

## **VOORWOORD**

In vrijwel ieder proefschrift is te lezen dat het een lang, eenzaam en moeilijk proces is om een dissertatie te schrijven. Dat het een lang en moeilijk proces is onderschrijf ik. Wat dat betreft ben je een eenzame reiziger, op weg naar zijn eigen voldoening en het maken van een eigen bijdrage. Het ‘eenzame’ heb ik slechts ten dele zo ervaren. Uiteindelijk moet je het alleen doen, maar op de een of andere manier doe je het toch niet alleen. Toegegeven, het detailwerk is de taak van de schrijver. Aangezien details echter gevormd worden in een groter geheel waar ook andere mensen deel van uitmaken wil ik hier, nu ik niet weet of ik daartoe in geschrift ooit nog de kans toe zal krijgen, een aantal mensen bedanken door er een aantal woorden aan te wijden.

In de eerste plaats dank ik mijn promotor, Paul Mevis en mijn copromotor, Cees Bax. Ik mocht geen expliciet dankwoord schrijven hieromtrent omdat begeleiding een part of the job was, maar toch is waardering over de uitvoering van dit onderdeel van het werk iets wat je niet over kan slaan. Vandaar een paar kernwoorden: interesse en stimulering, het geven van tijd en ruimte om eigen inzichten op te doen en te ontwikkelen en tegelijkertijd de boel goed in de gaten te houden, een goed persoonlijk contact, het vrijmaken van tijd wanneer dat nodig is (hoe druk het ook is vanwege andere verplichtingen), dát soort zaken, maken voor mij een goed promotor en een goed copromotor. Paul Mevis en Cees Bax hebben op een voortreffelijke manier het promotieonderzoek weten te begeleiden.

De Rotterdamse sectie strafrecht is in verschillende opzichten een eenheid in verscheidenheid. Ondanks en met alle drukte die een academische instelling kent is het meer dan een leuke tijd geweest. Zonder anderen tekort te doen wil ik hier vooral John Blad, Tom Blom, Jolande uit Beijerse, Ernst Pols, Vincent Mul en zeker Arthur Hartmann noemen. Op hun kennis, capaciteiten en ervaring is nooit tevergeefs een beroep gedaan. Nogmaals mijn dank daarvoor. Luisteren met levenservaring: Elly Rood-Pijpers is het onzichtbare cement van de sectie. Nicole Visscher, Cathelijne van der Schoot, Erika Pladdet en Sanne Struijk hebben er de afgelopen jaren voor gezorgd dat er wat meer girl power op de gang van de zesde verdieping van het L-gebouw kwam. Vooral Nicole en Cathelijne worden bedankt voor de gastvrijheid en het broodnodige tegengas als er iets té vanzelfsprekend leek. Het zegt voor de rest wel genoeg als ik hier mijn woorden van de decemberborrel in 2003 herhaal: ‘Als er iets goed in je hart zit, hoef je geen afscheid te nemen.’

Buiten de sectie en de promotoren zijn er mensen die een positieve bijdrage hebben geleverd aan het denkproces. Hier noem ik Marc Loth, Maarten de Voogd, Arif Khan, Wilma Duijst, Marc Kessler en Juan Amayo Castro vanwege de gesprekken die ik met hen heb mogen voeren over onderdelen van het onderzoek. Voorts dank ik de leden van de kleine commissie voor hun opmerkingen en Willemijn van de Broek voor haar hulp bij de onvermijdelijke lay-out perikelen.

Mijn ouders dank ik voor de steun, de geborgenheid en de liefde. Discipli-  
ne komt niet aanwaaien. Het zit in je en het is een kwestie van volhouden of je leert het vanzelf met de juiste mensen om je heen. Wat dat betreft zijn mijn ouders prima voorbeelden.

Voor het overige verloopt het leven op zijn ondoorgroendelijke en grillige weg waarin onder meer aangeleerd wordt de kleine dingen te waarderen. Kleine dingen in de dagelijkse routine, bijvoorbeeld. Het 'eenzame' van het schrijven van een proefschrift wordt namelijk voor een groot deel opgeheven als je het geluk hebt stimulerende kamergenoten te hebben. Om niet teveel in herhalingen te vervallen zal ik twee verschillende aspecten van mijn kamergenoten belichten. Mijn eerste kamergenoot, Tijs Kooijmans, kan door zijn werklust, gedrevenheid, kennis en secuurheid overkomen als het toonbeeld van een vakidoot, een stempel dat soms een negatieve lading heeft. Die negatieve lading gaat voor Tijs niet op, om de simpele reden dat de gedrevenheid uit een gezonde hoeveelheid liefde voor het vak komt. Als Tijs ergens voor staat, staat hij er voor de volle honderd procent. Nita en Abel kunnen daarover meepraten. Feyenoord ook, helaas. Maar goed, niemand is perfect en iedere these heeft nu eenmaal een antithese nodig.

Wat ik van Juan de Lange, mijn tweede kamergenoot, heb geleerd heeft te maken met een veelbesproken balans tussen de consequenties die er uit verantwoordelijkheid voortvloeien en het hebben van een gezonde mate van zelfzuchtigheid. In de sectie gaf ik soms filmtips. Bij mijn afscheid was er een groot filmblik met bioscoopbonnen en opgerolde papieren gemaakt, waarop tips van de sectieleden stonden. Bij Juan was het niet zozeer de tip op zich. Die tip was, gezien onze gezamenlijke voetbalvoorkeur, enigszins logisch: *Vägen tillbaka –Blådårar 2*, de documentaire over het jaar dat voormalig Ajax-spits 'Kung' Zlatan Ibrahimović zijn debuut maakte bij het uit de Allsvenskan gedegradeerde Malmö FF en zijn rol in de terugkeer op het hoogste Zweedse niveau. Het waren de motivering van de tip en de persoonlijke boodschap die erbij was geschreven die me diep hebben geraakt. Dat blijft me net zo goed bij als die keer dat we om half één 's nachts na een Champions League-wedstrijd van Ajax bij de ArenA in de kou met een soort lichtzwaardachtige zaklamp in onze handen stonden te kleumen, wachtend op de wegwacht.

Ik ben bang dat ik mijn vrienden door dit boek de afgelopen jaren een klein beetje tekort heb gedaan. Mocht dat zo zijn: mea culpa, mea maxima culpa. Orson Welles zei ooit: *‘When you are down and out, something always turns up - and it is usually the noses of your friends’*. Vandaar dat ik hier een paar vrienden wil noemen die er de afgelopen jaren op de juiste momenten waren. Robert, Mirjam en Emma Meijer, Hans Moerland, Hjalmar, Ceciël en Lotte Memelink, Ferdi en Wai King Meijer, Daniella Klomp, Cherif Jouini, Miranda van der Hoeven, Stella Tan, Arno van Poeyer, Thijs Pennings, Christiaan Berger, Daniel Nyren, en Johan Holmgren.

Zonder anderen tekort te willen doen, wil ik ook een paar vrienden noemen die de afgelopen jaren als een soort leermeester hebben gefungeerd. In de eerste plaats Rob van Puffelen, de Leuvense basketballer, vanwege zijn kick-ass mentaliteit en oprechte passie voor muziek, films en sport. Voorts Arjan Blom, wiens ongedwongenheid en vermogen de juiste opmerkingen op de juiste momenten te maken (*‘The Force is strong in this one!’*) een grote steun zijn, ook al wil (lees: moet) je hem soms écht achter het behang plakken. Ten slotte Rob, de reiziger die me laat zien dat er nooit een tekort is aan nastrevenswaardige dingen in het leven en dat het nooit teveel moeite is er iets mee te doen. Anders gezegd: er valt nog meer dan genoeg te zingen, vechten, huilen, bidden, lachen, werken en te bewonderen.

Rest mij nog een laatste dankwoord. *‘Promoveren is niet ontspannend tot je de rol vast hebt (ervaringsfeit)’*, schreef Wilma Duijst me in juni. Wat dat betreft wil ik hier nogmaals Juan, Tijs en Arjan bedanken voor hun steun in de laatste maanden van de afronding.

*'We don't read and write poetry because it's cute.  
We read and write poetry because we are members of the human race.  
And the human race is filled with passion.  
Medicine, law, business, engineering, these are all noble pursuits and necessary to sustain life.  
But poetry, beauty, romance, love, these are what we stay alive for.  
To quote from Whitman: 'O me, o life of the questions of these recurring, of the endless trains of the faithless of cities filled with the foolish. What good amid these, o me, o life?' Answer: that you are here. That life exists, and identity. That the powerful play goes on, and you may contribute a verse' That the powerful play goes on and you may contribute a verse. What will your verse be?'*

**Dead Poets Society (1989)**

## ***INHOUDSOPGAVE***

<b>VOORWOORD</b>	<b>V</b>
<b>INHOUDSOPGAVE</b>	<b>IX</b>
<b>LIJST VAN VOORKOMENDE AFKORTINGEN</b>	<b>XIV</b>
<b>HOOFDSTUK 1</b>	<b>1</b>
<b>PROBLEEMSTELLING EN METHODOLOGIE</b>	<b>1</b>
1.1. Inleiding	1
1.2. Technieken of systemen van regel en uitzondering	2
1.3. Onderzoeksvragen	7
1.4. Methodologie	10
1.4.1. De opbouw van het onderzoek	12
1.4.2. Selectie en selectiecriteria	13
1.5. Afronding	16
<b>HOOFDSTUK 2</b>	<b>17</b>
<b>STRAFRECHT EN STRAFUITSLUITINGSGRONDEN</b>	<b>17</b>
2.1. Inleiding	17
2.2. Strafrecht	17
2.3. Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht	23
2.3.1. Inleiding	23
2.3.2. Het legaliteitsbeginsel in de Grondwet, het Wetboek van Strafrecht en het EVRM	27
2.3.3. Het legaliteitsbeginsel, interpretatie van delictsomschrijvingen en rechtsvinding	30
2.4. De structuur van het strafbare feit en het beslissingsmodel	37
2.4.1. Inleiding	37
2.4.2. De structuur van het strafbare feit	37
2.4.3. Het strafvorderlijk beslissingsmodel	40
2.5. Algemene strafuitsluitingsgronden	43
2.5.1. Strafuitsluitingsgronden: rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden	43
	<b>IX</b>

2.5.2. Wettelijke en buitenwettelijke algemene strafuitsluitingsgronden	45
2.5.3. Processuele verwerking van algemene strafuitsluitingsgronden	51
2.6. Afronding	52
<b>HOOFDSTUK 3</b>	<b>55</b>
<b>DE BIJZONDERE STRAFUITSLUITINGSGRONDEN IN HET WETBOEK VAN STRAFRECHT</b>	<b>55</b>
3.1. Inleiding	55
3.2. De geselecteerde artikelleden	55
3.3. De verschillende varianten en de geselecteerde artikelleden	60
3.3.1. Strafbaarheidvariant	60
3.3.1.1. Samenspanning en voorbereiding van enkele misdrijven tegen de staatsveiligheid	60
3.3.1.2. Hulpverlening aan de vijand	62
3.3.1.3. Tweegevecht	64
3.3.1.4. Getuigen en artsen bij een tweegevecht	65
3.3.1.5. Bekendmaking van bedrijfsgegevens	66
3.3.1.6. Levensbeëindiging op verzoek	71
3.3.1.7. Abortus provocatus	77
3.3.1.8. Mishandeling	83
3.3.1.9. Bedrog met handelsnaam of merk	84
3.3.1.10. Vernieling van computergegevens	88
3.3.1.11. Tussenconclusie: strafbaarheidvariant	91
3.3.2. Toepassingsvariant	92
3.3.2.1. Bemachtiging van staatsgeheimen	92
3.3.2.2. Verschoningsrecht bij verzwijging voorgenomen misdrijf	94
3.3.2.3. De artikelen 139a-139c Sr	95
3.3.2.4. Teweegbrengen of bevorderen dat de zorg van een kind duurzaam aan een ander overgelaten wordt	105
3.3.2.5. Hulp aan daders bij misdrijven	109
3.3.2.6. Niet voldoen aan verplichtingen als getuige, deskundige of tolk	110
3.3.2.7. Geheimhouding van de verblijfplaats van een minderjarige	111
3.3.2.8. Ongehoorzaamheid van een opvarende	121
3.3.2.9. Register nachtverblijven	122
3.3.2.10. Tussenconclusie: toepassingsvariant	124
3.3.4. Restvariant	125
3.3.4.1. Smaad en smaadschrift	127
3.3.4.2. Eenvoudige belediging	133
3.3.4.4. Tussenconclusie: restvariant	138
3.4 Conclusies	139
<b>HOOFDSTUK 4</b>	<b>143</b>
<b>CONCEPTUALISERING VAN DE BIJZONDERE STRAFUITSLUITINGSGROND IN HET STRAFRECHT</b>	<b>143</b>

4.1. Inleiding	143
4.2. Van algemeen naar bijzonder	144
4.2.1. De verhouding tussen algemene en bijzondere strafuitsluitingsgronden	144
4.2.2. Bijzondere strafuitsluitingsgronden ten opzichte van elkaar	146
4.3. Conceptualisering van de materiële grondslag van de bijzondere strafuitsluitingsgrond	148
4.3.1. Inleiding	148
4.3.2. Dogmatische grondslagen voor de bijzondere strafuitsluitingsgrond	149
4.3.3. Subsocialiteit	150
4.3.3.1. Inleiding	150
4.3.3.2. Subsocialiteit als concept	150
4.3.3.3. Subsocialiteit: enkele bezwaren en opvattingen omtrent de meerwaarde ervan	152
4.3.3.4. Subsocialiteit: relevantie voor de bijzondere strafuitsluitingsgrond	154
4.3.4. Ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid	157
4.3.4.1. Inleiding	157
4.3.4.2. Formele en materiële wederrechtelijkheid	157
4.3.5. Rechtsgoederen: een duiding	160
4.3.6. Op glad ijs: Het EVRM en de bijzondere strafuitsluitingsgrond	162
4.3.7. Ontbreken van materiële wederrechtelijkheid en de bijzondere strafuitsluitingsgrond	169
4.3.8. Synthese: materieelrechtelijke plaatsbepaling	171
4.4. De bijzondere strafuitsluitingsgrond en het legaliteitsbeginsel	174
4.4.1. Inleiding	174
4.4.2. De formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond	175
4.4.2.1. Min of meer ‘open’ geformuleerde bestanddelen	176
4.4.2.2. Contextuele interpretatie	178
4.4.2.3. Contextuele interpretatie en legaliteit	181
4.4.3. Afsluiting	183
4.5. Proceduralisering van rechtsgoederenbescherming	184
4.5.1. Inleiding	184
4.5.2. Algemene opmerkingen betreffende proceduralisering	184
4.5.3. Voorbeelden van proceduralisering in het Bijzonder deel van het WvSr	189
4.5.4. Proceduralisering en het legaliteitsbeginsel	199
4.5.5. Conclusies betreffende proceduralisering	200
4.6. De bijzondere strafuitsluitingsgrond en de rechtstoepasser	200
4.7. Conceptualisering van de formeelrechtelijke positie	207
4.7.1. Inleiding	207
4.7.2. Enkele recente opvattingen omtrent de bijzondere strafuitsluitingsgrond	208

4.7.3. Eigen opvattingen omtrent de processuele plaats van de bijzondere strafuitsluitingsgrond	211
4.7.4. Consequenties	218
4.7.5. Conceptualisering en consequenties van proceduralisering	220
4.8. Eindconclusies	224

## **HOOFDSTUK 5** **227**

### **DE TECHNIEK VAN REGEL EN UITZONDERING IN HET BESTUURSRECHT: DE WONINGWET EN DE WET MILIEUBEHEER** **227**

5.1. Inleiding	227
5.2. Methodologische opmerkingen	228
5.3. Enige relevante opmerkingen over bestuursrecht in het algemeen	229
5.4. Bestuursrecht en legaliteit	231
5.5. Twee bestuursrechtelijke wetten	236
5.6. De Woningwet: geschiedkundige achtergrond	237
5.7. Techniek van regel en uitzondering in de Woningwet en het Bouwbesluit	241
5.7.1. Inleiding: de Woningwet van 2003, MDW en het Bouwbesluit	241
5.7.2. Woningwet en Bouwbesluit	243
5.7.3. Voorbeelden uit het Bouwbesluit	245
5.7.4. Relevante bepalingen in de Woningwet	250
5.8. Samenvatting en tussenconclusies	258
5.9. De Wet milieubeheer: achtergrond	259
5.10. Techniek van regel en uitzondering in de Wet milieubeheer	262
5.10.1. Inleiding	262
5.10.2. Wet milieubeheer	263
5.10.3. Relevante bepalingen uit de Wet milieubeheer	265
5.11. Overzicht met betrekking tot de Wet milieubeheer	273
5.12. Conclusie(s) en nadere vraagstelling	273

## **HOOFDSTUK 6** **277**

### **CONCEPTUALISERING VAN DE EQUIVALENTE EN FUNCTIONEEL EQUIVALENTE BEPALINGEN IN HET BESTUURSRECHT** **277**

6.1. Inleiding	277
6.2. Vergunningen en ontheffingen in bepalingen en verbodsbepalingen	278
6.3. De duiding van de uitzonderingsbepalingen in het bestuursrecht	279
6.4. Consequenties voor het onderzoeksobject	285
6.5. Conclusie en afronding	288

## **HOOFDSTUK 7** **289**



<b>THESE EN SAMENVATTING: DE BIJZONDERE STRAFUITSLUITINGSGROND</b>	<b>289</b>
7.1. Inleiding	289
7.2. De bijzondere strafuitsluitingsgrond in het strafrecht	289
7.2.1. Bijzondere strafuitsluitingsgronden: vormen en formulering	289
7.2.2. Normadressaten van de bijzondere strafuitsluitingsgrond	291
7.2.3. Bijzondere strafuitsluitingsgrond en legaliteit	293
7.2.4. Bijzondere strafuitsluitingsgrond: maatschappelijke functie	295
7.2.5. De materiele en de processuele duiding van de bijzondere strafuitsluitingsgrond	296
7.2.6. De verhouding tussen de bijzondere en de algemene strafuitsluitingsgrond	298
7.3. De bijzondere strafuitsluitingsgrond in het bestuursrecht	300
7.4. De bijzondere strafuitsluitingsgrond: overzicht en onderzoeksresultaten	304
7.5. Afronding	310
<b>SUMMARY</b>	<b>313</b>
<b>BIBLIOGRAFIE</b>	<b>321</b>
<b>CURRICULUM VITEA</b>	<b>343</b>

## *LIJST VAN VOORKOMENDE AFKORTINGEN*

I	Eerste Kamer der Staten-Generaal
II	Tweede Kamer der Staten-Generaal
AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
Aant.	Aantekening
afl.	aflevering
AG	Advocaat-generaal
AID	Algemene Inspectiedienst
AIVD	Algemene Informatie- en Veiligheidsdienst
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
art.	artikel
artt.	artikelen
a.w.	aangehaald werk
Awb	Algemene wet bestuursrecht
bijv.	bijvoorbeeld
BVD	Binnenlandse Veiligheidsdienst
CDA	Christen Democratisch Appèl
concl.	conclusie
c.q.	caso quo
c.s.	cum suis
curs.	Cursivering
D&D	Delikt en Delinkwent
dl.	deel
Diss.	Dissertatie
e.a.	en anderen
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EK	Eerste Kamer der Staten-Generaal
enz.	enzovoort
etc.	etcetera
EU	Europese Unie
EUR	Erasmus Universiteit Rotterdam
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.
Gw	Grondwet
GW	Gemeentewet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
i.c.	in casu

IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
jis.	junctis
jo.	juncto
KUB	Katholieke Universiteit Brabant (thans Universiteit van Tilburg)
KUN	Katholieke Universiteit Nijmegen (thans Radboud Universiteit)
MIVD	Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst
m.n.	met name
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJB	Nederlands Juristenblad
nr.	nummer
nt.	noot
o.a.	onder andere
o.m.	onder meer
OM	openbaar ministerie
p.	pagina
par.	paragraaf
PG	Procureur-Generaal
PvdA	Partij van de Arbeid
Pw	Provinciewet
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
resp.	respectievelijk
r.o.	rechtsoverweging
RUG	Rijksuniversiteit Groningen
RvS	Raad van State
SP	Socialistische Partij
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Sv	Wetboek van Strafvordering
t.a.v.	ten aanzien van
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
Trb.	Tractatenblad
TvS	Tijdschrift voor Strafrecht
UL	Universiteit Leiden
UM	Universiteit Maastricht
UU	Universiteit Utrecht
UvA	Universiteit van Amsterdam
vgl.	vergelijk

Vol.	Volume
VU	Vrije Universiteit Amsterdam
VVD	Volkspartij voor Vrijheid en Democratie
WIV	Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002
Wmb	Wet milieubeheer
WTL	Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding
Ww	Woningwet
www	World Wide Web

# HOOFDSTUK 1

## PROBLEEMSTELLING EN METHODOLOGIE

### 1.1. Inleiding

Dit boek handelt over de bijzondere strafuitsluitingsgrond als fenomeen in het Nederlandse strafrecht. Dit fenomeen kent verschillende materieelrechtelijke en formeelrechtelijke aspecten. Op het eerste gezicht lijkt het duidelijk: er zijn de algemene strafuitsluitingsgronden zoals noodweer, ontoerekeningsvatbaarheid en overmacht en er zijn bijzondere strafuitsluitingsgronden. Bij de beantwoording van de vraag wat bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn kan het er wel eens verwarring ontstaan als ervan uitgegaan wordt dat ongeschreven strafuitsluitingsgronden zoals afwezigheid van alle schuld en het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid eveneens te zien zijn als bijzondere strafuitsluitingsgronden.

Waar gaat het hier precies om? In het strafrecht kennen we algemene strafuitsluitingsgronden. Men denke hierbij aan overmacht, noodweer en ontoerekeningsvatbaarheid. Deze strafuitsluitingsgronden zijn van toepassing op verschillende delicten, zoals diefstal, mishandeling, oplichting en doodslag. Bij bijzondere strafuitsluitingsgronden ligt dat anders. Bijzondere strafuitsluitingsgronden zoals deze hier onderzocht worden op basis van een werkdefinitie zijn alleen van toepassing op een specifiek delict of een groep specifieke delicten. Een voorbeeld is art. 300, vijfde lid, Sr: poging tot mishandeling is niet strafbaar.

In dit eerste hoofdstuk wordt daarom verduidelijkt wat er in dit onderzoek precies onder ‘bijzondere strafuitsluitingsgronden’ wordt verstaan en welke vragen dit juridische fenomeen oproept. Anders gezegd: in deze studie wordt onderzocht hoe de bijzondere strafuitsluitingsgrond moet worden ingepast in de strafrechtsdogmatiek. Heeft de bijzondere strafuitsluitingsgrond dezelfde functie als de algemene strafuitsluitingsgrond of gaat het bij de bijzondere strafuitsluitingsgrond om iets anders, zoals bijvoorbeeld de verhouding tussen een norm en een delictsomschrijving? Anders gezegd: een beschouwing over de precieze plaats van de bijzondere strafuitsluitingsgrond dwingt tot nadere reflectie met betrekking tot bepaalde klassieke thema’s, toegespitst op de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De precieze positionering of, bescheidener, het bieden van een visie met betrekking tot de bijzondere strafuitsluitingsgrond te midden van algemene aspecten in het systeem van strafbaarheid staat in dit onderzoek centraal. Om daartoe te

komen wordt wetgeving, jurisprudentie en een deel van de strafrechtsdogmatiek beschreven, in een bepaald kader geplaatst en ter beantwoording van de in dit hoofdstuk te beschrijven verschillende onderzoeksvragen gebruikt.

