013/19 m.nt. B. Roorda.
Rb. Oost-Brabant 11 april 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6709.
Rb. Limburg 18 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:1424.
Rb. Noord-Nederland 13 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2384.

- Rb. Den Haag 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243.
Rb. Oost-Brabant 7 mei 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2721.
Rb. Den Haag 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365, *NJFS* 2016/14.
Rb. Noord-Holland 8 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7555.
Rb. Noord-Holland 8 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7556.
Rb. Noord-Holland 8 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7557.
Rb. Rotterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2114.
Rb. Gelderland 12 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4685.
Rb. Noord-Holland 1 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:9430.
- Reichsgericht 23 maart 1897, rep. 576/97, *RGSt* 30, 25 (*Leinenfänger*).
Reichsgericht 20 januari 1903, rep. 5017/02, *RGSt* 36, 78 (*Blutvergiftung*).

Curriculum Vitae

Sven Bakker, geboren op 25 augustus 1989 te Leiden, studeerde Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Leiden waar hij in 2012 afstudeerde in de mastervarianten Straf- en Strafprocesrecht en Staats- en Bestuursrecht. Tijdens zijn studietijd werkte hij onder meer als assistent-jurist bij een advocatenkantoor te Sassenheim, als student-assistent en tutor bij de Universiteit Leiden en liep hij stage bij het arrondissementsparket Den Haag. Na zijn studie was hij werkzaam als onderwijs- en onderzoeksmedewerker bij de afdeling Staats- en Bestuursrecht van het Instituut voor Publiekrecht van de Universiteit Leiden. Van 2014 tot 2019 was hij als wetenschappelijk docent verbonden aan de sectie Strafrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam en verrichtte hij uiteenlopende werkzaamheden voor verschillende projecten van het Erasmus Centre for Penal Studies, waaronder de herziening van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering van Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Daarna was hij van 2019 tot medio 2021 aangesteld als docent bij het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden. Thans is hij werkzaam als universitair docent Straf- en Strafprocesrecht bij de Vrije Universiteit Amsterdam. Daarnaast is hij redactie-secretaris van het tijdschrift *Boom Strafblad*.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2020 en 2021 verschenen:

- MI-335 M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020
- MI-336 J. van Kralingen, *De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk. Een historisch-comparatieve studie*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 782 9
- MI-337 J.C.A. van Dam, *Guidance documents of the European Commission in the Dutch legal order*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-338 F. Jiang, *Greening' the WTO Ban on China's Export Duties. Should WTO law allow China to use export duties to protect the environment and, if so, in what manner?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-339 M.J.R. Broekema, *Cognitive Bias in the Judgment of Business Valuations and Valuators. How Systematic Patterns of Irrationality Affect Entrepreneurs, Legal Professionals and Business Valuators*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-340 H. Horii, *Child Marriage as a Choice. Rethinking agency in international human rights*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-341 R. de Graaff, *Concurrence in European Private Law*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2020, ISBN 978 94 6236 134 8
- MI-342 J.M.M. van der Vliet, *The International Legal Protection of Environmental Refugees. A human rights-based, security and State responsibility approach*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6236 139 3
- MI-343 M. Samadi, *Normering en Toezicht in de Opsporing. Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 816 1
- MI-344 D.J. Verheij, *Credit rating agency liability in Europe. Rating the combination of EU and national law in rights of redress*, (diss. Leiden), The Hague: Eleven International Publishing 2020, ISBN 978 94 6236 144 7
- MI-345 P. Rustenburg, *Een algemene normtheorie toegepast op open normen in het belastingrecht*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-346 J.V.O.R. Doekhie e.a., *Invoering jeugdstrafrecht in Caribisch Nederland. Een verkenning naar een jeugdstrafrechtmonitor*, Den Haag: Boom criminologie 2020, ISBN 978 94 6236 151 5
- MI-347 A. Varga, *Establishing State Responsibility in the Absence of Effective Government*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-348 M. Darouei, *Managing a Sustainable Career in the Contemporary World of Work: Personal Choices and Contextual Challenges*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-349 N. Strohmaier, *Making Sense of Business Failure. A social psychological perspective on financial and legal judgments in the context of insolvency*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-350 S. Kouwagam, *How Lawyers Win Land Conflicts for Corporations. Legal Strategy and its Influence on the Rule of Law in Indonesia*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-351 A.D. Sarmiento Lamus, *The proliferation of dissenting opinions in international law. A comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and the IACtHR*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-352 B. Ribeiro de Almeida, *Building land tenure systems. The political, legal, and institutional struggles of Timor-Leste*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-353 K.A.M. van der Zon, *Pleegrechten voor kinderen. Een onderzoek naar het realiseren van de rechten van kinderen die in het kader van de ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 842 0
- MI-354 E.G. van 't Zand e.a., *Bestuurlijke boetes en de Verklaring Omtrent het Gedrag. Een onderzoek naar de realiseerbaarheid en wenselijkheid van het betrekken van bestuurlijke boetes bij de VOG-screening aan de hand van een casestudy naar handhaving en integriteit in de financiële sector*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 843 7
- MI-355 J. Boakye, *Understanding Illegal Logging in Ghana. A Socio-Legal Study on (non)Compliance with Logging Regulations*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-356 N.N.A. Sánchez Castillo-Winckels, *International law and the sustainable governance of shared natural resources. A principled approach*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020, ISBN 978 94 0282 145 1