## 1.2. Technieken of systemen van regel en uitzondering

De wettelijke bepaling van strafbaarheid heeft een duaal karakter. In delictsomschrijvingen wordt zo nauwkeurig mogelijk aangegeven welke gedraging onder het bereik van de strafwet zal vallen. De bedoeling van dergelijke omschrijvingen is het maken van een zo scherp mogelijk onderscheid tussen strafbaar en niet strafbaar gedrag, en niet te vervallen in te vage wetgeving waaruit voor de justitiabelen niet meer te kennen is welk gedrag strafbaar is. Men spreekt in dit kader van het 'lex certa'-beginsel. Hiermee wordt bedoeld dat de wetgever dient te streven naar duidelijke en precieze strafbaarstellingen. De wetgever heeft er in sommige gevallen rekening mee gehouden dat gedragingen die onder de delictsomschrijving zouden kunnen vallen onder bepaalde bijzondere omstandigheden toch niet strafbaar zijn. Dit kan voortvloeien uit het feit dat voor de strafbaarheid van de dader de vaststelling van de wederrechtelijkheid van het gedrag en de verwijtbaarheid van de dader noodzakelijke voorwaarden zijn. Deze voorwaarden hebben echter veelal geen uitdrukking gevonden in de delictsomschrijving. De afwezigheid van de strafbaarheid wegens het ontbreken van wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid, ondanks dat een gedraging is verricht die onder een delictsomschrijving valt, heeft uitdrukking gevonden in verschillende strafuitsluitingsgronden, waardoor er in het bepalen van de strafbaarheid sprake is van een 'systeem van regel en uitzondering'.

Het systeem van regel en uitzondering kan eveneens worden omschreven als een systeem van 'aanwijzing en uitzondering'.<sup>1</sup> Het is wellicht gepaster om te spreken van 'een' systeem van regel en uitzondering in plaats van 'het' systeem, nu deze wetgevingstechniek verschillende vormen kan hebben. Enerzijds is er het systeem van delictsomschrijving/strafuitsluiting, anderzijds kan gedacht worden aan de techniek waarin in delictsomschrijvingen verwezen wordt naar (de inhoud van) vereiste vergunning(en). Hierna zal blijken dat er niet één systeem van regel en uitzondering is, maar meer systemen. Wat beoogt een systeem als dit te bewerkstelligen? Besier schrijft het in een reactie op Van der Feltz in 1897 aldus op:

'Ingewikkelde maatschappelijke verhoudingen spotten met grove, eenvoudige regelingen (..) Hoe dieper deze daarbij in het dagelijks leven ingrepen om allerlei

<sup>1</sup> W.H. Vellinga, 'Strafwetgeving als techniek van regel en uitzondering' in J.P. Balkema e.a. (red.), *Liber Amicorum Th.W. van Veen, Opstellen aangeboden aan Th.W. van Veen ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Gouda Quint, Arnhem, 1985, p. 359-368.

handelingen te regelen of te verbieden, des te ingewikkelder moesten ook gewoonlijk de door hen gemaakte bepalingen worden. In het bijzonder werd het telkens nodig, aan de regeling van dit of dat geval toe te voegen dat zij alleen zou gelden, of, -omgekeerd- dat zij niet zou gelden, wanneer deze of gene omstandigheid daarbij voordeed'.<sup>2</sup>

De discussie omtrent de techniek van regel en uitzondering als beste systeem van strafbaarheid en de daaruit voortvloeiende discussie over de grens tussen bestanddeel en strafuitsluitingsgrond is allesbehalve nieuw. Eerder had Van der Feltz de discussie aangekaart door erop te wijzen dat het bij de bijzondere strafuitsluitingsgrond gaat om datgene wat de wetgever heeft willen regelen, namelijk ofwel een algemeen verbod waarop een uitzondering wordt gemaakt, ofwel een voorwaarde voor vrijspraak.<sup>3</sup> Kernoverweging bij de beoordeling van de bepaling is het al dan niet geoorloofd zijn van de handeling in het kader van de bedoeling van de wetgever. Besier kan zich hier niet geheel in vinden:

‘Volgens hem is het *alleen* de vraag wat de wetgever heeft willen regelen, niet in welken vorm hij zijne gedachten heeft uitgedrukt. Alsof niet juist uit den vorm de gedachte, datgene wat de wetgever wilde regelen, kon worden opgemaakt’.<sup>4</sup>

Besier wijst op het gevaar dat kan ontstaan indien de bedoeling van de wetgever ‘opspoort uit den buiten de wet gelegen aard van een of ander geregeld onderwerp’. Het kenmerk van de bedoeling van de wetgever om ofwel ‘vrij te laten behoudens voorwaarden’, ofwel ‘te verbieden behoudens uitzonderingen’, diende volgens Besier gezocht te worden in zowel de aard van de handeling als ‘zelfs daarboven in den zinbouw der wetsbepaling’. De verschillende technieken die de wetgever gebruikt overziend, komt Besier vervolgens tot een onderscheid tussen een vijftal verschillende vormen:

- gevallen ‘waarin de – straffeloosheid waarborgende – nadere bepaling, aan de strafbedreiging toegevoegd, wordt ingeleid door het woord ‘zonder’ of ‘buiten’, waarop dan óf een zelfstandig naamwoord óf een bijzin volgt.’
- de hierbij nauw aansluitende groep gevallen ‘waarin de nadere bepaling aanvangt met ‘tenzij’, ‘indien niet’, ‘anders dan’ en dergelijke uitdrukkingen.’
- de groep ‘waarin de nadere bepaling wordt ingeleid door uitdrukkingen als ‘met uitzondering van’, ‘behalve’, en dergelijke.

<sup>2</sup> L.Ch. Besier, ‘Rechtvaardigingsgrond of bestanddeel van het strafbaar feit?’, *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1897, p. 183-207.

<sup>3</sup> A.A. van der Feltz, ‘Element of fait justificatif’, *Weekblad van het Recht*, 12 juni 1863, nr. 6343.

<sup>4</sup> Besier (1897), *a.w.*, p. 195.

- 'de voorschriften, waaraan een uitzondering is toegevoegd door de woorden: 'deze bepaling is niet toepasselijk', en dergelijke'.
- de gevallen 'waarin de nadere bepaling een afzonderlijk artikel of een afzonderlijke volzin vormt', voor zover deze gevallen niet onder de vierde groep vallen.<sup>5</sup>

Besier concludeert dat indien de wetgever een algemeen geldend voorschrift wil geven en daaraan in een nadere bepaling een uitzondering wil toevoegen, deze nadere bepaling als een rechtvaardigingsgrond te benoemen zou zijn. Als de wetgever een bijzonder voorschrift bedoelt te geven, 'slechts van kracht in de gevallen door de nadere bepaling aangewezen', dan is de uitzondering te zien als een bestanddeel.<sup>6</sup> In de jurisprudentie is er geen eenstemmigheid over dit onderwerp te vinden. Het blijkt dat verschillende bepalingen als bijzondere strafuitsluitingsgrond benoemd worden. Deze bepalingen zijn ofwel aparte artikelleden, ofwel bestanddelen van een delictomschrijving. De redenen om een bestanddeel als bijzondere strafuitsluitingsgrond te benoemen verschillen van geval tot geval. In zijn conclusie bij HR 13 september 1994, *NJ* 1994, 746 beschrijft Leijten de volgende zaak. De zaak betreft art. 5 Wet voorkoming verontreiniging door schepen (hierna: WVVS). Het eerste lid van dat artikel luidt: '*Het is verboden vanaf een schip een schadelijke stof in zee te lozen behoudens in de gevallen en op de wijze vast te stellen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur*'. De algemene aanwijzing die hier van toepassing op is, is het besluit voorkoming olieverontreiniging door schepen van 27 maart 1986, Stb. 160. Het relevante artikel is art. 9 van dit Besluit, aanvangend met de formulering: 'Behoudens het bepaalde in de artikelen 10 en 11, en het bepaalde in het tweede lid, is elke lozing in zee van olierestanten of oliehoudende mengsels vanaf schepen verboden tenzij wordt voldaan aan alle onderstaande voorwaarden..'. Het is de vraag of deze bepaling een bestanddeel of een strafuitsluitingsgrond van art. 5 WVVS is. Leijten formuleert een oplossing voor die het materiële criterium koppelt aan een overweging die een mogelijke 'onbillijke uitkomst', indien enkel het formele criterium zal worden gehanteerd, tegen gaat.

'Wordt het formele criterium beschouwd als beslissend, dan slaagt het eerste middel, want de uitzondering is in het zinsverband van de verbodsbepaling opgenomen. (...) Ik voel daar niet veel voor om de simpele reden dat de werkelijkheid weer eens moet wijken voor een juridisch systeem, voor een juridische theorie die wel haar betekenis heeft maar die je toch moeilijk aan een intelligent mens van een andere discipline bevredigend zult kunnen verklaren'.

<sup>5</sup> Besier (1897), *a.w.*, p. 188-191.

<sup>6</sup> Besier (1897), *a.w.*, p. 193.



Het is moeilijk om vast te stellen of een onderdeel van een bepaling aan te merken is als een bijzondere strafuitsluitingsgrond of een bestanddeel. Er bestaan formele en materiële criteria om sommige bepalingen te benoemen als strafuitsluitingsgrond of bestanddeel als zodanig. Het formele criterium is het meest duidelijk: een bepaling die niet in een delictsomschrijving staat is te zien als een strafuitsluitingsgrond. ‘Het’ materiële criterium laat zich wat moeilijker omschrijven. Er zijn in de rechtspraak verschillende materiële criteria ontwikkeld zoals ‘het stelsel van de wet’, ‘de bedoeling van de wetgever’, etc.<sup>7</sup> Visser maakt in haar dissertatie duidelijk dat het hanteren van een formeel criterium ten aanzien van bestanddelen niet altijd opgaat, nu bepaalde bestanddelen in de rechtspraak als strafuitsluitingsgrond worden gezien.<sup>8</sup> Sommige bestanddelen in bijzondere wetten zijn op basis van de wetsgeschiedenis, het systeem van de wet, te benoemen als bijzondere strafuitsluitingsgrond.<sup>9</sup> Als formeel criterium stelt zij, mede in navolging van Leijten in zijn hierboven behandelde conclusie en op basis van een analyse van de door haar verzamelde jurisprudentie:

‘De redactionele opzet van de bepaling biedt derhalve vaak voldoende duidelijkheid. De hoofdregel luidt dat als in één zin zowel het verbod staat als de term(en) of zinsnede(s) die daarop een uitzondering vormt, deze uitzondering meestal dient te worden aangemerkt als een bestanddeel van de verbodsbepaling. Indien de criteria die de uitzonderingen markeren zijn te vinden in een afzonderlijk artikel(lid), betreft het in het algemeen een strafuitsluitingsgrond. Met behulp van dit formele onderscheid is bij het Wetboek van Strafrecht zonder veel problemen na te gaan of de uitzondering al dan niet een bestanddeel is’.<sup>10</sup>

Over het benoemen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond, als voorbeeld van de hierboven genoemde techniek in het systeem van regel en uitzondering, als zodanig (een artikellid of een apart artikel) bestaat weinig twijfel. Het probleem van het benoemen van de bepaling ligt kennelijk bij het antwoord op de vraag of en wanneer bepaalde bestanddelen als bijzondere strafuitsluitingsgronden kunnen worden opgevat. Een bestanddeel dient deel uit te maken van de tenlastelegging en bewezen te worden. Indien dit niet mogelijk is, zal worden vrijgesproken. Een strafuitsluitingsgrond hoeft ‘slechts’ aannemelijk te zijn geworden.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, diss. UM, Gouda Quint, Deventer, 2001, p. 154.

<sup>8</sup> Visser (2001) *a.w.*, p. 152 e.v.

<sup>9</sup> Vgl. HR 10-11-1987, *NJ* 1988, 426 waarin de afwezigheid van een aankoopvergunning geen bestanddeel werd geacht van art. 5, tweede lid, Antibioticawet. HR 13-09-1994, *NJ* 1994, 746, waarin op basis van de wetsgeschiedenis werd aangenomen dat een in de relevante bepaling genoemde algemene maatregel van bestuur dient te worden aangemerkt als een strafuitsluitingsgrond.

<sup>10</sup> Visser (2001), *a.w.*, p. 153.

<sup>11</sup> Visser (2001), *a.w.*, p. 149 en Th.J.B. Buiting en A.E.H. Huygen, ‘Milieustrafrecht: een ondoordachte chaos’, in: P.J.J. van Buuren e.a., *Milieurecht in stelling, Utrechtse opstellen over actuele thema's in het milieurecht*, H.D. Tjeenk Willink, Zwolle, 1990. P. 72-95.

Wat is nu een bijzondere strafuitsluitingsgrond? We weten dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond er eerder was dan de algemene strafuitsluitingsgrond. ‘De strafuitsluitingsgronden hebben zich ontwikkeld bij de afzonderlijke misdrijven. (...) Naarmate de rechtswetenschap zich ontwikkelde, kwamen strafrechtjuristen tot de conclusie dat er bijzondere strafuitsluitingsgronden waren die een algemene toepassing konden vinden. Zo ontstonden de eerder genoemde *algemene strafuitsluitingsgronden*, excepties waarop in beginsel bij elk delict een beroep op kan worden gedaan’.<sup>12</sup> Van strafuitsluitingsgronden is bekend dat zij te benoemen zijn als de gronden die de strafbaarheid van het feit of van de dader doen wegvallen en kunnen worden onderverdeeld in algemene en bijzondere strafuitsluitingsgronden. De aard van dit onderscheid vloeit voort uit de reikwijdte van de strafuitsluitingsgrond in casu. Onder een algemene strafuitsluitingsgrond wordt een strafuitsluitingsgrond verstaan die werking heeft voor alle strafbare feiten, waar dan ook geregeld: in het Wetboek van Strafrecht of, middels art. 91 Sr, in een formele wet of een lagere wet. De bijzondere strafuitsluitingsgronden worden als categorie gekenmerkt door het feit dat hun toepassing beperkt is tot één of enkele delicten. Zij zijn dan ook te vinden in de onmiddellijke nabijheid van een bepaalde delictsomschrijving.

Bij de benadering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond vanuit strafrechtsdogmatische hoek kan een aantal nadere onderscheidingen worden gemaakt. In de eerste plaats is opvallend dat door de diversiteit van de formuleringen niet altijd duidelijk is wat de aard van een strafuitsluitingsgrond is. In de literatuur wordt hierdoor soms gesteld dat de formulering wijst op een zuivere of bijzondere vervolgingsuitsluitingsgrond, een daderschapsuitsluitingsgrond een kwalificatie-uitsluitingsgrond, een bijzondere strafuitsluitingsgrond of een zuivere strafuitsluitingsgrond.<sup>13</sup> De bijzondere strafuitsluitingsgronden worden derhalve verschillend benoemd, waaruit de noodzaak naar het bepalen van een grondslag van de verschillend benoemde of te benoemen bijzondere strafuitsluitingsgronden blijkt. Het onderzoek richt zich derhalve zowel op materieelrechtelijke als formeelrechtelijke aspecten van de bijzondere strafuitsluitingsgronden.

<sup>12</sup> D.H. de Jong & G. Knigge, *Het materiële strafrecht*, veertiende druk, Kluwer, Deventer, 2003, p. 141.

<sup>13</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Gouda Quint, Deventer, tweede druk, 2003, p. 289 e.v., Th. W. Van Veen, ‘Het stelsel der excepties’, in: *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1986, p. 349-361, A.L.J. Janssens, *Strafbare belediging*, diss. RUG, Thela Thesis, 1998, p. 349-356, waar hij de hieronder te behandelen bijzondere strafuitsluitingsgronden bij de verschillende beledigingdelicten kwalificeert, J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, vijftiende druk, Gouda Quint, Arnhem, 1996, p. 270, G. Knigge, *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit*, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1993, p. 24, e.a.

### 1.3. Onderzoeksvragen

Het onderzoek richt zich als gezegd op de bijzondere strafuitsluitingsgronden. De problematiek van bijzondere strafuitsluitingsgronden is tweeledig. Het betreft enerzijds aspecten van strafrechtsdogmatische aard en anderzijds aspecten die liggen op het terrein van de bestuurlijke wetgeving. Via het legaliteitsbeginsel dat in de rechtsstaat in het algemeen als uitgangspunt wordt erkend en dat in het strafrecht zijn specifieke weerslag en uitwerking vindt (zie in dit kader art. 1 Sr, art. 7 EVRM en art. 16 Grondwet) zijn beide aspecten sterk met elkaar verbonden.<sup>14</sup> In dit onderzoek wordt de bijzondere strafuitsluitingsgrond op basis van de uitwerking van verschillende onderzoeksvragen doordacht. De belangrijkste onderzoeksvraag is *de vraag naar de dogmatische positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond, zowel in materieel als in processueel opzicht*. Het betreft derhalve de functie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Onder ‘functie’ wordt hier verstaan: de positie van een juridisch verschijnsel binnen een bepaald kader en de invloed die het juridische verschijnsel op andere verschijnselen uitoefent. Het gebruik van het juridische verschijnsel wordt in samenhang gezien en in verband gebracht met de dogmatiek van het rechtsterrein dat onderzocht wordt.<sup>15</sup>

*Zijn er criteria voor de keuze van de formulering van een bijzondere strafuitsluitingsgrond?*

De vraag kan worden gesteld of er criteria zijn die de keuze van de formulering bepalen, of er eenheid van terminologie ten aanzien van de bijzondere strafuitsluitingsgrond voorhanden is en wat de processuele verwerking is van de verschillend geformuleerde bijzondere strafuitsluitingsgronden.<sup>16</sup> De vraag luidt of de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond bepalend is voor het oordeel bij welke vraag uit het strafrechtelijke beslissingsschema van de artikelen 348 en 350 Sv de vraag naar de aanwezigheid van de strafuitsluitingsgrond aan de orde komt. De betekenis van deze vraag moet niet worden onderschat omdat het antwoord hierop naar de processuele verwerking ervan betekenis heeft voor de voorwaarden waaraan

<sup>14</sup> E.M.H. Hirsch Ballin, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Samson H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1989, waar wetgeving als uitvloeisel van legaliteit wordt benadrukt.

<sup>15</sup> Vgl. omtrent dogmatiek van rechtsgebieden en hun functie G.C.J. van de Bergh, *Themis en de muzen. De functie van de gebonden vormen in het recht*, diss. UvA H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., Haarlem, 1964, p. 3-5.

<sup>16</sup> Hirsch Ballin heeft met betrekking tot wetgeving in het algemeen gewezen op de noodzaak van eenheid van terminologie bij wettelijke bepalingen, dit vanwege de begrijpelijkheid van de afzonderlijke bepalingen en de samenhang tussen de bepalingen en de begrijpelijkheid daarvan, waardoor het duidelijk zou moeten zijn wanneer wel of niet hetzelfde is bedoeld. E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Architectuur van wetgeving’, in: J.A.M. van Angeren, *Kracht van Wet. Opstellen over publiekrechtelijke wetgeving, aangeboden aan Mr. J.W. van Eijkeren*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, p. 79. Zie Aanwijzing 55-58 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

voldaan moet zijn wil de rechter de strafuitsluitingsgrond van toepassing achten. Dat verschil maakt de vraag naar een eventuele normering van de keuze voor een bepaalde formulering op zijn beurt weer belangrijk.

*Wat is de verhouding van bijzondere strafuitsluitingsgronden tot algemene strafuitsluitingsgronden?*

Een andere vraag die opkomt is de vraag naar de verhouding tussen de verschillende bijzondere en de algemene strafuitsluitingsgronden. Duidelijk is, dat deze verhouding allerm minst onproblematisch is, hetgeen wordt veroorzaakt doordat bijzondere strafuitsluitingsgronden zich door hun aard en hun formulering niet laten passen in hetzelfde patroon als de algemene strafuitsluitingsgronden. Waar bij de algemene strafuitsluitingsgronden wordt aangenomen dat hetzij de wederrechtelijkheid, hetzij de verwijtbaarheid komt te ontbreken, lijkt bij bijzondere strafuitsluitingsgronden veel eerder sprake te zijn van niet-strafbaarheid op een abstracter niveau. De wetgever lijkt zich niet te bekommeren om het verband met de in de strafrechtsdogmatiek ontwikkelde voorwaarden voor strafbaarheid van wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid. Van Veen beschreef eerder de ontwikkeling in de strafrechtelijke dogmatiek die er zijns inziens toe heeft geleid dat de bedoeling die de wetgever van 1886 met de algemene strafuitsluitingsgronden had, werd ondergraven. De bijzondere strafuitsluitingsgronden zouden naar zijn mening uitzonderingen op de ontwikkelde strafrechtsdogmatiek zijn, waarvan het de vraag is, of deze strafuitsluitingsgronden niet veeleer clauses zijn welke een delictsomschrijving beperken dan een exceptie in de zin van een strafuitsluitingsgrond.<sup>17</sup>

*Bijzondere strafuitsluitingsgronden en het legaliteitsbeginsel*

Hiernaast is de verhouding tot het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel voorwerp van onderzoek. De vraag rijst namelijk of in alle gevallen volstaan kan worden met een bijzondere strafuitsluitingsgrond die slechts bij wijze van uitzondering de strafbaarheid wegneemt van een overigens wel onder de delictsomschrijving behorende gedraging. Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel dwingt ertoe eerst onder ogen te zien of niet de omschrijving van de gedraging in de delictsomschrijving zelf kan worden aangescherpt. Een andere vraag die hieraan gerelateerd is, heeft betrekking op de formulering van de verschillende bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Zo zal verderop in deze studie blijken dat de bestanddelen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond open en gesloten kunnen zijn. Indien er sprake is van een open formulering, wat is dan de verhouding tussen de open geformuleerde bestanddelen en het legaliteitsbeginsel en wat kan er gezegd worden omtrent de wenselijkheid van het bestaan van open bestanddelen?

<sup>17</sup> Van Veen (1986), *a.w.*, p. 359-360.

*Wat is de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond ten opzichte van een delictsomschrijving?*

Dit is de vraag naar de relatie tussen een delictsomschrijving, de nuancering van de delictsomschrijving en de maatschappelijke norm waarop een delictsomschrijving gebaseerd is. Hieruit vloeit de vraag voort of de formuleringen van bepaalde (bestanddelen van) bijzondere strafuitsluitingsgronden niet teweegbrengen dat hierdoor bepaalde delictsomschrijvingen wellicht een té open karakter krijgen. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat de wettekst de burger minder rechtszekerheid biedt dan wenselijk is en dat het voor de overheid onder omstandigheden onduidelijk is met betrekking tot welke gedragingen zij de strafvorderlijke bevoegdheden kan uitoefenen.

*Welke rol heeft de bijzondere strafuitsluitingsgrond ten opzichte van rechtstoepassers?*

Men kan zich, aansluitend op het vorige, afvragen of, en zo ja, welke normerende werking er aan bijzondere strafuitsluitingsgronden kan worden toegeschreven op het terrein van opsporing en vervolging. Eerder is gerefereerd aan de verschillende benoemingen die bijzondere strafuitsluitingsgronden krijgen. De verschillende manieren waarop een juridisch fenomeen gekwalificeerd wordt heeft gevolgen voor de plaatsing van dat fenomeen in de gelede beslissingsstructuur van de rechter, zoals deze voorgeschreven wordt in art. 350 Sv. Het maakt uit of een bijzondere strafuitsluitingsgrond of *fait d'excuse* gezien wordt als een bestanddeel, een Tatbestands-, strafuitsluitings-, kwalificatie- of 'pure' strafuitsluitingsgrond.

*Wat is de dogmatische en processuele positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond?*

Het kernpunt van het onderzoek is de duiding van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Hierbij moet niet alleen worden gedacht aan de dogmatische positie van het onderzoeksobject (is het een *fait d'excuse* of een strafuitsluitingsgrond of toch iets anders, wat is de invloed op de verhouding tussen de norm en de delictsomschrijving, etc) maar eveneens aan de processuele positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Er wordt onderzocht wat kenmerkend is voor de bijzondere strafuitsluitingsgrond, nu blijkt dat er in de literatuur geen overeenstemming bestaat over de duiding van de bepalingen die het onderzoeksobject vormen.

*Bijzondere strafuitsluitingsgronden in het bestuursrecht?*

In het bovenstaande is het strafrechtelijke deel geschetst. Met betrekking tot het bestuursrechtelijk deel kan het volgende worden opgemerkt. Vanuit het oogpunt van wetgeving van lagere regelgevers (enerzijds provincies, gemeenten en waterschappen, anderzijds (organen van) functionele lichamen als bedrijfsschappen) speelt de vraag naar de verhouding van de delictsomschrijving en de strafuitsluitingsgrond op een andere, niet geheel

van de vorige te scheiden wijze. Verschillende handelingen worden door lagere wetgevers strafbaar gesteld, hetzij direct in de vorm van een gebods- of verbodsbepaling, hetzij indirect, door handelen zonder of in afwijking van een vereiste vergunning strafbaar te stellen. Het gaat in het laatste geval weliswaar in de eerste plaats om regulering langs bestuursrechtelijke weg, maar ook dan is het sluitstuk van dergelijke regelingen meestal een strafbaarstelling. Aan strafbepalingen wordt in deze wetgevingsprocessen nauwelijks aandacht besteed vanuit strafrechtelijk perspectief, noch wat opsporingsmogelijkheden en bewijsmoeilijkheden betreft, noch ook wat delictomschrijving en strafuitsluitingsgronden betreft.<sup>18</sup> Zo wordt bijvoorbeeld binnen de Vereniging van Nederlandse Gemeenten gesproken van twee ‘redactiemethoden’ van strafbaarstelling, te weten: het nauwkeurig aangeven voor welke gedraging de strafbaarstelling geldt, of het de verboden gedraging ruim omschrijven en een nadere afbakening geven door middel van rechtvaardigingsgronden.<sup>19</sup> De bestuursrechtelijke normering vraagt een techniek van regelgeving die in een zekere spanningsverhouding kan staan tot die welke vanuit strafrechtsdogmatisch oogpunt wenselijk zou zijn. Zulks geldt eens te meer indien handelen in afwijking van een vergunning is verboden en aan de vergunning voor het individuele geval voorschriften zijn verbonden. In deze studie wordt bekeken of het bestuursrecht bijzondere strafuitsluitingsgronden kent en wat hun positie is.

#### 1.4. Methodologie

Het onderzoek betreft derhalve een onderzoek naar een systeem van regel en uitzondering, waar gebruik is gemaakt van de vorm van de strafuitsluitingsgrond als uitzondering. Er zijn, zoals eerder werd gesteld, ook andere vormen van het systeem van regel en uitzonderingen mogelijk. Men kan hierbij denken aan bepaalde bestanddelen in delictomschrijvingen zoals deze in bestuurlijke wetgeving worden geformuleerd en waarin verwezen wordt naar (de inhoud van) de vereiste vergunning(en).<sup>20</sup>

Het onderzoek is opgesplitst in drie delen: een uitvoerig strafrechtelijk, een bestuursrechtelijk en een combinerend gedeelte. In het strafrechtelijke deel zal aandacht worden besteed aan materieelrechtelijke en formeel-

<sup>18</sup> W. Duk in: *Rapport Algemene Bepalingen van Administratief Recht*, Samsom Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1984, p. 328-329. (Opmerking over 4de tranche).

<sup>19</sup> Vgl. H.K. ten Brake, *Het strafrecht van de gemeente*, Gouda Quint, Arnhem, 1986 en Aanwijzingen voor de decentrale regelgeving, tweede, herziene, druk, VNG uitgeverij, Den Haag, 1999, p. 80 e.v.

<sup>20</sup> G.E. Langemeijer, ‘Beweringslast en bewijsrisico in het strafproces’, *Tijdschrift voor Strafrecht* LXI, p. 73-102, m.n. p. 75-78, L.Ch. Besier, ‘Rechtvaardigingsgrond of bestanddeel van het strafbaar feit?’, *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1897, p. 183-207 en M. Visser, ‘Aanvullende criteria: Bestanddeel of Strafuitsluitingsgrond?’ *Milieu en Recht*: 02/2001, nr. 2, p. 38-43.

rechtelijke aspecten van de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond. Deze aspecten zijn nodig om het wetgevingstheoretische gedeelte vorm te kunnen geven. De materiële aspecten hebben betrekking op de norm die aan een bepaling ten grondslag ligt. Onder formele aspecten moeten wetgevingstechnische en processuele aspecten worden verstaan. Men denke hierbij aan de formulering van de bepaling en de overwegingen die hieraan ten grondslag hebben gelegen, de plaatsing van de bepaling en de consequenties die uit de formulering kunnen worden getrokken.

In het strafrechtelijk deel zal naar aanleiding van een werkdefinitie de verschillende in het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht voorkomende bijzondere strafuitsluitingsgronden gezocht worden. De bepalingen die dit oplevert, zullen worden gecategoriseerd en geanalyseerd om vast te kunnen stellen of uit de parlementaire behandeling van deze bepalingen criteria zijn af te leiden met betrekking tot de formulering van de bepaling en de aard en strekking daarvan. In het bestuursrechtelijke gedeelte zal eenzelfde werkwijze worden gehanteerd. De werkwijze zal in de desbetreffende hoofdstukken nader worden geëxpliciteerd. Een gevaar dat in deze werkwijze schuilt, is dat er gezocht wordt naar een ordening die er niet is of niet hoeft te zijn. Dit laat echter de inzichten die verkregen kunnen worden onverlet, daar het minstens zo belangrijk kan zijn om te weten of een verschijnsel iets niet is, als dat het iets wel is.<sup>21</sup> Nu er hier sprake is van een onderzoek waar het met name gaat om begripsvorming, moeten materieel-dogmatische inzichten gekoppeld kunnen worden aan hun mogelijke materieel normerende betekenis en hun processuele consequenties.<sup>22</sup> Op basis van de inzichten die de wetgevingsstukken bieden, zal een hypothese worden gevormd ter aanduiding van de processuele en de materieel-dogmatische posities van bijzondere strafuitsluitingsgronden in het strafrecht. In het bestuursrechtelijke gedeelte zal in een onderdeel van dat rechtsgebied gekeken worden naar bepalingen die eenzelfde functie hebben als de bijzondere strafuitsluitingsgronden in het strafrecht. In zoverre heeft het bestuursrechtelijke deel slechts een verkennende functie ten dienste van de bespreking van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het strafrecht.

Bij de in de onderzoeksvragen opgeworpen vraag betreffende de wenselijkheid van een interpretatie van een bepaling als bestanddeel of bijzondere strafuitsluitingsgrond zal het antwoord zijn wortels hebben in het strafrechtelijk gedeelte.

<sup>21</sup> Larry Laudan, *Science and Hypothesis. Historical Essays on Scientific Methodology*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland/Boston, U.S.A./London, England, 1981, p. 226 e.v. en J.P.M. Geurts, *Feit en Theorie. Kernproblemen in de wetenschapsteorie*, Van Gorcum Assen, derde druk, 1984.

<sup>22</sup> W. Nieboer, 'De materiële dogmatiek – renovatie nodig', *DD* 11 (1981), afl. 7, p. 503-505.

In dit boek wordt hier en daar over de grens van de rechtswetenschap gekeken en worden er geschiedkundige verbanden aangegeven. In *De Magistro* schrijft Augustinus een passage omtrent zin en onzin van kennisvergaring. Augustinus bedoelt naar mijn mening te zeggen dat het er niet alleen aan ligt wat men leert, maar ook hoe men probeert te leren.<sup>23</sup> Beide aspecten lijken me essentieel voor het schrijven van een dissertatie. Juist om het boek in een iets breder perspectief te plaatsen, is het eveneens noodzakelijk geweest om aandacht te besteden aan de historische context van een en ander. Een passage van de hand van Justice Oliver Wendell Holmes, Jr maakt duidelijk waarom.

‘The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, institutions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellowmen, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book in mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage. The substance of law at any given time pretty nearly corresponds, so far as it goes, with what is then understood to be convenient; but its form and machinery, and the degree to which it is able to work out desired results, depend very much upon its past’.<sup>24</sup>

#### 1.4.1. De opbouw van het onderzoek

Het boek beslaat zeven hoofdstukken, ondergebracht in twee delen en een afsluitend hoofdstuk. De twee delen bestaan uit het voornaamste strafrechtelijk deel en een verkenning van relevante onderdelen van het bestuursrecht. In het eerste deel, het strafrechtelijke, zal na een positionering van het strafrecht het legaliteitsbeginsel worden beschreven en aandacht worden besteed aan ontwikkelingen op het gebied van rechtsvinding en de invloed van het EVRM op visies omtrent legaliteit en rechtsvinding. In het tweede hoofdstuk wordt het strafvorderlijk beslissingsmodel uiteengezet en een het nodige worden geschreven omtrent de algemene strafuitsluitingsgronden. De ‘beschrijving’ van de bepalingen in het derde en in het vijfde hoofdstuk geeft een overzicht van het onderzoeksobject: voor het strafrechtelijk deel de bijzondere strafuitsluitingsgronden in het Wetboek van Strafrecht en voor het bestuursrecht twee wetten die min of meer exemplarisch zijn voor deze twee rechtsgebieden, de Woningwet en de Wet milieubeheer. De be-

<sup>23</sup> Aurelius Augustinus, *De Magistro*, Hoofdstuk 10, paragraaf 23.

<sup>24</sup> Oliver Wendell Holmes, Jr, *The Common Law*, Little, Brown, Boston, 1881, p. 2. Zie eveneens A.C. ’t Hart, *Recht als schild van Perseus*, Gouda Quint Arnhem, Kluwer Antwerpen, 1991, p. 115 e.v.



schrijving van de bijzondere strafuitsluitingsgronden in het Wetboek van Strafrecht vindt plaats naar aanleiding van de parlementaire behandeling van de geselecteerde bepalingen. In het bestuursrechtelijk deel zal naast de equivalente bepaling ook de functioneel equivalente bepaling worden beschreven aan de hand van de rol van de bepaling in het desbetreffende wettelijke regeling(en). Met ‘functioneel equivalente bepalingen’ wordt bedoeld op bepalingen in de te onderzoeken wetten die eenzelfde functie hebben als de bijzondere strafuitsluitingsgronden in het Wetboek van Strafrecht en waaruit soortgelijke consequenties kunnen worden getrokken, toegespitst op het bestuursrecht. De aard van het bestuursrecht en de aldaar gebruikte verschillende technieken van regel en uitzondering nopen tot het zoeken naar functioneel equivalente bepalingen in plaats van naar bijzondere strafuitsluitingsgronden.<sup>25</sup>

In de ‘conceptualisering’, respectievelijk het vierde en het zesde hoofdstuk van dit onderzoek, worden in ieder deel de inzichten die in de voorgaande hoofdstukken zijn verkregen toegepast. De strafrechtelijke en bestuursrechtelijke cirkels worden in deze hoofdstukken rond gemaakt. De inzichten die uit de beschrijving voortvloeien zullen in de verschillende onderwerpen, zoals deze deels in het ‘fundament’ (het tweede hoofdstuk en een deel van het vijfde hoofdstuk) zijn behandeld, worden geplaatst. Voor het strafrechtelijk deel betekent dit met name dat de beschreven bijzondere strafuitsluitingsgronden materieelrechtelijk en formeelrechtelijk zullen worden gepositioneerd. Bij de materieelrechtelijke positiebepaling van de bijzondere strafuitsluitingsgrond wordt aangehaakt bij bestaande strafrechtsdogmatische inzichten. De formeelrechtelijke positionering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond betreft de plaatsing van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het strafvorderlijk beslissingsmodel, op basis van de materieelrechtelijke positionering van het onderzoeksobject. In het bestuursrechtelijk deel zal de conceptualisering anders plaats vinden. Voor de conceptualisering zullen de eerder verkregen strafrechtelijke inzichten gebruikt worden om de equivalente en functioneel equivalente bepalingen een positie te geven binnen het bestuursrecht en de aldaar geldende dogmatiek ten einde de resultaten daarvan te kunnen gebruiken voor de beantwoording van de onderzoeksvragen betreffende het strafrecht.

#### 1.4.2. Selectie en selectiecriteria

De juridische vormgeving van de strafbepaling kan gezien worden als de juridische positivering van een materiële, in de maatschappij levende, norm. Het betreft hier de verhouding tussen de norm en de delictsomschrij-

<sup>25</sup> Vgl. W. Duk, ‘Techniek van wetgeving. Een experiment bij het onderwijs aan de Universiteit van Amsterdam’, in: J.A.M. van Angeren e.a. (red.), *Kracht van Wet. Opstellen over publiekrechtelijke wetgeving, aangeboden aan Mr. W.J. van Eijkern*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984.

ving. Daar het in deze dissertatie gaat om het verkrijgen van inzicht in de verhouding tussen de delictsomschrijving en de te selecteren artikelleden is het, met betrekking tot de selectie van de artikelleden, noodzakelijk dat de interpretatie van het grammaticale element - het geselecteerde artikellid - dient te worden aangevuld met een functioneel element, afgeleid uit de juridische norm; het grammaticale veronderstelt het functionele. Er zal begonnen worden met een selectie van relevante bepalingen. Om daartoe te kunnen komen ben ik uitgegaan van een werkdefinitie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond die gebaseerd is op een correctief functioneel-grammaticaal criterium. Correctief, omdat het artikellid materieel een correctie van de norm van de delictsomschrijving inhoudt. Functioneel, omdat gekeken wordt naar de functie van het artikellid ten opzichte van het relevante overige artikellid, de delictsomschrijving. Grammaticaal omdat gekeken zal worden naar de verwoording van de bepaling. Daarnaast is voor de selectie gebruik gemaakt van een werkdefinitie van bijzondere strafuitsluitingsgronden, namelijk:

*‘Bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn artikelleden of artikelen - anders dan een delictsomschrijving - in het Bijzonder deel van het Wetboek van Strafrecht die blijkens hun bewoordingen uitsluiting van strafbaarheid beogen’.*<sup>26</sup>

Deze artikelleden of artikelen beperken zich in hun toepassing tot een of enkele delictsomschrijving(en). Uit art. 91 Sr vloeit zoals gezegd voort dat de in het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht opgenomen algemene strafuitsluitingsgronden betrekking hebben op alle delicten. In het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht staan verschillende artikelen en artikelleden die te zien zijn als bijzondere strafuitsluitingsgrond. Het bijzondere met betrekking tot deze strafuitsluitingsgronden is dat zij gelegen zijn in het Bijzonder Deel van het Wetboek van strafrecht en betrekking hebben op een of enkele delictsomschrijvingen. Toegegeven moet worden dat het methodologisch zwak kan zijn een kwalificatie te verbinden aan een variant terwijl gezocht wordt naar een gemeenschappelijk element van verschillende artikelleden om uiteindelijk verschillen en overeenkomsten van artikelleden en hun dogmatische positie te kunnen bepalen. Maar dat hoeft niet onoverkomelijk te zijn, nu het een van de gevaren is die samenhangen met het gebruik van een umbrella concept of een tijdelijke werkdefinitie. Een ander punt is de beperking tot het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht. In het Algemeen Deel zijn ook artikelleden te vinden die als bijzondere strafuitsluitingsgrond zouden kunnen worden gezien. Voorbeelden hiervan zijn de artikelen 46b jjs 53 en 54 Sr.<sup>27</sup> De reden om deze niet als

<sup>26</sup> Hiermee wordt aangesloten bij de vijfde vorm van de techniek van regel en uitzondering, zoals deze door Besier geconstateerd is.

<sup>27</sup> Art. 46b bepaalt dat voorbereiding noch poging bestaan indien het misdrijf niet is voltooid ten gevolge van omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk. De artikelen 53 en 54

bijzondere strafuitsluitingsgrond aan te merken is gelegen in het verschil tussen de functie van het Algemeen deel en het Bijzonder deel van het Wetboek.

Hiernaast is er ook kritiek mogelijk op de wetshistorische benadering welke hier ter bepaling van de aard en de strekking van bijzondere strafuitsluitingsgronden gehanteerd wordt. De bezwaren die er aan wetshistorische interpretatie als handvat voor de rechtspraak kleven komen neer op een waardering van de aanvaardbaarheid van de politieke factor in de wetgevingsprocedure in een gegeven tijd.<sup>28</sup> Hiermee bedoel ik dat een wetgevingsprocedure onderdeel uitmaakt van een politiek proces in een bepaald tijdbestek, waar de binnen dat politieke proces werkende krachten allen hun invloed willen doen gelden. Deze invloed is afhankelijk van de politieke constellatie van het tijdbestek waarin men leeft. Wetgevingsprocessen zijn politieke processen waarvan het verloop weliswaar juridisch is gereguleerd, doch waarvan het resultaat en de inhoud bepaald worden door politieke afwegingen op een bepaald moment. Hier kan zoals Rozemond stelt, een vorm van willekeur in te ontdekken zijn. Het is echter de vraag welke consequenties hieraan verbonden zouden moeten worden. De wetgever kiest er nu eenmaal niet voor om strafbaarstellingen regelmatig te revitaliseren, iets wat ingegeven kan zijn door de taakverdeling tussen de wetgever en de rechter. Ik meen hier, ondanks de bezwaren die er aan de wetshistorische onderzoeksmethode kunnen kleven, toch deze methode te kunnen hanteren, nu het in deze studie in de eerste plaats om conceptualisering van wetgeving gaat. Om tot een gedegen conceptualisering te kunnen komen, dient kennis genomen worden van rechtspolitieke en juridische overwegingen in het wetgevingsproces. Daarnaast blijft, naast de tekstuele en de wetssystematische, de wetshistorische methode een van de modaliteiten welke bij rechtsvinding en interpretatie kan worden gebruikt.

Een ander punt van overweging is de scheiding van het formeelrechtelijke en het materieelrechtelijke aspect van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Met 'scheiding' wordt hier bedoeld op een 'afzonderlijke behandeling'. Het materieelrechtelijke en het formeelrechtelijke liggen namelijk wel in elkaars verlengde: in het vierde hoofdstuk wordt het materieel-

Sr zijn vervolgingsuitsluitingsgronden die van toepassing zijn op drukpersmisdrijven en resp. de uitgever en de drukker.

<sup>28</sup> K. Rozemond, 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *RM Themis*, 1999, p. 117-119. Vgl. eveneens M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel. Een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 36e Wetboek van Strafrecht)*, diss. KUB, Boom Juridische Uitgevers, 2001, p. p. 3-6 en M.J. Borgers, 'Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.M. Simmelink, *Glijdende schalen, Liber Amicorum J. de Hullu*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003, p. 51 e.v.

rechtelijke gebruikt ter bepaling van de formeelrechtelijke positie.<sup>29</sup> Het materieelrechtelijke heeft betrekking op de materieelrechtelijke positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Deze positie zal worden bepaald door de in het derde hoofdstuk verkregen inzichten in een theoretisch kader te plaatsen. Deze positeduiding zal vervolgens worden gebruikt om de formele of strafprocessuele positie<sup>30</sup> van de bijzondere strafuitsluitingsgrond te bepalen, zoals eerder in dit hoofdstuk gezegd.

Het proefschrift wordt afgesloten met een afsluitend, integrerend laatste hoofdstuk, waarin de inzichten die in het strafrechtelijk en het bestuursrechtelijk deel zijn verkregen op elkaar zullen worden betrokken. De tekst is afgesloten in maart 2005, met nadien verschenen literatuur en/of jurisprudentie is geen rekening meer gehouden.

## 1.5. Afronding

Het moge duidelijk zijn dat het onderzoek erop gericht is de knelpunten op te sporen die vanuit strafrechtelijk optiek en vanuit de optiek van bestuurlijke regelgeving gepaard gaan met het gebruik en de formulering van bijzondere strafuitsluitingsgronden. Getracht wordt voor deze knelpunten een oplossing aan te dragen. Beide perspectieven, het strafrechtelijke en het bestuursrechtelijke, worden in onderling verband bestudeerd, waarmee het onderzoek beoogt bij te dragen aan de convergentie van strafrecht en bestuursrecht op het gebied van de rechtsstatelijkheid en consistentie van regelgeving. Het systeem van het recht is op te vatten als een dogmatisch uitgewerkt en opgebouwd begrippenapparaat en speelt de dogmatiek een rol, aan te duiden als een soort ‘brugfunctie’ bij de vorming van systematiek tussen enerzijds rechtsbeginselen en anderzijds de wet.<sup>31</sup> In dat licht bezien, zal het niet verbazen dat dit proefschrift is te kwalificeren als een ‘poging tot dogmatiekvorming’. Wel moet hierbij aangetekend worden dat het hier in de eerste plaats gaat om conceptualisering naar aanleiding van wetgeving.

<sup>29</sup> Vgl. ten aanzien van het onderscheid tussen materieel recht en formeel recht J.F. Nijboer en L.T. Wemes, *Rechtspraak, dogmatiek en dogmatisme*, Gouda Quint, Arnhem, 1990, m.n. p.13-17.

<sup>30</sup> Gedoeld wordt op de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het beslissingsmodel van de artikelen 348/350 Sv.

<sup>31</sup> C.J. Bax, *De geslotenheid van het recht. Een onderzoek naar de structuur van het juridisch discours aan de hand van konversie van rechtshandelingen*, Diss. RUL, Uitgeverij Acco, 1986, p. 126.

## HOOFDSTUK 2

### STRAFRECHT EN STRAFUITSLUITINGSGRONDEN

#### 2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de visie op het strafrecht en het legaliteitsbeginsel die in deze dissertatie gebruikt wordt voor de conceptualisering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond uiteen gezet. Daarnaast wordt het strafvorderlijk beslissingsmodel uiteengezet en wordt aandacht besteed aan de positie en het functioneren van de algemene strafuitsluitingsgronden in dat model. Eveneens wordt er een overzicht van opvattingen omtrent het legaliteitsbeginsel en strafuitsluitingsgronden geboden. Deze beschrijvingen zijn noodzakelijk, nu in het vierde hoofdstuk bij de plaatsing van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in een dogmatisch en processueel kader van deze inzichten gebruik wordt gemaakt. Vooruitlopend op die toespitsing in het vierde hoofdstuk op het onderwerp van dit onderzoek heeft dit hoofdstuk terzake van de genoemde thema's het karakter van een overzicht van opvattingen.