- MI-357 S.S. Arendse, *De uiterlijke verschijningsvorm in het strafrecht. Een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 844 4
- MI-358 J. Reef, M. Jeldes & Y.N. van den Brink, *De PIJ-maatregel doorgelicht. Juridische grondslagen, populatiekenmerken, gedragsverandering en recidive*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, ISBN 978 94 6240 608 7
- MI-359 S. Guo, *Recognition of Foreign Bank Resolution Actions*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-360 B. Muscat, *Insolvency Close-out Netting: A comparative study of English, French and US laws in a global perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-361 J.M. ten Voorde, S.V. Hellemons & P.M. Schuyt, *Discriminatie als strafbeïnvloedende omstandigheid bij strafbare feiten, Een rechtsvergelijkende studie*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 871 0
- MI-362 F. Afandi, *Maintaining Order: Public Prosecutors in Post-Authoritarian Countries, the case of Indonesia*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2020
- MI-363 R.M. Koenraadt, M.M. Boone, S.E. Rap & S. Kappert, *Financieel toezicht binnen het (jeugd) strafrecht. Een onderzoek naar het verloop, de resultaten en mogelijke uitbreiding van verplicht financieel toezicht binnen het (jeugd)strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 933 5
- MI-364 J.J. Asscher, Y.N. van den Brink, H.E. Creemers, E. Huls, E.K. van Logchem, N. Lynch & S.E. Rap, *De strafmaat voor jeugdige daders van ernstige gewelds- en zedenmisdrijven in internationaal perspectief*, Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 943 4
- MI-365 M.P.A. Spanjers, *Belastingbudget. Onderzoek betekenis budgettaire impact belastingen bij parlementaire vaststelling belastingwetgeving*, (diss. Leiden), Den Haag: Flosvier, ISBN/EAN 978 90 8216 072 7
- MI-366 J. Zhang, *The Rationale of Publicity in the Law of Corporeal Movables and Claims. Meeting the Requirement of Publicity by Registration?*, The Hague: Eleven International Publishing 2021, ISBN 978 94 6236 210 9
- MI-367 B.C.M. van Hazebroek, *Understanding delinquent development from childhood into early adulthood in early onset offenders*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021, ISBN 978 94 6421 272 3
- MI-368 M.R. Manse, *Promise, Pretence and Pragmatism. Governance and Taxation in Colonial Indonesia, 1870-1940*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-369 M.E. Stewart, *Freedom of Overflight: A Study of Coastal State Jurisdiction in International Airspace*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-370 M.T. Beumers, *De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 962 5
- MI-371 C.M. Sandelowsky-Bosman, T. Liefwaard, S.E. Rap & F.A.N.J. Goudappel, *De rechten van ongedocumenteerde kinderen in Curaçao – een gezamenlijke verantwoordelijkheid*, Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 965 6
- MI-372 G.J.A. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk*, (diss. Leiden), Zutphen, Uitgeverij Paris bv 2021, ISBN 978 94 6251 270 2
- MI-373 L. Noyon, *Strafrecht en publieke opinie. Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtspleging en het publiek, met bijzondere aandacht voor het Openbaar Ministerie*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6290 978 6
- MI-374 F. Behre, *A European Ministry of Finance? Charting and Testing the National Constitutional Limits to EU Fiscal Integration*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-375 R. Spence, *Collateral transactions and shadow banking*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-376 B.H.M. Custers, F. Dechesne & S. van der Hof (red.), *Meesterlijk. Liber amicorum ter gelegenheid van het emeritaat van prof. dr. Jaap van den Herik*, Amsterdam: Ipskamp Printing 2021
- MI-377 E. Campfens, *Cross-border claims to cultural objects. Property or heritage?*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2021, ISBN 978 94 6236 250 5

Veelvuldig worden gedragingen verricht die ogenschijnlijk de bestanddelen van een wettelijke delictsomschrijving vervullen, terwijl het nog maar de vraag is of dergelijke gedragingen ook daadwerkelijk strafwaardig of strafbaar zijn. Zulke gedragingen vinden menigmaal plaats in ‘bijzondere contexten’, zoals de sport- en spelsituatie, de kunst en de (medische) beroepsuitoefening. Zo kan de vraag worden opgeworpen of en langs welke wegen er sprake moet zijn van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid wanneer in die bijzondere contexten een voetballer zijn tegenstander heeft geblesseerd, een kunstenaar een aanstootgevend werk heeft gemaakt en een arts pijn toebrengt bij een behandeling. De strafrechter heeft bij een dergelijke beoordeling weinig wettelijk houvast en uit de jurisprudentie valt op te maken dat hij (als gevolg daarvan) op verschillende, uiteenlopende wijzen tot straffeloosheid komt.

In deze studie worden de achtergronden, plaats en betekenis van ‘contextgebonden excepties’ in het commune strafrecht verkend en wordt beoordeeld in hoeverre de vaststelling van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid op een systematische wijze plaatsvindt. Daarmee wordt tevens geïllustreerd of die wijze ook toereikend is om recht te doen aan de bijzonderheid van de contexten waarin de gedragingen zich voordoen. De daaruit volgende conclusies en aanbevelingen strekken ertoe de systematiek in de rechterlijke vaststelling te bevorderen, hetgeen de belangen dient van participanten in die bijzondere contexten, alsmede van actoren in de strafrechtspleging.

Dit is een boek in de Meijers-reeks. De reeks valt onder verantwoordelijkheid van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Het onderzoek is het resultaat van een samenwerking tussen de Erasmus Universiteit Rotterdam en de Universiteit Leiden.