#### 2.2. Strafrecht

Er zijn verschillende manieren om het strafrecht te benaderen. Ten eerste een monodisciplinaire benadering. Hierbij kijkt men naar het strafrecht in samenhang met rechtshistorische en -filosofische ontwikkelingen. Hierbij kan worden gedacht aan normatieve uitspraken betreffende rechtsnormen en rechtsregels, al dan niet in een onderling verband of met betrekking tot handelingen van participanten in het strafproces, de aard van het strafrecht. In de tweede plaats is er een interdisciplinaire benadering mogelijk, waar men gezamenlijk vanuit juridisch blikveld en verschillende wetenschappelijke standpunten vanuit andere disciplines zoals de rechtssociologie, de rechtspsychologie, de criminologie, de rechtshistorie naar het functioneren van het strafrecht in de samenleving kijkt en men tot een of meer definities van (de functie(s) van) het strafrecht komt. Men kijkt hier naar de zin van de straf of de effecten die aan de straf en/of het strafrechtelijk systeem worden toegeschreven.<sup>32</sup> Een dergelijke integratieve of interdisciplinaire

<sup>32</sup> Zie omtrent de problematiek betreffende de rechtvaardiging van het straffen in het huidige tijdsgewricht, J.W. de Keijser, 'Theoretische reflectie. De vergeten basis voor een bezonnen rechtspleging', *Delikt en Delinkwent* 4, (2001), p. 390-415.

benadering van het strafrecht is noodzakelijk ter toetsing en bekritisering van het functioneren van het model als zodanig. Indien men op deze wijze kijkt, zou men het strafrecht kunnen definiëren als een ‘sociaal instituut, voor normvorming, -bevestiging en -handhaving, waarbinnen leedtoevoeging mogelijk is en wordt gestreefd naar speciaal- en/of generaalpreventieve effecten’.<sup>33</sup> Men beschrijft hierbij het strafrecht als een sociaal-politiek systeem, dat er mede op is gericht een samenleving door middel van strafrechtsbeleid op deze punten op enigerlei wijze beheersbaar te maken.<sup>34</sup> Het strafrecht kan eveneens worden beschreven naar aanleiding van een autonome of een heteronome stellingname met betrekking tot de aard en de functie van het strafrecht. Zo gaat een autonome visie op het strafrecht ervan uit dat het strafrecht van andere rechtsgebieden als bijvoorbeeld het bestuursrecht is te onderscheiden doordat het beschikt over de ‘specifieke normstelling en de eigen theorie- en begripsvorming van het materiële strafrecht, de specificiteit van de strafvorderlijke procedure en de karakteristieke taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie en de strafrechter’. In een heteronome visie wordt ervan uitgegaan dat het strafrecht geen bijzonder rechtsgebied is, ‘maar één van de wegen waarlangs rechtshandhaving mogelijk is’.<sup>35</sup>

Strafrecht is publiek recht. Het strafrecht regelt de verhouding tussen de overheid en de burgers waar de overheid bevoegdheden worden verschaft om, naar aanleiding van (verdenking van) een strafbaar feit, in te grijpen in betrekkingen tussen burgers onderling. Een argument dat de visie op het strafrecht als onderdeel van het publiekrecht ondersteunt is, dat het strafrecht, mede vanwege het definiëren en het naar zich toe trekken van het geweldsmonopolie door de Staat, eveneens is te zien als een instrument om een bepaalde politieke orde in het leven te roepen, te handhaven en te ontwikkelen.<sup>36</sup> Daarnaast blijkt het publiekrechtelijke karakter van het straf-

<sup>33</sup> J.R. Blad, *Abolitionisme als strafrechtstheorie. Theoretische beschouwingen over het abolitionisme van L.H.C. Hulsmann*, diss. EUR, SI/Gouda Quint 1996, p. 13.

<sup>34</sup> Vgl. L. Dupont, *Beginnelen van een behoorlijke strafrechtsbedeling. Bijdrage tot het grondslagenonderzoek van het strafrecht*, Kluwer, Deventer/Antwerpen, 1979, p. 49-70 (m.n. p. 49-55), R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Gouda Quint Arnhem, Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen, 1990, m.n. p. 183-210 en p. 405 e.v en J. Vervaele, *Rechtsstaat en recht tot straffen*, Kluwer, Antwerpen, Gouda Quint, Arnhem, 1990, p. 6 e.v.

<sup>35</sup> L.J.J. Rogier en A.R. Hartmann, ‘Verschillen en overeenkomsten tussen strafrecht en bestuursrecht’, in: H. de Doelder en L.J.J. Rogier (red.), *Opstellen over bestuursstrafrecht*, SI/EUR-reeks deel 3, Gouda Quint, Arnhem, 1994, p. 1-20 en G. Knigge, ‘De verkalking voorbij. Over de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht’, *RM Themis*, 2000, p. 83-96, A.C. 't Hart, ‘De autonomie van het strafrecht’, *Delikt en Delinkwent* 3, (2001), p. 237-251 voor kritiek op het te ver doorvoeren van een heteronome visie op het strafrecht. Over de tegenstelling autonoom/heteronoom meer in het vijfde hoofdstuk.

<sup>36</sup> R.M.G.E. Foqué, *De ruimte van het recht*, oratie EUR, Gouda Quint, Arnhem, 1992, p. 24, Michel Foucault, *Surveiller et Punir, naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975, A.G. Bosch, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot 2000*, Ars Aequi Ca-

recht uit de beschermingsfunctie die het heeft. Instrumentaliteit en rechtsbescherming vormen derhalve twee kanten van dezelfde, strafrechtelijke, medaille.<sup>37</sup> Positiebepalingen met betrekking tot het strafrecht en het functioneren van het strafrecht in de maatschappij kunnen losstaan van een bepaling van het strafrecht als zodanig.

Hartmann en Van Russen Groen destilleren de positie van het strafrecht door uit de verschillende rechtsgebieden strafrecht, privaatrecht en bestuursrecht te onderscheiden en binnen het kader van verschillende autonome en heteronome posities die er ten opzichte van het strafrecht bestaan, een standpunt in te nemen.<sup>38</sup> Het strafrechtelijk systeem is volgens Enschedé op te vatten als een open normatief systeem dat mede vorm wordt gegeven door maatschappelijke ontwikkelingen. Enschedé maakt naar aanleiding van het monopoliseren van de sanctionering van rechtsnormen door de overheid een onderscheid tussen verschillende in het recht aanwezige sanctiesystemen, namelijk een administratief-, een privaatrechtelijk en een strafrechtelijk sanctiesysteem. Het strafrechtelijke sanctiesysteem ‘treedt alleen in werking - in de gevallen door de wetgever aangewezen - naar aanleiding van een vermoede of geconstateerde rechtsnormschending’.<sup>39</sup> Hieruit zou voortvloeien dat het strafrechtelijk sanctiestelsel een op leedtoevoeging gebaseerd negatief sanctiestelsel is en geen normstellend stelsel.<sup>40</sup> In deze visie is het wezen van de straf primair gelegen in het toevoegen van leed. Overwegingen met betrekking tot generaal preventie en andere aan de straf toegeschreven functies richten zich op consequenties van de strafoplegging.

‘Natuurlijk mag volmondig worden beaamd dat het strafrecht een belangrijke rol te vervullen heeft in het kader van de ‘norminterpretatie’ en de ‘normhandhaving’, zulks om ieder duidelijk te maken welke die normen zijn en dat het recht ernst is met de bescherming van rechtsgoederen. Maar wat zegt dit ons over de ‘diepste’, ‘centrale’ taak van het strafrecht? De meest eigenlijke taak is een dienende taak ten opzichte van het recht überhaupt, nl. de naleving van de daarvoor in aanmerking komende rechtsnormen te sanctioneren. De wijze waarop het

hiers strafrecht, deel 11, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 2000 en J. R Emmelink, ‘Actuele stromingen in het Nederlandse strafrecht’, in: V.H. Davelaar-van Tongeren, e.a. (red.), *Strafrecht in perspectief*, Gouda Quint, Arnhem, 1980, p. 32.

<sup>37</sup> Vgl. Foqué en 't Hart (1990), a.w. p. 323 e.v. en J.F. Glastra van Loon, *Elementaire begrippen van het recht*, bewerkt door J.A. Nota, Gouda Quint, Arnhem, 8<sup>ste</sup> druk, 1988, p. 9, waarin het recht wordt beschreven als middel om tot maatschappijordening, geschillenbeslechting en handhaving van regels en orde te komen wordt beschreven.

<sup>38</sup> A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, diss. EUR, SI/Gouda Quint, 1998, p. 28-48.

<sup>39</sup> Zoals in het eerste druk van zijn leerboek treffend verwoord door Enschedé. Ch.J. Enschedé, *Beginselen van strafrecht. Een syllabus*, Kluwer, Deventer, 1969, p. 2-3.

<sup>40</sup> Ch.J. Enschedé, ‘Problemen van strafwetgeving’, in: W.F. De Gaay Fortman e.a. (red.), *Problemen van wetgeving*, Kluwer, Deventer, 1982, p. 165-179, en, van dezelfde auteur, ‘Wetten en rechters’, in: P. Abas e.a. (red.) *Non sine causa*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1979, p. 60 e.v. Zie voorts A.C. 't Hart, *Mensenwerk? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*, KNAW, Amsterdam/New York/Oxford/Tokio, 1995, p. 6 e.v.

strafrecht aan deze taak gestalte geeft (strafbedreiging-vervolgving-bestrafing) heeft een tweezijdig effect: het preventieve effect, voorkomend uit de bedreiging als zodanig en de intensiteit van vervolgving en bestraffing, en bestaande uit de naar de burger gerichte stimulans om zich, zo niet uit eigen overtuiging, dan toch nog in ieder geval binnen de grenzen van wat 'goedschiks' heet, aan de gelding van de rechtsnormen te conformeren; het normhandhavende effect ten opzichte van degene die in de hier bedoelde zin gebleken is 'kwaadschiks' te zijn door middel van daadwerkelijke vervolgving en bestraffing. 'Taak' en 'effect' mogen niet met elkaar worden verward'.<sup>41</sup>

Omtrent het strafrecht wordt voorts gesteld dat het een handhavingsmechanisme is dat ultimum remedium is. Hiermee wordt bedoeld op de veronderstelling dat van de keuze voor het strafrecht als sanctiesysteem dient te worden afgezien indien een van de overige sanctiesystemen het door de overheid beoogde doel efficiënter, effectiever en proportioneler kan bereiken. Anders gezegd: de ultimum remedium eis is een normatief uitgangspunt of een beleidsmatig handvat bij het maken van wetgevingstechnische keuzes om van een bepaald sanctiestelsel gebruik te maken. Gedurende de parlementaire behandeling van het huidige Wetboek van Strafrecht in 1886 werd de ultimum remedium gedachte door Minister Modderman verdedigd met de overweging dat slechts dat mag worden gestraft wat onrecht is. Daarnaast 'komt de eisch er bij dat het een onrecht zij, waarvan de ervaring heeft geleerd dat het (waarbij natuurlijk op den gegeven maatschappelijke toestand te letten is) door geene andere middelen behoorlijk te bedwingen'.<sup>42</sup> Beslissingen omtrent strafbaarstelling en de wijze van strafbaarstelling liggen, evenals de keuze om voor een bepaald handhavingstelsel te kiezen, bij de wetgever.<sup>43</sup> De strafbaarstelling, de juridische positivering van een materiële norm, een delictomschrijving, wordt gehandhaafd door de uitoefening van verschillende strafvorderlijke bevoegdheden die aan de delictomschrijving zijn gekoppeld. Hieruit volgt dat de juridische functie

<sup>41</sup> D.J.P.M. Vermunt, *Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek*, diss. KUN, Gouda Quint, Arnhem, 1984, p. 157.

<sup>42</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, eerste deel*, H.D. Tjeenk Willink, Haarlem, tweede druk, 1891, p. 16. Vgl. eveneens M. Groenhuijsen, 'Enkele centrale denbeelden van Montesquieu en van beccaria in relatie tot het legaliteitsbeginsel in strafzaken', in: K. Boonen e.a. (red.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Kluwer, Deventer, 2002, p. 24.

<sup>43</sup> Formulering van factoren die de wetgever een handvat voor strafbaarstelling kunnen bieden is al langer een discussiepunt: L.H.C. Hulsman, 'Criteria voor strafbaarstelling', in E. André de la Porte e.a. (red.), *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Anthos, Baarn, 1972, p. 80-92, J.M. van Bemmelen, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer, 31 rechtsgeleerde opstellen*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1973, p. 1-15, T.M. Schalken, 'Strafbaarstelling en de garantiefunctie van het strafrecht', in J.A.M. van Angeren, e.a. (red.), *Kracht van Wet, Opstellen over publiekrechtelijke wetgeving, aangeboden aan Mr. J.W. van Eijkeren*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, p. 165-178, Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten; een crimineel-politieke studie*, diss. UM, Gouda Quint, Arnhem, 1987. Omtrent de keuze voor een handhavingstelsel: Hartmann/Van Russen Groen, (1998), *a.w.*, p. 45-48.



van het strafrechtelijk systeem het bieden van een strafrechtelijke reactie op normoverschrijdend gedrag is.

Een juridische norm is beperkter dan de materiële norm zoals deze in de maatschappij leeft.<sup>44</sup> Binding gaat ervan uit dat een norm in de strafwet niet geformuleerd en voor haar werking ook niet van de strafwet afhankelijk is. De strafwet is accessoir, niet constitutief, een delictomschrijving vormt op zichzelf gezien geen verplichting tot handelen of nalaten.<sup>45</sup> Materiële normen zijn de in een maatschappij - of sociaal systeem - levende normen zoals deze in een bepaalde tijd gelding hebben en/of vastgesteld worden<sup>46</sup>, middels interactieprocessen<sup>47</sup> en te beschouwen als pre-juridische waardeoordelen op basis waarvan het recht gevormd wordt. Het zijn gedragsnormen die een bepaalde mate van verantwoordelijkheid en zelfstandigheid van een individuele mens vereisen. Groenhuijsen is van mening dat de materiële norm *‘voorzover die in een delictomschrijving zijn neerslag heeft gevonden, ook tot het strafrecht behoort daar de reikwijdte van de norm bepalend is voor de mogelijke inbreuken op de individuele vrijheid die de burger van de overheid heeft te duchten’*. In een delictomschrijving wordt derhalve van alle denkbare schendingen van een bepaalde norm slechts een bepaald gedeelte strafbaar gesteld.<sup>48</sup> Het betreft hier de codificatie van in de maatschappij levende normen. Eveneens moet aandacht worden gevraagd voor andere overwegingen om tot strafbaarstelling over te gaan. Men kan hierbij denken aan, al dan niet door verschillende verdragsrechtelijke verplichtingen ingegeven, modificerende wetgeving, waarmee beoogd wordt de maatschappij op een bepaalde wijze te sturen of daar de gewenste sociaal-economische veranderingen in teweeg te brengen.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> M. Bosch, E.Ph.R. Sutorius: *Ch.J. Enschedé, Beginselen van strafrecht*, negende druk, Kluwer, Deventer, 2000, p. 6, P.A.M. Mevis, *Capita strafrecht*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, derde druk, 2002, p. 37-38 en H.J. van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap. Een juridische methodologie*, Kluwer, Deventer, 1983, p. 393-394.

<sup>45</sup> K. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd.I. ‘Normen und Strafgesetze’, 4. Aufl. Leipzig, 1922, zoals besproken in Vermunt, (1984), *a.w.*, p. 2-15 en 32, e .v. en H.J. van Eikema Hommes, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap. Een juridische methodologie*, Kluwer, Deventer, 1983, p. 296 e.v. Zie ook van dezelfde auteur, ‘De materiële wederrechtelijkheid in het strafrecht’, in: V.H. Davelaar-van Tongeren e.a. (red.), *Strafrecht in perspectief*, Gouda Quint, Arnhem, 1980, p. 162-163.

<sup>46</sup> Ch.J. Enschedé, ‘Ethiek en Strafrecht’, in J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Lange-meijer*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1973, p. 73-86.

<sup>47</sup> J.F. Glastra van Loon, *Norm en handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen*, Wolters-Noordhoff Groningen, 1987, m.n. p. 207 e.v.

<sup>48</sup> M.S. Groenhuijsen, ‘Het publiekrechtelijk karakter van het materiële strafrecht’, in: J.P. Balkema e.a. (red), *Gedenkboek Honderd jaar wetboek van Strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1986, p. 118-119.

<sup>49</sup> T. Koopmans, ‘De rol van de wetgever’, in: *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristenvereniging 1870-1970*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1970, p. 221-235. Zie met name hierna, hoofdstuk vijf.

In deze studie wordt uitgegaan van bepaalde overwegingen omtrent het strafrecht. Alvorens daartoe over te gaan dient wel te worden opgemerkt dat het in deze omschrijving niet te doen is om een eigen afgerond oordeel te geven over wat strafrecht nu precies 'is'. Het gaat er om een duiding van 'strafrecht' te geven die voor de verdere explicatie van het onderwerp van dit onderzoek, de bijzondere strafuitsluitingsgrond, van belang is. Later zal blijken dat diverse aspecten uit de bovenstaande benadering van belang zijn. De vergelijking die met het bestuursrecht zal worden gemaakt dwingt tot een opvatting over strafrecht als een heteronoom systeem van inrichting van de maatschappij, anders heeft vergelijking met het bestuursrecht geen zin. Het enkele bestaan van bijzondere strafuitsluitingsgronden vloeit voort uit de eisen die het hierna te behandelen legaliteitsbeginsel stelt en dat beginsel appelleert eveneens aan het rechtsbeschermende in het strafrecht. Aldus kan over de inhoud van 'strafrecht' voor de onderhavige studie het volgende worden gezegd.

In de kern is strafrecht wetshandhaving door middel van (zinvolle) negatieve sanctionering van wederrechtelijk gedrag.<sup>50</sup> Strafrecht is eveneens gekanaliseerde leedtoevoeging, op emotioneel (sociaal-psychologisch) en op handhavingsniveau. In de strafprocedure wordt het recht op en tot straffen door middel van vooraf kenbare regels vastgesteld en krijgen de met de strafzaak samenhangende emoties een plaats toebedeeld.<sup>51</sup> Het formele strafrecht - procedurele bepalingen in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en bijzondere wetten - en het materiële strafrecht -juridische normen, gebaseerd op een maatschappelijke norm en neergelegd in het Wetboek van Strafrecht en bijzondere wetten - staan met elkaar in een wisselwerking.<sup>52</sup> Het formele strafrecht dient ertoe de bepalingen van het materiële strafrecht te handhaven.<sup>53</sup> In dit rechtsgebied wordt het recht gehandhaafd door middel van opsporing, vervolging, berechting en tenuitvoerlegging. Opsporing en vervolging zijn het op basis van de uitoefening van wettelijke bevoegdheden handhaven van normen

<sup>50</sup> W.H.A. Jonkers, *Het penitentiar recht, strafrechtelijke sancties in Nederland*, Arnhem, 1975, p III-6 e.v en G.E. Mulder, 'De sanctie', *Delikt en Delinkwent* 1974, p. 6.e.v.

<sup>51</sup> Nils Christie, *Limits to pain*, Marton Robertson & Company, Oxford, 1982, m.n. p. 94 e.v. en N. Christie, 'Conflicts as property', in: *British Journal of Criminology*, jaargang 17, nr. 1, 1977.

<sup>52</sup> G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, vierde druk, Kluwer, 2002, p. 1 en D. Hazewinkel-Surin-ga/Remmelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Gouda Quint Deventer, vijftiende druk, 1996, p. 10 e.v. Zie omtrent de wisselwerking tussen en plaatsing of ordening van materiele en formele bepalingen J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving. De systematische grondslag van het algemeen deel van het WvSr.*, Wolters-NoordHoff, Groningen, 1987 en, van dezelfde auteur, 'Het onnut van de term 'exceptie'', *Delikt en Delinkwent* 1986, p. 374-379.

<sup>53</sup> C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht*, oratie EUR, Gouda Quint, Arnhem, 1992, p. 15.

van het materiële strafrecht.<sup>54</sup> Strafrecht wordt hier begrepen als een de overheid ter beschikking staand formeelrechtelijk strafaansprakelijkheidsmodel dat door middel van waarheidsvinding, normering van overheidsbevoegdheden en gekanaliseerde leedtoevoeging (verginging als grondslag voor straf) gericht is op de handhaving van materiële normen.

## 2.3. Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht

### 2.3.1. Inleiding

Het vereiste dat een wettelijke bepaling een delictsomschrijving dient te behelzen die bij de toepassing op een concreet geval redelijkerwijs geen onzekerheid zou overlaten wordt het *lex-certa-beginsel* (*Bestimmtheitsgebot*) genoemd. De wetgever is verplicht een zo groot mogelijke mate van zekerheid met betrekking tot de omvang van de werking van de (straf)wet te creëren. Toegesplitst op het strafrecht heeft Schalken duidelijk gemaakt dat de overheid enerzijds ‘als algemeen belang de bestrijding van criminaliteit aan zich (heeft) getrokken, doch aan de andere kant respecteert zij als beperking daarop het individuele belang van de rechtsbescherming en de daaruit voortvloeiende eis van controle op het gebruik van haar bevoegdheden, welke controle zij ook weer zelf moet garanderen’.<sup>55</sup> Het legaliteitsbeginsel krijgt normatief vorm in de verhouding tussen de overheid en burger binnen het kader van een rechtsstaat.<sup>56</sup> Het begrip rechtsstaat is een dynamisch concept en afhankelijk van verschillende politiek-filosofische begrippen en criteria die men gebruikt om dat concept inhoud te geven. De invulling van het concept is mede afhankelijk van het geschiedkundige tijdsbestek waarin men leeft en de wijze waarop men een maatschappelijke orde en een rechtsorde vorm wil geven.<sup>57</sup> Het gegeven dat een theoretisch concept zich ontwikkelt geldt eveneens voor het legaliteitsbeginsel, waarvan de wortels gevonden kunnen worden in de het gedachtengoed van Montesquieu, Beccaria, Locke en verschillende stromingen in de Verlich-

<sup>54</sup> P.A.M. Mevis, ‘Van opsporing, strafvordering en legaliteit’, *Delikt en Delinkwent* 1990, p. 936-948 en J.M. Reijntjes, *Boef of burger? Over de relatie tussen toezicht en opsporing*, oratie OU, Gouda Quint Arnhem, 1989. Onder ‘vervolging’ wordt hier verstaan ‘het uitlokken van een onderzoek of een beslissing van de strafrechter door een ambtenaar’, G.J.M. Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, diss. UvA, Vermande Zonen Uitgevers, IJmuiden, 1974, p. 19.

<sup>55</sup> Schalken (1984), *a.w.*, p. 165. Het legaliteitsbeginsel betreft zowel instrumentele als rechtsbeschermende aspecten, die beide even zwaar wegen. Vgl. A.C. ’t Hart, ‘Artikel 25 WvW en het legaliteitsbeginsel’, in: Ch.P.A. Scheppaart, e.a. (red.), *Onmacht van de wetgever*, Kluwer, Deventer, 1978, p. 219.

<sup>56</sup> Cleiren (1992), *a.w.*, p. 10 en J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?*, oratie KUB, Gouda Quint Arnhem, 1993, p. 15.

<sup>57</sup> R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, diss. UvA, Tjeenk Willink, Zwolle, 1991, p. 226-229.

ting.<sup>58</sup> Grond- en vrijheidsrechten, vrije en geheime verkiezingen voor democratische besluitvorming en publieke participatie kunnen als criteria worden genoemd om deze begrippen inhoud te geven.<sup>59</sup> Deze criteria staan, op deze manier, in wisselwerking met gelijklopende begrippen die het begrip democratie vorm kunnen geven. In ogenschouw dient te worden gehouden dat deze ontwikkelingen begrepen moeten worden rond centrale staatsrechtelijke vraagstukken met betrekking tot staatsvormen, de staatsinrichting en de wijze waarop de verhouding tussen de Staat, de overheid en burgers vorm wordt gegeven.<sup>60</sup> Dit geldt eveneens voor het legaliteitsbeginsel en de ontwikkeling die het doormaakt en door heeft gemaakt.

In de geschiedkundige trend in de aandacht voor de verhouding tussen burgers en de Staat vanaf de nadagen van het feodalisme blijkt formalisering van verhoudingen middels documenten en verdragen te zijn ingegeven door de wens om materieel de positie van een bepaalde groep (edelen en/of burgers) te versterken.<sup>61</sup> Een eerste voorbeeld hiervan is de Magna Charta van 1215, waarin werd afgerekend met de negatieve uitwassen van het feodale stelsel en dat een belangrijk ijkpunt is in de historische ontwikkeling van de bescherming van de mensenrechten. De tekst werd opgesteld door Engelse baronnen en leden van de clerus, tegen de Engelse koning. Het document telt 63 artikelen, waarvan er vele te maken hebben met feodale rechten en plichten. In sommige artikelen gloren reeds woorden die in de Verlichting niet zouden misstaan. Artikel 20 stelt dat in de rechtspraak de sanctie in evenredigheid moet zijn met het vergrijp. Artikel 40 bevestigt dat recht moet gesproken worden, en dat dit tijdig moet gebeuren: ‘Aan niemand zal gerechtigheid of recht verkocht, ontzegd of verhinderd worden’.<sup>62</sup> Een

<sup>58</sup> P.A.M. Mevis, ‘Introductie, de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht’, in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, SI/EUR, deel 23, Gouda Quint, 2000, p. 6-10, Cesare Beccaria, *Over misdaden en straffen*, met voorwoord van J.M. van Bemmelen, Antwerpen, Zwolle, 1971, Montesquieu, *De L’esprit des Lois* (1798), Ouvres Complètes, texte présenté et annoté par R. Callois, vol II, Paris, 1973, John Locke, *Two treatises on Government*, (1690), Cambridge University Press, 1960.

<sup>59</sup> A.C. ’t Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Gouda Quint, Arnhem, 1994, p. 217-219.

<sup>60</sup> Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, veertiende druk, 2001, p. 3-51. Vgl. J.H. Burns (ed.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought c.350 – c. 1450*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, p. 341-606 en Harold J. Berman, *Law and revolution. The formation of the Western legal tradition*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1983, m.n. *Part II: The formation of secular legal systems*, p. 273-519.

<sup>61</sup> Vgl. omtrent een latere fase in deze ontwikkeling J. van der Meulen, ‘Sir John Eliot. Strijder voor de rechten van het Parlement’, in S. Mok e.a., *Staatswetenschappelijke opstellen aangeboden aan Prof. mr. R. Kranenburg bij zijn aftreden als hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden*, N. Samson N.V., Alphen a/d Rijn, 1948, p. 30-43.

<sup>62</sup> G.R.C. Davis, *Magna Charta*, Revised Edition, British Library, London, 1989 en F.W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1965.

tweede voorbeeld betreft 'Het Plakkaat van Verlatinghe' van 25 juli 1581. Het 'Plakkaat', volgend op de Unie van Utrecht van 1579, is materieel op te vatten als de onafhankelijkheidsverklaring van de Noordelijke Nederlanden (en was een van de inspiratiebronnen van de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring). De Staten-Generaal wijzen Filips II in het 'Plakkaat' op zijn goddelijke verplichting, zijnde hun 'Prince', een 'vader zijnde kinderen ende een herder zijne schapen' te zijn. Hier wordt aldus gesteld dat een heerser zijn onderdanen niet mag onderdrukken, overlasten of (naar willekeur) privilegiën te ontnemen en gehouden is een goed heerser voor zijn onderdanen te zijn. Wordt in deze verplichtingen tekortgeschoten, dan is dit een gerechtvaardigde grond om hem te 'verlaten' en een andere 'Prince' in zijn plaats te benoemen.

Er kunnen verschillende criteria of aandachtspunten genoemd worden om het begrip rechtsstaat invulling te geven. Het legaliteitsbeginsel is er daar één van, naast criteria als bescherming middels grond- (en mensen)rechten, het primaat van het recht, scheiding van machten of ten minste controle door een onafhankelijke rechter, het berusten van het geweldsmonopolie bij de overheid en het vormen van (de aanwezigheid van) een juridische infrastructuur om tot rechtshandhaving over te kunnen gaan.<sup>63</sup> Het legaliteitsbeginsel fungeert daarin als een min of meer formeel criterium, volgens Van der Vlies.<sup>64</sup> Criteria die met betrekking tot democratie geformuleerd kunnen worden zijn eveneens bovenstaande criteria, uitgebreid met onder meer criteria als: een stelsel van vrije en geheime verkiezingen, representativiteit, het afleggen van politieke verantwoording, de spreiding van bevoegdheden, openheid en openbaarheid, controle en inspraak en vrijheid van meningsuiting.<sup>65</sup> Het begrip 'legaliteit' dient mede hierom begrepen te worden in sa-

<sup>63</sup> J.B.J.M. ten Berge, *Besturen door de overheid*, W.E.J. Tjeenk Willink, derde druk, 1998, p. 34-37. Vgl. A.M. Bos, *De geschiedenis van Grondrechten*, Kluwer, Deventer, 1976. Verschillende auteurs wijzen op het verschil tussen formele en materiële democratie. Velaers wijst in dit kader op een paradigmawisseling; totalitaire heersers die via het democratisch proces de macht verwerven maar al vrij spoedig politieke rechten en vrijheden opheffen of beperken waardoor het vertrouwen in democratisch gelegitimeerde macht zo goed als verdwijnt. Het vertrouwen in de formele democratie, wetten van democratisch gekozen nationale parlementen, kan niet alleen het ultieme argument zijn bij de beoordeling van een democratisch systeem en beperkingen op fundamentele rechten en vrijheden. J. Velaers, *De beperking van de vrijheid van meningsuiting*, MAKLU Uitgevers, Antwerpen, 1991, p. 232-234. Zie eveneens A.C. 't Hart (1994), *a.w.*, p. 217-222.

<sup>64</sup> I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, diss. UvA, 's-Gravenhage, 1984, p. 2-4.

<sup>65</sup> Ten Berge (1998), *a.w.*, p. 37-39. Met betrekking tot vrijheid van meningsuiting: EHRM 7 december 1976, *Handyside*, m.n. par. 49. Het EHRM geeft hier aan dat vrijheid van expressie en informatie een uiterst belangrijke pijler vormt voor een democratische rechtsstaat. Het basisprincipe is een maximale vrijheid van meningsuiting en het ongehinderd kunnen doorgeven en ontvangen van informatie, zonder inmenging van overheidswege. Vgl. D. Voorhoof, 'De vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van de ECRM en het EHRM betreffende artikel 10 EVRM', *Mediaforum*, 1994, p. 116-124 en A. Elian, 'Van Jan-

menhang met het begrip ‘legitimiteit’ en mag niet alleen juridisch worden opgevat.<sup>66</sup> De geschiedenis kent voldoende voorbeelden van misbruik van juridische mogelijkheden om een maatschappij naar een bepaalde politieke gezindheid in te richten en dit op alle mogelijke wijzen, al dan niet juridisch, te kunnen behouden.<sup>67</sup> John Austin, uitgaande van de wet als soeverein bevel, gebaseerd op een gemeenschappelijke wil,<sup>68</sup> stelde al dat uit een wet niet kan worden afgeleid dat er een morele gehoorzaamheidsplicht bestaat om aan die wet te gehoorzamen, ondanks dat een wet een verplichting op kan leggen en dientengevolge dat degene die met de handhaving van die wet belast is bevoegd is en in staat is om de niet-naleving van de wettelijke verplichting te sanctioneren. Het bestaan van een wet laat naar zijn mening onverlet dat er verschillen zijn tussen wetten, de morele aanvaardbaarheid daarvan en, daaruit voortvloeiend, de vraag naar aard en omvang van de plicht tot gehoorzaamheid aan de wet.<sup>69</sup>

Resumerend: het legaliteitsbeginsel beoogt het primaat van de wet te vestigen, hetgeen de verschillende componenten van de trias politica, wetgeving, bestuur en rechtspraak, met elkaar verbindt en, ook ten opzichte van elkaar, de taken van de uitvoerende, wetgevende en rechtsprekende

maat tot El Moumni. De discriminatie tussen gewone en heilige meningen’, in: *Justitiële Verkenningen* 3/03, *Vloeken, schelden en schimpen*, WODC/Boom, p. 26 e.v.

<sup>66</sup> Cleiren (1992), *a.w.*, p. 11, waar geschreven wordt dat legaliteit slechts een juridische garantie is die bescherming in een maatschappelijke context mogelijk maakt, A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, diss. RUL, Gouda Quint, D. Brouwer en Zoon, Arnhem, 1968, p. 4-5 en ‘t Hart, (1994), *a.w.*, p. 235-295. Vgl. het verschil tussen *wet* en *recht*. Melai (1968), p. 12-19.

<sup>67</sup> Een voorbeeld van pervertering van een juridisch stelsel van binnenuit: Michael Stolleis, *The Law Under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*, Thomas Dunlap transl., University of Chicago Press, 1998. Zie eveneens Judith N. Shklar, *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge, Mass./London, England, 1986. Voorbeelden van juridische ondersteuning ter handhaving van een politieke status quo: George F. Kennan, ‘Totalitarianism in the Modern World’, in: Carl J. Friedrich (ed.), *Totalitarianism*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1954, p. 20 e.v., C.J.M. Schuyt, *Recht, orde en burgerlijke ongehoorzaamheid*, Univ. Pers Rotterdam, derde druk, 1976, m.n p. 76 e.v. Van den Bergh, (1964), *a.w.*, p. 47-48, waar het gevaar wordt aangestipt van het creëren van een geschiedkundige fictie als motivering voor juridische regelingen. Overigens is het gebruik van mythen om politieke doeleinden te bereiken bepaald geen novum. De praktijk van het sociale leven put uit een mythologisch reservoir vaak haar motivatie en samenhang (G. Rist en F. Sabelli (red.), *Il était une fois le Développement*, Editions d’en bas, Lausanne, 1986 en M-D. Perrot e.a.: *La Mythologie Programmée, L’économie des croyances dans la société moderne*, PUF, Paris, 1992). In de Gouden Eeuw van de Republiek werden mythen in de kunst gebruikt om tot ‘grootse daden’ te stimuleren en een bepaalde moraliteit te ontwikkelen of handhaven. Vgl. het in het Rijksmuseum te bezichtigen doek van Ferdinand Bol waarop Consul Titus Manlius Torquatus zijn zoon laat onthoofden nadat deze, als officier in het leger, een bevel had genegeerd.

<sup>68</sup> Melai (1968), *a.w.*, p. 3-4. Vgl. de kritiek op deze notie door Hägerström, exponent van de Uppsala-stroming binnen het Scandinavische rechtsrealisme, die stelde dat de gemeenschappelijke wil een juridische fictie is. Axel Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Almqvist & Wiksells Boktryckeri Aktiebolag, Uppsala, 1953, p. 18-28.

<sup>69</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, edited by Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, 1995, p. 18-31 en 157-160.

macht verduidelijkt. Daarnaast strekt het legaliteitsbeginsel tot het definiëren van overheidsmacht door de toekenning en het begrenzen van bevoegdheden en de onderworpenheid van de overheid aan het recht.<sup>70</sup> De regels *geen straf zonder wet* en *geen strafbaar feit dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling* zijn een uitvloeisel van dit beginsel. Bescherming tegen arbitrair optreden van de overheid, ‘berekenbaarheid van machtoefening’ en ‘vertrouwen, voorzienbaarheid en berekenbaarheid’<sup>71</sup> en gelijkheid voor en door de wet zijn overwegingen welke uit het beginsel voortvloeien.

### 2.3.2. Het legaliteitsbeginsel in de Grondwet, het Wetboek van Strafrecht en het EVRM

De kernoverweging van het legaliteitsbeginsel zoals verwoord in de artikelen 16 Gw jo. art. 1, eerste lid, Sr luidt dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling. Groenhuijsen leest vier elementen in het gecodificeerde legaliteitsbeginsel van art. 1, eerste lid, Sr. De eerste twee elementen richten zich tot de wetgever, de laatste twee tot de rechterlijke macht. Het eerste element is het verbod om strafbaarstellingen met terugwerkende kracht vast te stellen. Als tweede element wordt het vereiste dat in de delictomschrijving de verboden gedraging duidelijk en precies wordt omschreven genoemd. Ten derde mag de rechter een verdachte niet strafbaar verklaren op grond van ongeschreven (gewoonte)recht en er is, ten vierde een verbod op analoge toepassing van delictomschrijvingen.<sup>72</sup> De wet in formele zin bepaalt de op te leggen straffen, nu er een wettelijke basis vereist is voor straffen, waarmee bepalingen van algemene maatregelen van bestuur en algemeen verbindende voorschriften worden gehandhaafd.

Verschillende verdragen hebben het legaliteitsbeginsel op een bepaalde manier gecodificeerd. Men denke hierbij aan de artikelen 14 Internationale Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten en 7 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM). Deze laatste bepaling wordt hier uitgebreid besproken, vanwege haar grote invloed op het Nederlandse strafrecht. Art. 7 EVRM luidt:

<sup>70</sup> P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht*, oratie EUR, Kluwer, Deventer, 1998, p. 2.

<sup>71</sup> M.S. Groenhuijsen, ‘Legaliteit als probleem’, *Nederlands Juristenblad*, 6 maart 1982, p. 286.

<sup>72</sup> M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen*, oratie KUB, Gouda Quint, Arnhem, 1987, p. 15. Naast de artikelen 16 Gw en 1, eerste lid, Sr, stipuleert art. 89, tweede lid, Gw dat voorschriften, door straffen te handhaven, alleen worden gegeven krachtens de wet. Met de in art. 89 Gw bedoelde besluiten wordt bedoeld op algemene maatregelen van bestuur en algemeen verbindende voorschriften. R.M. van Male, ‘Artikel 89’, in: P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek, *de Grondwet, een artikelsgewijs commentaar*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, tweede druk, 1992, p. 793 e.v.

‘No one shall be held guilty of any criminal offence of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by civilised nations.’

Volgens Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) vloeit uit het doel en de strekking van art. 7 voort dat effectieve bescherming geboden moet worden tegen willekeurige vervolging, veroordeling en bestraffing.<sup>73</sup> Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat art. 7 EVRM aan analoge toepassing van een strafbepaling ten nadele van een verdachte in de weg staat. Het strafbare feit dient ‘clearly defined in law’ te zijn. Aan deze eis is voldaan indien men uit de tekst van de delictsomschrijving, al dan niet in combinatie met relevante jurisprudentie, te weten kan komen of kan weten welke handelingen strafrechtelijke aansprakelijkheid teweeg kunnen brengen:

‘It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy: it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable.’<sup>74</sup>

In verschillende uitspraken heeft het EHRM de woorden ‘prescribed by law’, ‘in accordance with the law’, ‘in accordance with law’ en ‘provided for by law’ uitgelegd en daar eisen aan gesteld.<sup>75</sup> Eveneens concludeert het EHRM dat de term ‘law’ in art. 7 EVRM in alle verdragsbepalingen dezelfde betekenis heeft.<sup>76</sup> De eisen zijn te zien als kwaliteitseisen die aan wet- en regelgeving kunnen worden gesteld. Er dient in de eerste plaats, sprake te zijn van voorzienbaarheid en toegankelijkheid van de strafbepaling. Hiermee wordt bedoeld dat

‘the expression requires firstly that the impugned measures should have a basis in domestic law. It also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and defined with sufficient precision to enable

<sup>73</sup> EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. Kn. (C.R. vs. United Kingdom).

<sup>74</sup> EHRM 25 mei 1993, *Series A*, no. 260-A (Kokkinakis vs Greece) paragraaf 52. Toepassing van nieuwe delictsomschrijvingen in het voordeel van een verdachte is wel toegestaan, zie EHRM 27 september 1995, *NJ* 1996, m.nt. Kn. (G. vs France).

<sup>75</sup> Vgl. onder meer EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146, m.nt. Alkema (Sunday Times) en EHRM 25 februari 1992, *Series A*, no. 226-A (Margaretha and Roger Andersson).

<sup>76</sup> EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. Kn. (C.R. vs. United Kingdom).



them – if need be, with appropriate legal advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. A law which confers a discretion is not in itself inconsistent with this requirement, provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.<sup>77</sup>

Vereist wordt derhalve dat de relevante wetgeving voldoende toegankelijk is, waardoor een justitiabele een redelijkerwijs voorzienbare, voldoende aanwijzing kan hebben of desbetreffende wet- en regelgeving op hem van toepassing is.<sup>78</sup> Indien een norm met voldoende nauwkeurigheid is gepositieerd waardoor de justitiabele in staat is zijn gedrag daarop af te stemmen, wordt deze norm in Straatsburg erkend als rechtsnorm. De justitiabele dient, met behulp van ‘appropriate’ juridisch advies, in staat te zijn de gevolgen te kunnen voorzien die de gedraging teweeg kan brengen. Er wordt getoetst of een veroordeling voorzienbaar is naar aanleiding van een wetstekst of naar aanleiding van de jurisprudentiële uitleg van deze wetstekst.

Een ander vereiste dat gesteld wordt heeft te maken met de rechtsontwikkeling. Het EHRM heeft aangegeven dat een bepaalde mate van rechtsonzekerheid altijd voor zal komen vanwege het belang van aanpassing bij veranderende omstandigheden en het ophelderen van onduidelijkheden in wetgeving:

‘However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the United Kingdom, as in the other Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.’<sup>79</sup>

Hier blijkt het verschil tussen het nationale legaliteitsbeginsel zoals verwoord in art. 16 Grondwet en art. 1 Sr en het legaliteitsbeginsel in het EVRM zoals dat door het EHRM wordt uitgelegd door de interpretatie van het EHRM aan de term ‘prescribed by law’. In deze term omvat het begrip ‘law’ zowel geschreven als ongeschreven recht. In zijn noot onder evengeciteerde uitspraak wijt Knigge de verschillende invulling van het legaliteitsbeginsel op nationaal niveau en op Europees niveau aan het functione-

<sup>77</sup> EHRM 25 februari 1992, *Series A*, no. 226-A (Margaretha and Roger Andersson).

<sup>78</sup> ‘An offence must be clearly defined in the law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it, what acts and omissions will make him liable’, EHRM 25 mei 1993, *Series A*, nr. 260-A, par. 52, *Kokkinakis vs Greece*.

<sup>79</sup> EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1, m.nt. Kn. (*C.R. vs United Kingdom*).

ren van art. 7 EVRM als een de verschillende rechtsstelsels - het continentale en het Angelsaksische rechtsstelsel<sup>80</sup> - overkoepelend artikel, dat door het EHRM zodanig wordt gehanteerd dat de verschillen in de uitspraken verdisconteerd worden, zonder dat er wordt getreden in het uitgangspunt dat de uitleg van de wet voorbehouden is aan nationale autoriteiten, 'notably the courts'. In het kader van het geschreven en het ongeschreven recht worden door het EHRM, zoals hierboven is gebleken, verschillende kwaliteitseisen gesteld. Dit leidt tot de consequentie dat, indien voldaan is aan de eisen van voorzienbaarheid en toegankelijkheid, een justitiabele ook strafbaar kan zijn op basis van gewoonterecht, als complement van 'law'. De strikte eis van een wettelijke regeling, zoals de artikelen 16 Grondwet en 1 Sr deze stellen, wordt niet door art. 7 EVRM gesteld, zolang voldaan is aan de vereiste voorzienbaarheid, toegankelijkheid en de rechtsontwikkeling.

Het bovenstaande geeft aan dat het legaliteitsbeginsel niet enkel en alleen een zaak is van nationaal recht, maar ook van internationaal recht. In het volgende intermezzo wordt aandacht besteedt aan interpretatie en rechtsvinding, waarbij ook aandacht wordt besteedt aan verdragsconforme interpretatie. Ik doe dat omdat later in het onderzoek blijkt dat interpretatie en rechtsvinding ook bij de bijzondere strafuitsluitingsgrond een belangrijke rol in (kunnen) nemen. Het legaliteitsbeginsel, welke inhoud men er ook aan toekent, vereist adequaat wetgevende arbeid ten aanzien van strafbaarstellingen. In dat kader is ook de bijzondere strafuitsluitingsgrond van belang nu het, zo zal blijken, een instrument bij de invulling van de wetgevende opdracht die uit het legaliteitsbeginsel voortvloeit. In zoverre is ook de bijzondere strafuitsluitingsgrond onmisbaar. Echter, de precieze betekenis hangt af van de visie op de inhoud van het legaliteitsbeginsel. De bijzondere strafuitsluitingsgrond zal derhalve eveneens in het licht van de diverse opvattingen daaromtrent moeten worden belicht. Dat verklaart de uiteenzettingen die hierboven en in het hiernavolgende zijn en worden gegeven.

### 2.3.3. Het legaliteitsbeginsel, interpretatie van delictsomschrijvingen en rechtsvinding

Bovenstaande vereisten zijn te duiden als het lex-certa beginsel; het betreffen vereisten waaraan een wettelijke grondslag dient te voldoen. Zoals Van Ommeren terecht opmerkt is het nog maar de vraag of en wanneer een be-

<sup>80</sup> Generaliserend gesteld, gaat het hier om de Continentale - Civil law - en de Angelsaksische - Common law - rechtssystemen en hun verschillende politiek-juridische structuren. Dit brengt met zich mee dat voorzichtigheid moet worden betracht wanneer aan de casuïstiek van het EHRM algemene waarde wordt toegekend. Vgl. R. David, *Les grands systèmes de droit contemporaines*, deuxième édition, Dalloz, Paris, 1966, p. 12-17, K. Zweigert & H. Kötz, *An introduction to comparative law*, Amsterdam, 1977, p. 62.

paling 'clearly defined in law' is.<sup>81</sup> De omvang van de duidelijkheid van de (straf)wet wordt mede bepaald door interpretatie van de bewoording. Zo komt men op een ander terrein: rechtsvinding.

Verschillende ontwikkelingen met betrekking tot rechtsvinding en de daaruit volgende clausulering van de delictsomschrijving - de interpretatieve arbeid van de rechter bepaalt de grenzen van een delictsomschrijving en geeft daarmee het bereik van een delictsomschrijving aan - nopen ertoe aandacht te besteden aan het legaliteitsconcept in het materiële strafrecht. Binnen het materiële strafrecht geldt dat voor bepaalde delicten, indien noodzakelijk, de delictsomschrijving moderner en functioneler wordt uitgelegd, onder meer op basis van veranderde maatschappelijke omstandigheden en inzichten, multiculturaliteit, technologische ontwikkelingen, veranderingen in het dagelijks spraakgebruik en internationalisering.<sup>82</sup> Het betreft hier de clausulering van delictsomschrijvingen door middel van rechtsvinding en interpretatie en aanverwante vraagstukken op internationaalrechtelijk en constitutioneel terrein.

In het materiële strafrecht geldt dat een feit alleen strafbaar is indien het valt onder een wettelijke strafbepaling welke geen terugwerkende kracht heeft. De strafbepaling omvat de delictsomschrijving en, indien daar sprake van is, de overige leden van het artikel waarin de juridische norm (nader) is verwoord. Zo bezien, is een delictsomschrijving op te vatten als een strafrechtelijke operationalisering van het legaliteitsbeginsel. Op basis van een delictsomschrijving worden de verschillende bevoegdheden van de participanten in de strafrechtsketen geactiveerd, althans wanneer er sprake is van een verdenking dat het in een delictsomschrijving geformuleerde gedrag is gepleegd. Een voorbeeld hiervan zijn de verschillende delictsomschrijvingen die genoemd zijn in de artikelen 67 jo. 67a Sv en die als grondslag voor de voorlopige hechtenis de uitoefening van verschillende processuele bevoegdheden mogelijk maken. De rechtstoepasser is gebonden aan de wet en het gezag van de wet, die bepalend zijn voor de inhoud van specifieke rechten, plichten en bevoegdheden.<sup>83</sup> Onder 'rechtstoepasser' wordt in dit

<sup>81</sup> F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst van de geïmpliceerde bevoegdheden?', in *RM Themis* 2002/3, p. 123-137, m.n. p. 126.

<sup>82</sup> Als voorbeelden van deze werkwijze kunnen HR 23-05-1921, *NJ* 1921, 564 (Diefstal van elektriciteit) genoemd worden. HR 28-11-1978, *NJ* 1979, 93 (Deep Throat) betreft een voorbeeld van clausulering van een delictsomschrijving door de vaststelling van de aard en de strekking van de delictsomschrijving. Vgl. G.E. Mulder, 'Vage normen', in: *Naar eer en geweten. Liber Amicorum J. Remmelink*, Gouda Quint, Arnhem, 1987, p. 409-427, D.H. de Jong, 'Zedendelicten: legaliteit, wetshistorie en actualiteit', *Delikt en Delinkwent* 27 (1997), p. 625-630, K. Rozemond, 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *RM Themis*, 1999, p. 117-130 en 'Waar ligt de grens van het legaliteitsbeginsel?', in: Bogert/Kooijmans (red.) (2000), *a.w.*, m.n. p. 38-42, de teksten van Loth en Mevis in dezelfde bundel en de noten van A.C. 't Hart onder HR 18-09-1989, *NJ* 1990, 291 en HR 26-05-1992, *NJ* 1992, 568.

<sup>83</sup> Melai (1968), *a.w.*, p. 71.

proefschrift verstaan: een ieder die vanwege zijn rol in een publiekrechtelijk handhavingssysteem over de bevoegdheid beschikt een bepaalde strafvorderlijke beslissing te nemen of een publiekrechtelijke rechtshandeling te verrichten. Te denken valt hierbij aan opsporingsambtenaren, ambtenaren van het openbaar ministerie, bestuursorganen en leden van de rechterlijke macht.

De wetgever beschikt over de mogelijkheid te kiezen wat hij als ingang voor strafrechtelijke aansprakelijkheid wil, bijvoorbeeld een bepaald gedrag, een rechtsgoed, een motief of een zorgplicht. De wet biedt door middel van de (bestanddelen van een) delictsomschrijving aanknopingspunten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daaruit blijkt het belang van de bewijs- en de kwalificatievraag in het hieronder te beschrijven beslissingsmodel. Het antwoord op de kwalificatievraag in dit beslissingsmodel - dat is de vraag naar de aard en strekking van de delictsomschrijving, de verschillende bestanddelen van de delictsomschrijving en de toepasselijkheid van de delictsomschrijving op bewezenverklaard gedrag - wordt bepaald door twee zaken. In de eerste plaats de formulering van de delictsomschrijving en in de tweede plaats de uitkomst van een rechtsvindingsproces met betrekking tot de delictsomschrijving. In het verlengde hiervan zijn zowel de uiteenzetting van de rechtsvraag als een goede op de casus toegesneden bewijsmotivering van belang om inzicht te verkrijgen in deze processen.

Uit het *lex certa*-vereiste vloeit onder meer voort dat de wetgever verplicht is delicten zo duidelijk mogelijk te omschrijven. Desalniettemin is de mate van rechtszekerheid afhankelijk van de termen die de wetgever in de delictsomschrijving bezigt omdat delictsomschrijvingen soms vage termen bevatten. Een reden voor het gebruik van vage termen in de wet is dat het juist in het belang van de algemene duidelijkheid van de strafwet is, nu het alternatief een te verfijnd en daarom voor de burger onoverzichtelijk wettelijk kader zou kunnen zijn. Een tweede reden kan gelegen zijn in de overweging dat niet altijd te overzien is op welke manier(en) een delictsomschrijving in de toekomst zal worden vervuld. Om dergelijke niet te voorziene gedragingen niet bij voorbaat uit te sluiten van de toepasselijkheid van de strafwet, wordt het aan de rechter overgelaten te bezien of een niet voorziene gedraging onder de werking van de strafwet valt. 'Rechtszekerheid' is derhalve in abstracto afhankelijk van de mate waarin de rechter zijn interpretatieve arbeid als onderdeel van het rechtsvindingsproces uitoefent.<sup>84</sup>

<sup>84</sup> Zie omtrent rechtszekerheid: M.A. Loth, 'Verloren zekerheid. Over vertrouwen en rechtszekerheid in het strafrecht', in; Bogert/ Kooijmans (red.) (2000) en B.M.J. van Klink, 'Bedreigt rechtsvinding de rechtszekerheid? Een kritisch-hermeneutische visie op de rol van de rechter in het materiële strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 7 (2001), p. 684-710.

Eveneens in het geval van gebrek van optreden van de wetgever heeft de rechter de vrijheid en verantwoordelijkheid de juridische norm nader vorm te geven op basis van veranderende inzichten en maatschappelijke ontwikkelingen.<sup>85</sup> De Hullu is van mening dat op basis van de mogelijkheden die het EHRM in zijn rechtspraak biedt, met name middels de formulering ‘for adaptation to changing circumstances’ een nuancering van het analogieverbod of een versterking van extensieve interpretatie mogelijk is.<sup>86</sup> Deze nuancering geschiedt wel onder voorwaarden: er moet sprake zijn van ‘een geleidelijke ontwikkeling, die overeenstemt met de essentie van het delict en redelijkerwijs voorzienbaar is’.<sup>87</sup> Aan de andere kant is het verdedigbaar dat de wetgever het best geëquipeerd is dergelijke veranderingen te signaleren en daarop de voor de maatschappelijk wenselijk te achten reactie te geven. In deze visie blijft de rechter, indien er sprake is van een discrepantie tussen een delictsomschrijving en (veranderde) maatschappelijke opvattingen, in een sterkere mate gebonden aan de wil van de strafwetgever en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Schalken is van mening dat de strafwet de rechter, nu de strafwet de overheid een mogelijkheid biedt om rechtsbelangen van burgers aan te tasten, tot voorzichtigheid noopt buiten de strafwet om, in het voordeel of in het nadeel van een individuele verdachte, beleid te gaan voeren:

‘Weliswaar liggen aan strafrechtelijke bepalingen materiële normen ten grondslag, zodat de kritiek op de strafwet zich in feite richt tot de materiële normstelling, dit kan er niet toe leiden dat bij verschil van mening over handhaving van die norm de strafrechter de wet buiten toepassing mag laten. Het is de wetgever die het bereik van het strafrecht bepaalt. De rechtstoepasser, die door zijn algemene beslissing aan de strafrechtspleging deel te nemen daarmee de verantwoordelijkheid van de wetgever erkent, moet trachten de conformiteit van de burgers aan de rechtsnormen te bevorderen. De vraag hoe *hij zelf* die te handhaven norm *zedelijk* beoordeelt, mag op zijn beleid geen invloed uitoefenen. Niet zijn recht, maar het recht geschiedde’.<sup>88</sup>

Ook Groenhuijsen maant tot voorzichtigheid. Zo staat bijvoorbeeld het analogieverbod er naar zijn mening aan in de weg om extensieve interpretatie van een delictsomschrijving mogelijk te maken.<sup>89</sup> Verschillende straf-

<sup>85</sup> E.Ph. Sutorius, ‘Vrijwillige euthanasie of de gewetensfunctie van een rechtspoliteek conflict’, *Nederlands Juristenblad*, 1984, p. 50-57, met name p. 53-55. En, in de Duitse dogmatiek, de *Freirecht schule*, zoals beschreven in De Lange (1991), *a.w.*, p. 102 e.v.

<sup>86</sup> De Hullu (2003), *a.w.*, p. 101-110. Omtrent het verschil tussen analogie en extensieve interpretatie: Van Klink (2001), *a.w.*, p. 702-704.

<sup>87</sup> Het is moeilijk de grens te trekken tussen analogische en extensieve interpretatie. Om een handvat te kunnen hebben, accordeert De Hullu onder bepaalde omstandigheden extensieve interpretatie, indien deze goed wordt gemotiveerd. Zie eveneens Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, Little, Brown and Company, third edition, 1986, p. 515.

<sup>88</sup> T.M. Schalken, ‘Euthanasie en de rechtspoliteke betekenis van het gewetensconflict’, *Nederlands Juristenblad*, 1984, p. 38-50.

<sup>89</sup> Groenhuijsen (1987), *a.w.*, p. 22-23.

rechtstheoretische en ideeënhistorische concepten zoals het strafbegrip, het schuldbeginnsel en het wetsbegrip, eisen van de strafrechtspraktijk eisen dat legaliteit uitgangspunt is.<sup>90</sup> ‘Legaliteit vertegenwoordigt een complexe, zelfstandige waarde, die náást andere waarden en (deels ongeschreven) normen een plaats verdienen binnen het justitiële systeem’. De strafwet en het legaliteitsbeginnsel gebieden derhalve voorzichtigheid in clausulering van een delictsomschrijving door middel van rechtsvinding en rechtsvorming. De rechter kan onder bevestiging van de algemene norm beleid voeren, maar dient zich bewust te zijn van de implicaties van zijn beslissingen in het licht van het primaat van de wet in een democratische samenleving waar de wetgever geacht wordt criteria te verstrekken voor strafbaarheid en straffeloosheid.

Er kunnen hier twee ideaaltypische posities worden onderscheiden: een min of meer legistische en een min of meer op vrije rechtsvinding gerichte positie. In de eerste positie wordt geen lans gebroken voor het volledig afstand doen van de wet als rechtsbron en uit de tweede positie is ook niet te concluderen dat de rechter slechts de ‘spreekbuis van de wet’ zou zijn. Een keuze voor de uitersten van een van de richtingen (‘puur legisme’ tegenover ‘pure hermeneutiek’) is te maken, maar wordt door niemand bepleit. Wellicht kan er een glijdende schaal tussen de twee polen geconstateerd worden. Het zijn namelijk geen ideaaltypen die elkaar volledig uitsluiten. Beide posities liggen in elkaars verlengde, het is maar net waar ten aanzien van welke rechtsvraag en onder welke omstandigheden<sup>91</sup> de nadruk op gelegd wordt. De mate waarin de rechter aan rechtsvinding ‘doet’ en de mate waarin hij het noodzakelijk vindt min of meer extensief een bestanddeel of een delictsomschrijving te interpreteren is afhankelijk van de hem voorgelegde vraag en de omstandigheden van het geval. Daarnaast kunnen de rechtsvormende taak van de rechter en de daarmee gepaard gaande vrijheid niet tegenover dezelfde taak van de wetgever gesteld worden. Rechterlijke vrijheid is op te vatten als een gebonden vrijheid. Gebonden, vanwege zijn gebondenheid aan de wet (de bewoording van de relevante bepalingen), het systeem van machtscheiding, het recht en de geldende rechtsnormen. Vrijheid, vanwege de keus die de rechter heeft uit de verschillende interpretatiemethoden of typen van rechtsvinding ter beantwoording van het hem voorgelegde probleem. Hierbij kan gedacht worden aan de grammaticale, de wetshistorische, de systematische, de teleologische, de rechtshistorische en de rechtssociologische interpretatiemethoden. Er kan in dit kader gewezen worden op ’t Hart waar hij de kwaliteitseisen die aan een maatschappelijke orde gesteld moeten worden, uitwerkt en stelt dat aan de ene kant de rechtsstaat dient te worden verwezenlijkt en uitgewerkt door demo-

<sup>90</sup> Groenhuijsen (1987), *a.w.*, p. 25-45 en Groenhuijsen, (1982), *a.w.*, p. 282-284.

<sup>91</sup> Vgl. J.F. Nijboer, ‘Rechtsontwikkeling door rechtspraak’, in: J.F. Nijboer e.a. (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1990, p. 60 m.b.t. impasses in wetgeving.

cratische besluitvorming, maar dat anderzijds de rechtsstaat tevens een voorwaarde is voor het kunnen bestaan en functioneren van de democratie.<sup>92</sup> De hieruit voortvloeiende wisselwerking tussen de verschillende constitutionele posities, taken en functies van de wetgever en de rechter dient in dit kader begrepen te worden. Ook De Lange concludeerde eerder dat ‘de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever wordt bepaald door de dynamiek van interpretatiemethoden en beginselen van staatsinrichting’.<sup>93</sup> Uit dergelijke overwegingen blijkt de verbinding tussen de rechtsstaat en het legaliteitsbeginsel als onderdeel daarvan.<sup>94</sup>

Een ander vraagstuk dat hier speelt is de rol van het EVRM in de rechtsontwikkeling. Daarmee betreden we het terrein van de verdragsconforme interpretatie van de strafwet. Hierboven is geconstateerd dat het EVRM het legaliteitsbeginsel minder strikt hanteert dan de Nederlandse wetgever. Rozemond stelt dat het EHRM, in het licht van de adequate bescherming van rechtsgoederen, de mogelijkheid biedt dat rechterlijke interpretatie van delictomschrijvingen in het licht van de aard en de strekking van het strafbare feit plaatsvindt of plaats zou moeten vinden.<sup>95</sup> De band met de bewoordingen van de delictomschrijving is in dit model -extensieve en verdragsconforme interpretatie van delictomschrijvingen door de rechter- minder sterk. Rozemond stelt een *rechtenconceptie* van legaliteit tegenover een *regelconceptie*. In het eerstgenoemde concept staat de rechtsbescherming die een delictomschrijving biedt centraal. De strekking van de wet is voor de bepaling van de rechtsbescherming en de interpretatie van de delictomschrijving belangrijker dan de bewoordingen van de delictomschrijving en de bedoeling van de (vroegere) wetgever. Een regelconceptie impliceert dat delictomschrijvingen door een democratisch gelegitimeerde wetgever vervaardigde regels zijn waarbij de bewoording van de wet en de bedoeling van de wetgever wel voorop staan.<sup>96</sup> Hier is door De Lange tegenin gebracht dat de rechtszekerheid een grens aan verdragsconforme interpretatie dient te stellen: delictomschrijvingen dienen naar zijn mening ‘gebruiksvriendelijk en laagdrempelig’ te zijn, waardoor justitiabelen te weten kunnen komen waar zij aan toe zijn.<sup>97</sup> Indien dit niet mogelijk is, dient de wetgever de condities te scheppen waardoor dit wel mogelijk is. Het verschil van mening tussen enerzijds degenen die menen dat het EVRM de ruimte biedt voor een meer open hantering en anderzijds degenen die het legaliteitsbeginsel strikter opvatten, komt neer op de mate waarin consequenties

<sup>92</sup> 't Hart (1994) *a.w.*, p. 219, 't Hart (1995), *a.w.*, p. 17-20.

<sup>93</sup> De Lange, (1991), *a.w.*, p. 243 en p. 191-217, met name p.211-214.

<sup>94</sup> Vgl. Van Ommeren (2003), *a.w.*, p. 125.

<sup>95</sup> Rozemond (1999), *a.w.*, p. 117-130 en Rozemond (2000), *a.w.*, p. 46-50. Zie, deels in het verlengde hiervan, Loth, (2000), *a.w.*, p. 79-95.

<sup>96</sup> Rozemond (1999), *a.w.*, p.118-119.

<sup>97</sup> R. de Lange, *Concurrente rechtsvorming*, oratie EUR, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1999, p. 15-16.

moeten worden getrokken uit de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot het legaliteitsbeginsel, in samenhang met constitutionele overwegingen met betrekking tot de taakverdeling tussen wetgever en rechter.<sup>98</sup>

Het EVRM-model biedt ruimte voor een meer open opvatting ten aanzien van dit beginsel, waar de nationale invulling strikter is. Een uitspraak hieromtrent is afhankelijk van de visie die men op art. 53 EVRM heeft. Wellicht is het in dit kader momenteel mogelijk om te onderscheiden in twee verschillende legaliteitsmodellen: het nationale en het EHRM-model, met de aantekeningen dat het EHRM-model als minimaal uitgangspunt dient te worden genomen. De beïnvloeding van het nationale recht en het nationale legaliteitsconcept door het EVRM staan eraan in de weg om de twee modellen als ‘min of meer strikt’ (nationaal) en ‘min of meer open’ (EVRM) te omschrijven. Onder omstandigheden kan het EVRM striktere eisen stellen. Ook al stelt het EHRM de eis dat de delictsomschrijving voldoende duidelijk is en dat vage termen nader geconcretiseerd dienen te worden waardoor uiteindelijk in concrete omstandigheden duidelijk is wat de aard en strekking van de delictsomschrijving is, dit zegt nog niets over de wijze waarop en de mate waarin deze concretisering geschiedt of dient te geschieden.

Het legaliteitsbeginsel strekt er naar mijn mening toe een normerend kader te zijn in de interpretatie van delictsomschrijvingen en bestanddelen en het rechtsvindingsproces. Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van art. 1 Sr is in de eerste plaats een beginsel, waaruit voortvloeit dat rechtsvinding en interpretatie een aanvang nemen.<sup>99</sup> Hiermee wordt bedoeld dat de normatieve argumenten die de rechter in zijn interpretatieve arbeid en rechtsvinding ‘vindt’, niet in strijd mogen zijn met de aard en strekking van het concept, ook al is het legaliteitsbeginsel een rechtsbeginsel dat geen permanente, rotsvaste, inhoud heeft, maar beoordeeld dienen te worden in het licht van de geschiedkundige en maatschappelijke context waarin het is ontwikkeld.<sup>100</sup> Dit normerende kader is noodzakelijk teneinde de binding van strafrechtelijke rechtsvinding met grond- en verdragsrechten en andere democratische verworvenheden te behouden. Het kader zelf geeft derhalve beperkingen aan. Hierbij kan worden gedacht aan strafrechtstheoretische

<sup>98</sup> Zie ook Mevis (2000), *a.w.*, p. 33-34. Mevis stelt dat art. 53 EVRM zich verzet tegen Rozemonds opvatting m.b.t. verdragsconforme interpretatie.

<sup>99</sup> E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse Rechtsorde’, in: B. Baardman (red.), *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1988, p. 228-231.

<sup>100</sup> A.C. 't Hart, ‘Het nulla-poena beginsel’, in: A.K. Koekkoek e.a. (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Nijmegen, 1982, p. 342 e.v., Mevis (2000), *a.w.*, p. 2-10. Voor aandacht van het legaliteitsbeginsel als uitvloeisel van de *trias politica*: W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, oratie KUB, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1991 en Melai (1968), *a.w.*, p. 11.



concepten van waaruit de normen en systematiek van het straf(proces)recht vorm wordt gegeven. Zoals later zal blijken, maakt de bijzondere strafuitsluitingsgrond daar onderdeel van uit. Deze beperkingen brengen overigens nog niet met zich mee dat het hier om een ‘gesloten’ concept gaat. De wisselwerking tussen de strafwet en de maatschappij vereist dat een breder normatief kader dan enkel het strafrechtelijke in ogenschouw dient te worden genomen, indien de omstandigheden van het geval dat vereisen. Te denken valt hierbij aan civielrechtelijke of bestuursrechtelijke normen, voor zover deze in bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn opgenomen. Het gaat hier om een contextuele beoordeling van de omstandigheden van het geval waarin ruimte is voor andere normatieve kaders dan het strafrechtelijke. Hier wordt in paragraaf 4.4 op teruggekomen. Daarnaast houdt het legaliteitsbeginsel eveneens een opdracht aan de wetgever in om naar een bepaalde mate van duidelijkheid te streven. Duidelijkheid omtrent de strekking van de strafwet. Binnen deze opdracht neemt, zoals we zullen zien, ook de bijzondere strafuitsluitingsgrond een plaats in.

## **2.4. De structuur van het strafbare feit en het beslissingsmodel**

### 2.4.1. Inleiding

De in de strafrechtsdogmatiek ontwikkelde structuur van het strafbare feit bestaat uit verschillende componenten. Een definitie van het begrip ‘strafbaar feit’ kan materieel of formeel zijn. Een strafbaar feit kan formeel gezien worden als een in de wet strafbaar gestelde gedraging, een feit dat in een wettelijke delictsomschrijving is verwoord. Röling constateerde dat een wettelijke delictsomschrijving niet steeds wederrechtelijkheid of schuld inhoudt.<sup>101</sup> Materieel gezien kan een strafbaar feit gezien worden als de formele definitie, met daaraan gekoppeld de concepten van wederrechtelijk en schuld. De materiële definitie is derhalve ruimer. In de huidige dogmatiek bestaat de structuur van het strafbare feit uit een gedraging, die binnen een wettelijke delictsomschrijving valt, die wederrechtelijk is en aan schuld is te wijten. De componenten van het strafbare feit worden in paragraaf 2.4.2 kort besproken. Hierna is er in paragraaf 2.4.3 aandacht voor het beslissingsmodel.

### 2.4.2. De structuur van het strafbare feit

Een strafbaar feit kan omschreven worden als het bewezenverklaarde feit dat door de rechter als strafbaar gedrag van een bepaald persoon die ook deswege strafbaar is, is gekwalificeerd. In de strafrechtsdogmatiek wordt

<sup>101</sup> B.V.A. Röling, ‘Opmerkingen over het subsociale als element van het strafbaar feit’, *Tijdschrift voor Strafrecht*, Deel LXII (1953), p. 261.

een onderscheid gemaakt tussen de bestanddelen en de elementen van een strafbaar feit. Bestanddelen zijn de verschillende onderdelen van een delictsomschrijving die gezien worden als de specifiek - delictsafhankelijke - geformuleerde voorwaarden voor strafbaarheid.<sup>102</sup> Elementen zijn te zien als de algemene voorwaarden voor strafbaarheid die voor ieder delict gelden en die verondersteld worden aanwezig te zijn.<sup>103</sup> Schuld en wederrechtelijkheid worden derhalve als elementen van het strafbare feit gezien, voor zover deze niet in (een formulering in) bestanddelen van de delictsomschrijving zijn opgenomen. Knigge is van mening dat deze dogmatische constructie ‘voortvloeit uit de gelede vraagstelling waartoe het bewijsrecht dwingt. De structuur van het strafbare feit weerspiegelt als het ware de structuur van de rechterlijke besluitvorming’.<sup>104</sup>

In de eerste plaats staat er een *gedraging* centraal, een begrip dat zowel een handelen als een nalaten omvat.<sup>105</sup> De vaststelling van een gedraging is iets anders dan de vaststelling van de relatie tussen de gedraging en de schade die uit de gedraging voortvloeit. In het voorgaande is vastgesteld dat uit het legaliteitsbeginsel mede voortvloeit dat in delictsomschrijvingen niet enkel en alleen een gedraging wordt omschreven, maar ook een of meer bestanddelen de gedraging specificeren. Werd in het klassieke strafrecht nog uitgegaan van de gewilde spierbeweging,<sup>106</sup> thans gaat het mede om de waardering van gedrag dat een bepaald effect tot gevolg heeft of tot gevolg kan hebben. De Hullu stelt dat het gaat om de inhoud van de gedraging, de effecten daarvan en de omstandigheden waaronder een en ander plaatsvond, welke verwoord worden in de bestanddelen van een delict.<sup>107</sup> Nieboer spreekt van een gedraging als ware het een extrasystematisch begrip: de gedraging ‘als menselijke houding’ kent verschillende facetten en is daardoor met een vakwetenschappelijke benadering - een benadering die zich op een enkel facet richt en daardoor genoodzaakt is reducties aan te brengen - moeilijk grijpbaar. De gedraging wordt hierdoor een ‘vóór-juridisch fenomeen’. Het gevolg hiervan is dat de ‘gedragingsleer’ zoals deze wordt gehanteerd een opening zou bieden voor beschouwingen die niet strafrech-

<sup>102</sup> Waar in het vervolg van het onderzoek met betrekking tot de bijzondere strafuitsluitingsgronden over ‘bestanddelen’ wordt gesproken, betreft het de onderdelen van de bepaling. De term ‘bestanddeel’ als voorwaarde voor strafbaarheid wordt dan als het ware gezien als voorwaarde voor de toepassing van de bijzondere strafuitsluitingsgrond.

<sup>103</sup> J.M. van Bemmelen en Th.W. van Veen, *Het materiële strafrecht, Algemeen deel* bewerkt door D.H. de Jong en G. Knigge, Gouda Quint, Arnhem, 1995, p. 51-52.

<sup>104</sup> Knigge (1993), *a.w.*, p. 5.

<sup>105</sup> *Kamerstukken II*, 1878-1879, 110, nr. 3, p. 41. Het op deze manier opvatten van gedrag kan tot problemen leiden. De Hullu noemt als voorbeelden de eigenlijke en oneigenlijke omissie-delicten. De Hullu (1993), *a.w.*, p. 21.

<sup>106</sup> Hieromtrent: M.S. Pols, ‘Het begrip strafbare handeling. Bijdrage tot de leer van opzet en schuld’, in: Buruma (1999), *a.w.*, p. 179-190, met name p.182-183.

<sup>107</sup> De Hullu (1993), *a.w.*, p. 22-23.

telijk zijn.<sup>108</sup> Ten tweede is er de relatie met de delictsomschrijving. ‘Val-  
lend onder een delictsomschrijving’ is een conclusie en als zodanig een po-  
sitief antwoord op de vraag naar het verband tussen het handelen (de ge-  
draging) met de verschillende bestanddelen van de delictsomschrijving. De  
bestanddelen van de delictsomschrijving dekken de gedraging. Dit verwijst  
naar de wijze waarop een delictsomschrijving is geformuleerd. Zo kan er in  
een delictsomschrijving sprake zijn van een gedraging (een doen of nala-  
ten), het teweeg brengen van een gevolg, de aanwezigheid van subjectieve  
(de dader betreffende en aan opzet en schuld gerelateerde<sup>109</sup>) en objectieve  
(het feit betreffende) bestanddelen, bijkomende voorwaarden van straf-  
baarheid (omstandigheden die intreden nadat het in de delictsomschrijving  
omschreven gedrag heeft plaatsgevonden), etc.<sup>110</sup>

De gedraging dient wederrechtelijk te zijn. Zonder wederrechtelijk-  
heid kan er geen sprake zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid omdat,  
zo is de veronderstelling, het (bewezenverklaarde) gedrag niet strijdig is  
met een materiële norm. De vraag hierbij is of de onder de delictsomschrij-  
ving vallende gedraging daadwerkelijk het rechtsgoed schendt dat door de  
delictsomschrijving wordt beschermd. ‘Wederrechtelijk’ wordt opgevat als  
‘in strijd met het recht’. Kelk noemt wederrechtelijkheid ‘veeleer een al-  
gemeen normatief dan een specifiek juridisch begrip’, ‘het normoverschrij-  
dend karakter van een delictsomschrijving’, dat als ‘een stilzwijgend ele-  
ment’ verondersteld wordt in elke delictsomschrijving aanwezig te zijn.<sup>111</sup>  
Van Veen heeft betoogd dat wederrechtelijkheid, voor zover die in een de-  
lictsomschrijving als bestanddeel is opgenomen, delictspecifiek dient te  
worden opgevat. Wederrechtelijkheid zou in deze visie niet altijd dezelfde  
betekenis hebben. Uit het verband waarin wederrechtelijkheid als bestand-  
deel wordt gebruikt, zou blijken dat de wetgever ofwel de werking van de  
delictsomschrijving wil beperken ofwel het delict nader wenst te typeren:  
‘Uit het verband waarin het wordt gebruikt, uit de bedoeling van de wetge-  
ver, is dikwijls af te leiden welke speciale betekenis aan het woord wede-  
rechtelijk moet worden gehecht: zonder verlof, zonder eigen recht, tegen de  
wil van een ander die gerechtigd is, tegen het recht’. Wederrechtelijkheid  
als element zou dan in alle gevallen hetzelfde betekenen: ‘onrechtmatig’ of  
‘in strijd met het recht’.<sup>112</sup> Indien de wederrechtelijkheid weg valt, valt  
daarmee de strafbaarheid van het feit weg.

<sup>108</sup> W. Nieboer, ‘Strafrechtelijke zorgplichten’, in: J.P. Balkema e.a. (red.): *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Gouda Quint, Arnhem, 1985, p. 255 e.v. en *Schets materieel strafrecht*, Arnhem, 1991, p. 63.

<sup>109</sup> Bestanddelen met een psychische inslag zoals *oogmerk* of *onachtzaamheid*.

<sup>110</sup> Hazewinkel-Suringa/Rommelink (1996), a.w., p. 132-137.

<sup>111</sup> Kelk (1998), p. 117 – 121.

<sup>112</sup> Th.W. van Veen, ‘Facet-wederrechtelijkheid’, *Nederlands Juristenblad*, 1972, p. 466-469. De rechtspraak biedt echter geen aanknopingspunten voor deze visie. Vgl. Kelk (2001), a.w., p. 125 e.v.

Ten slotte moet de handeling aan schuld te wijten zijn. De vraag hier is of de dader de handeling, welke valt binnen een delictsomschrijving, een handeling die wederrechtelijk is, valt te verwijten. Indien de schuld wegvalt, komt de strafbaarheid van de dader te vervallen. Schuld bestaat uit verschillende gradaties waardoor kennis van de mate van schuld met betrekking tot een bepaalde gedraging relevant is voor een oordeel daaromtrent.<sup>113</sup> De uitersten van de gradaties zijn *dolus*, het willens en wetens, bewust, vervullen van bestanddelen van een delictsomschrijving en *culpa*, het niet of onvoldoende voorzien hebben van de gevolgen van de gedraging.<sup>114</sup>

### 2.4.3. Het strafvorderlijk beslissingsmodel

Het Wetboek van Strafvordering vereist dat de rechter na de sluiting van het onderzoek op de terechtzitting op grondslag van de tenlastelegging antwoord geeft op een reeks vragen die in een vaststaande volgorde dienen te worden beantwoord en zijn neergelegd in art. 348 respectievelijk 350 Sv. De eerste serie vragen is van formele aard. Deze vragen worden formele of vóórvragen genoemd omdat, indien de rechter niet toekomt aan een volgende vraag van dit artikel of de eerste vraag van art. 350 Sv, nog niets is beslist omtrent het feit. Blijkens art. 348 Sv onderzoekt de rechter in de eerste plaats de geldigheid van de dagvaarding, vervolgens zijn bevoegdheid tot kennisneming van het tenlastegelegde feit, gevolgd door een onderzoek naar de ontvankelijkheid van de officier van justitie. Ten slotte dient de rechter te onderzoeken of er redenen zijn voor de schorsing van de vervolging.

De beantwoording van deze voorvragen geschiedt op basis van art. 349 jo. 358, eerste lid, Sv. Indien het onderzoek op de terechtzitting daartoe aanleiding geeft, kan de rechter de dagvaarding nietig verklaren,<sup>115</sup> de onbevoegdheid van de rechtbank uitspreken, de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaren<sup>116</sup> of de vervolging schorsen.<sup>117</sup> Ingevolge art. 350 Sv geldt, dat indien het onderzoek ex art. 348 Sv niet tot gevolg heeft dat artikel 349, eerste lid, Sv is toegepast, de rechter op grondslag van de tenlastelegging beraadslaagt en naar aanleiding van het onderzoek op de te-

<sup>113</sup> S.I. Politoff, F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Monografieën strafrecht, 2<sup>de</sup> druk, Gouda Quint, Arnhem, 1991, p. 95 e.v.

<sup>114</sup> Hazewinkel-Suringa/Rommelink (1994), *a.w.*, p. 191 e.v.

<sup>115</sup> Vgl. de artikelen 258-267 Sv. F.A.J. Koopmans, *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv*, zevende herziene druk, Gouda Quint Deventer, 1999, p. 8-18.

<sup>116</sup> De ontvankelijkheid van de officier van justitie is afhankelijk van het bestaan van een recht tot strafvordering. Zie met betrekking tot de plaats van het feit en volkenrechtelijke uitsluiting de artikelen 2-7 Sr. Andere redenen die de ontvankelijkheid van de officier van justitie kunnen raken zijn bijvoorbeeld gelegen in schending van beginselen van behoorlijke procesorde, het gebruik van buitenwettelijke opsporingsmethoden. Vgl. HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249 en HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376 m.nt. YB.

<sup>117</sup> Zie de artikelen 14-20 Sv voor de verschillende schorsingsgronden.

rechtzitting in de eerste plaats beslist over de vraag of bewezen is dat het tenlastegelegde feit door de verdachte is begaan. In deze vraag komt de strekking van de delictsomschrijving en de bestanddelen aan de orde, alsmede de verwijtbaarheid en de wederrechtelijkheid als element. De rechter dient wettig en overtuigend aan te tonen ‘dat in redelijkheid niet kan worden getwijfeld aan de juistheid van het verwijt, zoals dat uitdrukking heeft gekregen in de tenlastelegging, dat de verdachte kan worden gemaakt’.<sup>118</sup> Het bewijs dat de verdachte het hem tenlastegelegde heeft begaan kan door de rechter alleen worden aangenomen indien deze daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door de inhoud van de limitatief in de wet omschreven bewijsmiddelen de overtuiging heeft verkregen. Door deze twee vereisten (wettig bewijs en rechterlijke overtuiging) wordt aangenomen dat het Nederlandse strafproces een negatief-wettelijk bewijsrecht kent. Indien het ten laste gelegde feit niet bewezen kan worden verklaard, volgt ex art. 352, eerste lid, Sv de vrijspraak van de verdachte.

Indien het feit bewezen verklaard is, wordt vervolgens onderzocht welk strafbaar feit het bewezenverklaarde oplevert. Blok en Besier menen dat deze vraag twee beslismomenten omvat, de eerste met betrekking tot de strafbaarheid van het feit, de tweede met betrekking tot de formulering van de delictsomschrijving. ‘De beantwoording van deze vragen valt echter weer samen omdat de strafwet slechts aan strafbare feiten een benaming geeft’.<sup>119</sup> Dit is de kwalificatie van het bewezenverklaarde feit. De rechter onderzoekt of het bewezenverklaarde feit als een strafbaar feit onder een wettelijke, toepasselijke en verbindende delictsomschrijving valt. De inhoud van het bewezenverklaarde bepaalt onder welke delictsomschrijving de bewezenverklaring valt. Om het feit te kunnen kwalificeren dient derhalve de bewezenverklaring aan alle bestanddelen van een delictsomschrijving te voldoen.<sup>120</sup> Voorts mag een delictsomschrijving niet in strijd zijn met een hogere regeling.<sup>121</sup> De delictsomschrijving dient geldig te zijn en niet te worden verdrongen door een *lex specialis*.<sup>122</sup> Als de rechter het feit niet kan kwalificeren dan gebiedt art. 352, tweede lid, Sv dat de verdachte wordt ontslagen van rechtsvervolging.

Na bewezenverklaring en kwalificatie van het feit als strafbaar feit dient de rechter een beslissing te nemen omtrent de strafbaarheid van de

<sup>118</sup> Corstens (2002), *a.w.*, p. 614.

<sup>119</sup> A.J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Tweede Deel, H.D. Tjeenk Willink & Zoon, Haarlem, 1925, p. 179.

<sup>120</sup> Idem: C.M. Pelser, *De naam van het feit. Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken*, diss. Leiden, Gouda Quint, Arnhem, 1995, p. 7.

<sup>121</sup> Vgl. de artikelen 120 en 94 Grondwet.

<sup>122</sup> Art 55, tweede lid, Sr. In geval van verandering van wetgeving kan onder omstandigheden volgens die wetgeving worden gekwalificeerd. Zie Corstens (2002), *a.w.*, p. 600-601 en 675-676 en Pelser (1995), *a.w.*, p. 188-190.

verdachte.<sup>123</sup> Mocht het aannemelijk zijn dat er zich feiten en omstandigheden hebben voorgedaan die een rechtvaardigingsgrond of een schulditsluitingsgrond opleveren, dan volgt ook hier uit art. 352, tweede lid, Sv een ontslag van rechtsvervolging. De strafuitsluitingsgronden van de artikelen 39 - 43 Sr richten zich tot het opheffen van de strafbaarheid van de dader.<sup>124</sup> Indien de rechter eraan toekomt kan hij een wettelijke straf en/of maatregel opleggen. Indien een verweer omtrent de toepasselijkheid van een strafuitsluitingsgrond niet aannemelijk is geworden, beschikt de rechter ex art. 9a Sr over de mogelijkheid om schuldig te verklaren zonder strafoplegging indien hij dit raadzaam acht in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan, dan wel omstandigheden die zich nadien hebben voorgedaan.<sup>125</sup>

De beraadslaging en de genomen beslissingen worden in een vonnis vastgelegd, waarvan de inhoud ex art. 362 Sv bij de uitspraak mondeling wordt medegedeeld op een openbare zitting. De artikelen 357-361a Sv behelzen de verschillende eisen waaraan een vonnis dient te voldoen. Ex art. 358, eerste lid, Sv wordt de beantwoording van vraagpunten uit art. 348 Sv enkel opgenomen in de gevallen genoemd in art. 349, eerste lid, Sv. Indien de vragen met betrekking tot de geldigheid van de dagvaarding, de bevoegdheid van de rechtbank en de ontvankelijkheid van de officier van justitie bevestigd en de vraag betreffende de schorsing van de vervolging ontkenkend worden beantwoord, vermeldt het vonnis ex art. 358, tweede lid, Sv, enkel de verschillende beslissingen op de hoofdvragen van art. 350 Sv. Dit is blijkens art. 358, derde lid, Sv anders indien de verdachte een verweer heeft gevoerd dat strekt tot de toepassing van art. 349, eerste lid, Sv. In een dergelijk geval moet bij het verwerpen van het verweer het vonnis daaromtrent bepaaldelijk een beslissing geven, zie eveneens art. 359 tweede lid, Sv. Deze verplichting geldt eveneens indien er een kwalificatieverweer of een verweer dat er sprake is van een strafvermindingsgrond of een strafuitsluitingsgrond gevoerd is.

In het bovenstaande is het strafvorderlijk beslissingsmodel van de artikelen 348/350 Sv geschetst. De positie van de algemene strafuitsluitingsgronden in dat beslissingsmodel is eveneens verduidelijkt. In deze paragraaf worden de verschillende algemene strafuitsluitingsgronden besproken.

<sup>123</sup> J.M. van Bemmelen, *Strafvordering. Leerboek van het Nederlandse strafprocesrecht*, zesde herziene druk, Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage, 1957, p. 389-390.

<sup>124</sup> Th.W. van Veen, 'Ongeschreven strafuitsluitingsgronden', *Delikt en Delinkwent* 1978, p. 511.

<sup>125</sup> Vgl. uitgebreider, T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel*, diss. EUR, SI/Gouda Quint, 2002, p. 49 e.v.

## 2.5. Algemene strafuitsluitingsgronden

### 2.5.1. Strafuitsluitingsgronden: rechtvaardigingsgronden en schulditsluitingsgronden

De algemene strafuitsluitingsgronden betreffen uitzonderlijke, deels feitelijke, omstandigheden. De rechter mag ervan uit gaan dat deze zich niet hebben voorgedaan totdat het hem aannemelijk voorkomt dat dit wel het geval is. De wetgever van 1886 was tamelijk summier over algemene strafuitsluitingsgronden. In de memorie van toelichting van het Wetboek van Strafrecht van 1886 wordt bij de ‘Titel betreffende uitsluiting van strafbaarheid’ gesteld dat er geen strafrechtelijke verantwoordelijkheid is zonder toerekenbaarheid van het feit aan de dader. In het verlengde hiervan is er geen toerekenbaarheid waar ofwel de vrijheid van handelen, de keus van het doen of het laten van wat de wet gebiedt of verbiedt, is uitgesloten ofwel indien de dader in een zodanige toestand zou verkeren dat hij het ongeoorloofde van zijn handeling niet kon beseffen en de gevolgen hiervan niet kon overzien. De toerekenbaarheid kon volgens de wetgever ontbreken wegens inwendige of uitwendige oorzaken, respectievelijk oorzaken die ‘in den deelnemer aan het strafbare feit zelven aanwezig zijn’ en in de tweede plaats wegens ‘van buiten aangebracht oorzaken’.<sup>126</sup> De strafrechtsdogmatiek heeft de algemene strafuitsluitingsgronden onderscheiden in rechtvaardigingsgronden en schulditsluitingsgronden. Dit onderscheid is via de Duitse dogmatiek in de strafrechtswetenschap geïntroduceerd, via de visie dat wederrechtelijkheid een element van het strafbare feit is.<sup>127</sup>

Indien er sprake is van een rechtvaardigingsgrond wordt de handeling van de verdachte rechtmatig of geoorloofd geacht. Degene wiens handelen een onder een delictsomschrijving vallende handeling betreft terwijl op zijn handelen een rechtvaardigingsgrond van toepassing wordt geacht, handelde geoorloofd of rechtmatig. Rechtvaardigingsgronden behouden het contact tussen de norm en de delictsomschrijving en functioneren derhalve als correctief op (te) algemene bewoordingen van delictsomschrijvingen waardoor feiten in speciale omstandigheden het karakter van onrechtmatigheid verliezen. De rechtsnorm wordt dan niet geschonden geacht. Beslissingen met betrekking tot rechtvaardigingsgronden worden daarom een sterke precedentwerking met betrekking tot de handeling toegeschreven: de strafuitsluiting is op alle gelijklopende gevallen van toepassing. Rechtvaardigingsgronden sluiten de strafbaarheid van het feit uit door de wederrechtelijkheid van de handeling uit te sluiten. Hieruit blijkt dat zij een normerend karakter hebben, nu zij omstandigheden verstrekken op basis waarvan een

<sup>126</sup> *Kamerstukken II*, 1878-1879, 110, nr. 3, p. 63 e.v.

<sup>127</sup> Zie hieromtrent de eerdergenoemde dissertatie van Vermunt, die in het vierde hoofdstuk nader zal worden besproken.

delictsomschrijving overtreden mag worden. De rechtvaardigingsgrond heeft twee functies die door Van Rest als volgt worden geformuleerd: ‘Ten eerste bieden zij de rechter een handvat bij de beoordeling van de vraag of de verdachte wederechtelijk heeft gehandeld. Ten tweede bieden de wettelijke rechtvaardigingsgronden de verdachte enige bescherming: de wetgever heeft aangegeven wanneer de wederrechtelijkheid in ieder geval ontbreekt en de verdachte dus straffeloos is’.<sup>128</sup>

Als blijkt dat een schulduitsluitingsgrond van toepassing is, blijft de daad zelf echter onrechtmatig of ongeoorloofd, maar wordt de strafbaarheid van de dader uitgesloten. De rechtsnorm wordt wel geschonden geacht, doch de dader gaat subjectief vrijuit. Niet de daad, doch de dader wordt geëxcuseerd, waardoor de precedentwerking een minder vergaand karakter heeft dan bij rechtvaardigingsgronden. Bij een schulduitsluitingsgrond behoudt de in de delictsomschrijving tot uitdrukking komende rechtsnorm haar gelding, maar wordt de dader niets verweten. Schulduitsluitingsgronden betreffen derhalve de toerekeningsvatbaarheid, de keuzevrijheid van het handelen met betrekking tot onrechtmatig gedrag, de vrijheid tot - vrije - wilsbepaling van de dader. Het onderscheid van de verschillende algemene strafuitsluitingsgronden in rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden die de strafrechtsdogmatiek heeft ontwikkeld is niet door de wetgever van 1886 voorgestaan. R Emmelink betoogde dat de wetgever ‘een legalistisch-psychologisch gesloten systeem (wilde) opzetten, waarin voor noties als schuld in de zin van verwijtbaarheid en voor onrecht buiten de in de wet geregelde gevallen geen plaats was’, maar ziet er wel een meerwaarde in om te blijven onderscheiden tussen gedrag dat ‘objectief onaanvaardbaar is en deswege in beginsel ook verwijtbaar is, *èn* gedrag dat eveneens tegen de algemene norm indruist (...) doch dat gelet op de concrete situatie desondanks niet-verwijtbaar (vergeeflijk) is, omdat de dader in kwestie dat niet of nauwelijks kon’.<sup>129</sup>

Van Veen is van mening dat de wetgever de in de strafrechtsdogmatiek ontwikkelde tweedeling van de strafuitsluitingsgronden niet beoogde en de dogmatiek en de rechter de ruimte heeft willen geven.<sup>130</sup> De ruime feitelijke strafuitsluitende omstandigheden die de wetgever voor ogen had zijn door de strafrechtsdogmatiek gekoppeld aan de elementen schuld en wederrechtelijkheid. Anders gezegd: de strafuitsluitingsgronden zijn gekoppeld aan elementen van een delictsomschrijving, terwijl de strafuitsluitingsgronden ook, al naar gelang het tijdsbestek, ruim of eng kunnen worden uitgelegd als op zichzelf staande bepalingen, los van een delictsomschrijving.

<sup>128</sup> P.H.S. van Rest, *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond. Beschouwingen over art. 43 Sr*, diss. RUG, Gouda Quint Arnhem, 1991, p. 160 e.v.

<sup>129</sup> Hazewinkel-Suringa/R Emmelink (1996), *a.w.*, p. 267-268.

<sup>130</sup> Van Veen (1986), *a.w.*, p. 350.



De koppeling had volgens Van Veen een systematiek van strafuitsluitingsgronden tot gevolg waarbinnen te zware eisen werden gesteld aan het aannemen van een strafuitsluitingsgrond, terwijl de wetgever een ruimhartiger gebruik van de strafuitsluitingsgronden voor ogen heeft gestaan.<sup>131</sup>

Rest nog de opmerking dat blijkens art. 50 Sr de persoonlijke omstandigheden waardoor de strafbaarheid is uitgesloten, verminderd of verhoogd worden, bij de toepassing van de strafwet alleen in aanmerking komen ten aanzien van de dader of medeplichtige wie zij persoonlijk betreffen. Betreffen strafuitsluitende omstandigheden een dader persoonlijk, omdat er sprake is van een schulduitsluitingsgrond, dan hebben deze omstandigheden geen betekenis ten opzichte van eventuele deelnemers. Zijn echter de strafuitsluitende omstandigheden onpersoonlijk, bij het aannemen van een rechtvaardigingsgrond, dan gelden deze wel ten opzichte van eventuele deelnemers.

## 2.5.2. Wettelijke en buitenwettelijke algemene strafuitsluitingsgronden

In deze paragraaf worden de verschillende wettelijke en buitenwettelijke strafuitsluitingsgronden besproken. Daar dit onderzoek zich primair richt op de bijzondere strafuitsluitingsgronden is dit niet de plaats voor een uitgebreide bespreking van de ontwikkeling van de algemene strafuitsluitingsgronden. Toch ga ik er kort op in. Een korte bespreking van de algemene strafuitsluitingsgronden heeft namelijk een functie met betrekking tot het later te behandelen verschil tussen de algemene strafuitsluitingsgrond en de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Via deze bespreking wordt een beeld gegeven van de inhoud van de algemene strafuitsluitingsgronden.

De wettelijke algemene strafuitsluitingsgronden zijn de strafuitsluitingsgronden die hun neerslag hebben gevonden in Titel III van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafrecht. De algemene buitenwettelijke strafuitsluitingsgrond is de strafuitsluitingsgrond die door de jurisprudentie is geïntroduceerd. De wettelijke algemene strafuitsluitingsgronden zijn: ontoerekeningsvatbaarheid, overmacht, noodweer en noodweereces, uitvoering van een wettelijk voorschrift en de uitvoering van een (on)bevoegd ambtelijk bevel. De buitenwettelijke algemene strafuitsluitingsgronden zullen uitgebreider besproken worden, deze inzichten bevatten die van belang zijn voor de conceptualisering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond.

<sup>131</sup> Van Veen (1986), *a.w.*, p. 352-353 en 359-361 en Van Veen (1978), *a.w.*, p. 512-513 en 522. Dit gold volgens Van Veen enkel voor de algemene strafuitsluitingsgronden, niet voor de bijzondere strafuitsluitingsgronden, die in het derde hoofdstuk besproken en in het vierde hoofdstuk geconceptualiseerd zullen worden, ten aanzien waarvan Van Veen van mening is dat deze dogmatisch gezien ten onrechte op één lijn zijn gesteld met de algemene strafuitsluitingsgronden.

## *De buitenwettelijke strafuitsluitingsgrond: Afwezigheid van alle schuld*

In het Melk en water-arrest uit 1916<sup>132</sup> werd het leerstuk van de afwezigheid van alle schuld in de jurisprudentie geïntroduceerd, toen de Hoge Raad bepaalde dat ‘toch niets, bepaaldelijk niet de geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, er toe dwingt om aan te nemen, dat bij het niet-vermelden van schuld als element in de omschrijving van een strafbaar feit, in het bijzonder van een overtreding, onze wetgever het stelsel huldigt, dat bij gebleken afwezigheid van alle schuld niettemin strafbaarheid zou moeten worden aangenomen, tenzij er een grond tot uitsluiting daarvan in de wet mocht zijn aangewezen; dat om deze tegen het rechtsgevoel en het – ook in ons strafrecht gehuldigde – beginsel ‘geen straf zonder schuld’ indruisende leer te aanvaarden, de noodzakelijkheid daarvan uitdrukkelijk uit de omschrijving van het strafbare feit zou moeten volgen, hetgeen ten deze niet het geval is’. Uit de bewoording van deze algemene buitenwettelijke strafuitsluitingsgrond blijkt dat een beroep hierop streng dient te worden of wordt beoordeeld. Het schuldelement komt bij aanvaarding van deze strafuitsluitingsgrond te vervallen.<sup>133</sup> Het aanvaarden van een beroep op avas vereist de constatering van afwezigheid van vrijwel alle schuld.<sup>134</sup>

Remmelink heeft betoogd dat avas een verzamelbegrip is voor drie gevallen: 1) bijzondere gevallen (situaties van verontschuldigbare onmacht, zoals medicatie), 2) error facti (dwaling ten aanzien van de feiten, bijvoorbeeld in het geval van misleiding of verkeerde voorlichting) en error juris (dwaling ten aanzien van het recht, zoals bijvoorbeeld onbekendheid met ge- en verboden of na verkeerd juridisch advies te hebben verkregen<sup>135</sup>).<sup>136</sup> Van Veen schrijft dat een beroep op deze strafuitsluitingsgrond in twee categorieën uiteen zou vallen en wijst op de processuele consequenties. De eerste categorie betreft de afwezigheid van alle schuld ten aanzien van de wederrechtelijkheid, waarmee bedoeld wordt op het kunnen en moeten weten welk gedrag al dan niet strafbaar is. Het ontbreken van elke wederrechtelijkheid ‘leidt alleen tot straffeloosheid als de gedraging eigenlijk niet onder de delictsomschrijving valt en een interpretatie van de delictsbestanddelen in de geest, waarin de wetgever de bepaling moet hebben bedoeld, tot vrijspraak zou leiden’. De tweede categorie zou uiteenvallen in afwezigheid van alle schuld ten aanzien van de feiten (een ontkenning van alle schuld) en afwezigheid van alle schuld als exceptie (afwezigheid van voldoende strafwaardige schuld). De procesrechtelijke consequentie van het

<sup>132</sup> HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681. Zie hieromtrent Politoff/Koopmans (1991), *a.w.*, p. 82-84.

<sup>133</sup> Enschedé (2000), *a.w.*, p. 161-162.

<sup>134</sup> Vgl. Hazewinkel-Suringa/Remmelink (1996), *a.w.*, p. 374 e.v., Politoff/Koopmans (1991), *a.w.*, p. 157-163.

<sup>135</sup> HR 22 november 1949, *NJ* 1950, 180 m.nt. B.V.A.R. (Motorpapieren).

<sup>136</sup> Hazewinkel-Suringa/Remmelink (1996), *a.w.*, p. 372 e.v.

aannemen van een avas-verweer waarin schuld wordt ontkend zou vrij-spraak dienen te zijn. Immers: ‘Wanneer de feiten, waarop de ontkenning van schuld steunt, niet in het bewijs, waarop de bewezenverklaring steunt, worden weersproken, dient de rechter die feiten afzonderlijk te weerleggen in zijn vonnis’. Er zou echter alleen behoefte zijn aan de eerste categorie nu onder overmacht ook de innerlijke drang waaraan geen weerstand hoeft te worden geboden is te verstaan.<sup>137</sup>

### *‘Ontbreken van materiële wederrechtelijkheid’*

Een tweede buitenwettelijke algemene strafuitsluitingsgrond is het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. De basis van het concept van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid is te vinden in twee uitspraken van de Hoge Raad omtrent het handelen van een veearts, die ervan werd beschuldigd een aantal gezonde koeien in aanraking te hebben gebracht met koeien die aan mond- en klauwzeer leden en aldus die koeien ‘opzettelijk in verdachte toestand’ heeft gebracht, toentertijd strafbaar gesteld in art. 82 Veewet. In de eerste zaak verweerde de veearts zich door te stellen dat hij uit veterinair oogpunt juist, te weten ter behartiging van de algemene gezondheidstoestand van de koeien, had gehandeld en toestemming had gevraagd en gekregen van de inspecteur van de Veeartsenijkundige dienst. De Hoge Raad oordeelde dat het verweer te benoemen kon zijn als ofwel een beroep op een wettelijke strafuitsluitingsgrond welke de strafbaarheid van de dader raakt, ofwel een beroep op een wettelijke strafuitsluitingsgrond die de strafbaarheid van het feit raakt, omdat de handeling gerechtvaardigd zou zijn.<sup>138</sup> Omtrent het veterinaire inzicht dat aan de handeling ten grondslag zou hebben gelegen, oordeelde de Hoge Raad dat niet kan worden aangenomen, dat art. 82 Veewet van toepassing was op dergelijke handelingen. Na vernietiging en verwijzing door de Hoge Raad kwam het Gerechtshof te Amsterdam tot een veroordeling, na een beroep van de veearts op het beroepsrecht zoals een medicus dat kent, niet aanvaard te hebben.<sup>139</sup> Het tweede oordeel van de Hoge Raad luidde als volgt. In de eerste plaats werd vastgesteld dat art. 1 Veewet bepaalt dat een veearts die naar juist wetenschappelijk inzicht en in het belang van de veestapel handelt, niet strafbaar is, voor zover de wet niet anders zou bepalen. De problematiek betreft naar mijn mening derhalve het antwoord op de vraag of art. 82 Veewet een dergelijke bepaling is. In het verlengde daarvan betreft het de bevoegdheid tot uitvoering van een preventieve behandelingsmetho-

<sup>137</sup> Van Veen (1978), *a.w.*, p. 517-521 en 522.

<sup>138</sup> HR 27 juni 1932, *NJ* 1933, p. 61.

<sup>139</sup> J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de medicus voor professioneel uitgevoerde handelingen*, diss. UM, Gouda Quint, Arnhem, 1992, p. 12 en C.J. Enschedé, ‘De arts en de dood’, in: *Sterven en recht. Opstellen over toekomstig euthanasiebeleid*, Kluwer, Deventer, 1985, p. 27-49.

de welke past binnen de lege artis, in de juiste hoedanigheid.<sup>140</sup> De relevante overwegingen van de Hoge Raad:

‘niet kan worden aangenomen, dat volgens genoemd artikel zoude kunnen worden gestraft, de veearts, die, bij het toepassen van een zekere behandeling van het aan zijne zorg toevertrouwde vee (...) handelt niet slechts volgens hetgeen naar eigen inzicht geoorloofd en wetenschappelijk aangewezen is, doch ook volgens in zijn wetenschap algemeen als juist erkende richtsnoeren, en die daarbij, ook alweder volgens algemeen erkend deskundig inzicht, door voorkoming van ernstig lijden, het heil van de in verdachten toestand gebracht vee bevordert (...) ‘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 zoveel woorden en 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’.<sup>141</sup>

Annotator Taverne, die als raadsheer deel uitmaakte van de kamer van de Hoge Raad die dit arrest wees, sprak van een beslissing met ‘een zeer principiële betekenis’. Voorts stelt Taverne:

‘Is ’s Hoogen raads arrest nu een toepassing van het begrip der z.g. materiele wederrechtelijkheid, hetwelk in de litteratuur tot zooveel strijd aanleiding heeft gegeven? Het lijkt er zeer wel op, maar ook (mijn onderstreping, pcb) wat Pompe, volgens voormelde begripsomschrijving, onder overmacht rekent is m.i. niets anders dan een zelfstandige constructie van het wederrechtelijkheidsbegrip op buitenwettelijke en buitenrechtelijke gronden althans met erkenning van zulke elementen. Naar mijn overtuiging is op dit gebied het juridisch instinct een sterk werkende factor, waarbij dan – wanneer de rechter tot de conclusie komt waartoe de H.R. is gekomen – a priori de richting naar de beslissing door het intuïtief rechtsgevoel sterk wordt beïnvloed. Alles natuurlijk voorzover men daarbij niet in strijd komt met de wet en met dien verstande dat bij de constructie van dien strafuitsluitingsgrond, zooveel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij de wet.’

In de jaren die na het wijzen van dit arrest volgden, betrof de dogmatische vraag die dit arrest opwierp de aard en strekking van (het ontbreken van) de materiële wederrechtelijkheid en de processuele plaatsbepaling van dit nieuwe concept.<sup>142</sup> In de volgende decennia is in rechte meermaals een beroep gedaan op het ‘ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid’.<sup>143</sup> De discussie omtrent het concept blijkt in de kern een discussie omtrent de rol van het strafrecht in de maatschappij. Een uitspraak omtrent ontbreken van

<sup>140</sup> D. Vermunt, ‘Nogmaals: de veearts van stal (I)’, *Delikt en Delinkwent*, 1984, afl. 2, p. 109.

<sup>141</sup> HR 27 juni 1933, *NJ* 1933, 918 m. nt. T.

<sup>142</sup> De Hullu (2003), *a.w.*, p. 338 e.v.

<sup>143</sup> Het betrof bijvoorbeeld euthanasiezaken, het weglopen van minderjarigen, bezettingen van bureaus, etc. Vgl. HR 11 mei 1976, *NJ* 1976, 538 m.nt. ThWvV.

materiële wederrechtelijkheid betreft een uitspraak omtrent de inhoud en de grens van de strafbaarheid.<sup>144</sup> Te denken valt aan de relatie tot een strafbaar feit en een te beschermen rechtsgoed en de eventuele gevolgen voor het bereik van de strafwet indien zich min of meer ingrijpende maatschappelijke veranderingen op verschillende terreinen voordoen.<sup>145</sup> Persoonlijke inzichten van burgers worden beïnvloed door maatschappelijke veranderingen of brengen deze veranderingen teweeg. In het handelen naar persoonlijke inzichten kan er spanning met de strafwet ontstaan. Een voorbeeld is het overtreden van de strafwet om een strafrechtelijke reactie uit te lokken, waardoor men in staat wordt gesteld het bereik van de strafwet ter discussie te kunnen stellen of de grenzen ervan op te zoeken en/of de strafprocedure als een forum te gebruiken om persoonlijke overtuigingen onder de aandacht van de media te brengen.<sup>146</sup> In het eerste geval wordt het overtreden van de wet gebruikt voor een doel, namelijk het aantonen dat de wet niet (meer) deugt en daardoor tekortschiet; men acht de strafwet derhalve niet (meer) relevant voor de gedraging zoals verwoord in de delictsomschrijving. Het beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid is dan ook gedaan in gebieden waar veranderingen van inzichten plaatsvonden en waarvan men van mening was dat de strekking van de wet door de rechter voor hun geval opnieuw diende te worden vastgesteld. Van Veen ziet eveneens de overwegingen uiteenvallen in twee categorieën. De eerste, de verweren waarin de verdachte weliswaar erkent dat de gedraging strafbaar is, maar ‘stelt, dat de situatie waarin hij zich bevindt, hem dwingt het feit te plegen’. In dergelijke gevallen gaat het om noodsituaties, waarin de geldigheid van de verbodsbepaling wordt bestreden. De tweede categorie betreft de verweren ‘waarin de verdachte de wet op ‘zijn’ feit niet van toepassing acht’.<sup>147</sup> Gronden hiervoor kunnen veranderende maatschappelijke opvattingen zijn, die tot gevolg hebben dat de wet niet (meer) actueel is.<sup>148</sup>

Het is op basis van overwegingen met betrekking tot maatschappelijke veranderingen die gevolgen hebben voor de interpretatie van (onderdelen van) de strafwet en op basis van rechtsstatelijk-democratische overwegingen te prefereren dat de rechter een beroep op ‘ontbreken van de materiele wederrechtelijkheid’ interpreteert als een kwalificatieverweer. Het alternatief is dat de rechter het verbod van art. 11 Wet Algemene Bepalingen (het verbod om in een innerlijke beoordeling van de waarde van de wet te treden) naast zich neerlegt. Er valt niet op voorhand uit te sluiten dat het onder bepaalde omstandigheden legitiem is om een beperking van het bereik van een delictsomschrijving op basis van een beroep op het ontbreken van de materiële

<sup>144</sup> Bogert (2003), *a.w.*, p. 17.

<sup>145</sup> Van Veen (1980), *a.w.*, p. 1-5.

<sup>146</sup> Vgl. HR 05-11-1968, *NJ* 1969, 78 en HR 04-11-1969, *NJ* 1970, 127.

<sup>147</sup> Van Veen (1980), *a.w.*, p. 6.

<sup>148</sup> Vgl. Wöretshofer (1992), *a.w.*, p. 14-15.

le wederrechtelijkheid te aanvaarden. De reden hiervoor is gelegen in het democratisch belang dat een dergelijke beslissing zou kunnen hebben. Het ‘democratisch belang’ moet worden gezien als een aan een pluriforme democratische rechtsstaat inherent belang. De rechter dient in dergelijke gevallen de delictsumschrijving beperkend of strikt te interpreteren.<sup>149</sup> Het beroep op ontbreken van materiële wederrechtelijkheid moet in dergelijke gevallen echter opgevat worden als een verweer omtrent het bereik van de delictsumschrijving en de bestanddelen, een kwalificatieverweer.<sup>150</sup> Het gaat hier derhalve om interpretatie van het beroep en de vertaling van dat beroep in het processuele kader.<sup>151</sup> In het verlengde hiervan speelt de eerder gevoerde discussie omtrent legaliteit: in hoeverre mag de rechter dergelijke verweren honoreren? Hier wordt op teruggekomen in het vierde hoofdstuk.

De inzichten van de twee Veearts-arresten combinerend, kan men concluderen dat de Hoge Raad de overweging met betrekking tot art. 1 Veewet concretiseert en gebruikt om niet-strafbaarheid te construeren ondanks het ontbreken van een van toepassing zijnde wettelijke strafuitsluitingsgrond in het geval dat een verbodsbepaling dusdanig is geformuleerd dat de aard en strekking van de wet daar niet mee in overeenstemming zijn. Eerder overwoog de Hoge Raad dat de veearts, indien deze juist zou hebben gehandeld, een dergelijk beroep toe zou komen. De algemene norm werd hier gebruikt om de aard en strekking van een specifieke norm vast te kunnen stellen, nu gebleken is dat er voor dit specifieke geval geen bestaande wettelijke strafuitsluitingsgrond van toepassing is. Meer concreet: 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 casu heeft gedaan.<sup>152</sup> De verbodsnorm wordt in een dergelijk stelsel niet ondergraven,

<sup>149</sup> Vermunt (1984), *a.w.*, p. 115 e.v. ziet naast restrictieve interpretatie het inlezen van een extra bestanddeel als mogelijkheid. Zie met betrekking tot interpretatie in het kader van rechtsgoederenbescherming en normconcretisering D. Vermunt, ‘Nogmaals: de veearts van stal (II)’, *Delikt en Delinkwent*, 1984, afl. 8, p. 713 e.v.

<sup>150</sup> Hazewinkel-Suringa/Rommelink (1996) *a.w.*, p. 349 m.b.t. afwezigheid van materiële wederrechtelijkheid als interveniërende norm. In dergelijke gevallen wordt de delictsumschrijving dusdanig geïnterpreteerd dat er een grond is voor aanvulling of verandering van de juridische normstelling.

<sup>151</sup> Vgl. Th.W. van Veen, ‘Ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid’, *Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1980, nr. 1, p. 13.

<sup>152</sup> Vgl. H.J. van Eikema Hommes, ‘De materiële wederrechtelijkheid in het strafrecht’, in: V.H. Davelaar-van Tongeren e.a. (red.), *Strafrecht in perspectief*, Gouda Quint, Arnhem, 1980, p. 169.

maar geïnterpreteerd.<sup>153</sup> Indien deze overweging juist is, dan betreft de door Taverne genoemde toepassing van materiële wederrechtelijkheid de constructie van een kwalificatie-uitsluitingsgrond, waarmee het bereik van een delictsomschrijving wordt aangegeven.

### 2.5.3. Processuele verwerking van algemene strafuitsluitingsgronden

Hierboven is het beslissingsmodel van de artikelen 348/350 Sv uiteengezet. Dit om, zoals eerder gezegd, de processuele positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in een later stadium aan te kunnen wijzen. Duidelijk is, dat op basis van art. 350 Sv de vraag naar de aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond beantwoord wordt na een bewezenverklaring van het feit en de kwalificatie van het feit als een strafbaar feit.<sup>154</sup> Strafuitsluitingsgronden hoeven ‘slechts’ aannemelijk te zijn geworden. Zij hoeven derhalve niet uit bewijsmiddelen te blijken, daar art. 338 Sv dit ‘slechts’ vereist voor de bewezenverklaring van het tenlastegelegde feit. Strafuitsluitingsgronden kunnen ambtshalve door de rechter of na het aannemen door de rechter van een daartoe strekkend beroep, nadat de rechter de feitelijke grondslag van dat beroep heeft onderzocht, al dan niet worden aangenomen.<sup>155</sup> Beslissingen omtrent de toepasselijkheid van een strafuitsluitingsgrond dienen in geval van een verweer op dit punt ex art. 359, tweede lid, Sv te worden gemotiveerd. Indien er sprake is van feiten en omstandigheden die een algemene strafuitsluitingsgrond opleveren, is er formeel sprake van niet-strafbaarheid van - in het geval van een rechtvaardigingsgrond - het feit, of - in het geval van een schulduitsluitingsgrond - van de dader. In beide gevallen betreft het processueel de strafbaarheid van de dader, zoals verwoord in de derde hoofdvraag van art. 350 Sv. De uitwerking van de processuele positie van rechtvaardigingsgronden zou hiervan afwijken indien aangenomen zou worden dat rechtvaardigingsgronden in de kwalificatievraag, de tweede vraag van art. 350 Sv, behandeld zouden moeten worden. De reden hiervoor is dat een rechtvaardigingsgrond de strafbaarheid van het feit aan zou tasten en derhalve beter tot zijn recht zou komen in de kwalificatievraag dan in de vraag betreffende de strafbaarheid van de dader.<sup>156</sup> De kwalificatievraag valt volgens sommigen uiteen in twee onderdelen: een eerste onderdeel betreffende de kwalificatie als zodanig, een twee-

<sup>153</sup> Vgl. D. Schaffmeister, A. Heijder, ‘Concretisering van wederrechtelijkheid in het strafrecht’, in: E. André de la Porte e.a. (red.) *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Gouda Quint, Arnhem, 1983, p. 441-474, m.n. p. 448-451. waar verschillende niveaus van belangenbescherming worden beschreven. Art. 82 Veewet wordt een ‘lacuneuze delictsomschrijving’ genoemd.

<sup>154</sup> Blok/Besier (1925), *a.w.*, p. 179-180, Koopmans (1999), p. 46, Corstens (2002), *a.w.*, p. 675.

<sup>155</sup> Vgl. HR 17-11-1992, *NJ* 1993, 267 waaruit blijkt dat eventuele twijfel omtrent de strafbaarheid van een verdachte ten gunste van een verdachte dient te komen, ook al zou het door hem gevoerde verweer niet geheel te verifiëren zijn. Kelk (2001), *a.w.*, p. 250 e.v.

<sup>156</sup> Enschedé (2000), *a.w.*, p. 139.

de onderdeel met betrekking tot rechtvaardigingsgronden, een onderdeel dat betrekking heeft op de vraag naar de strafbaarheid van het feit. Deze optiek wordt hier niet gevolgd, op grond van het uitgangspunt dat er in deze dissertatie naar aanleiding van de tekst van de wet van uitgegaan wordt dat de kwalificatievraag enkel de vraag naar de toepassing van de wettelijke bepaling omvat.

Het geschetste systeem kent twee uitzonderingen. Indien een verdachte of zijn raadsman een beroep doet op een strafuitsluitingsgrond bestaat de mogelijkheid dat het beroep niet als een beroep op een strafuitsluitingsgrond moet worden gezien, doch als een verweer betreffende de bewezenverklaring of de kwalificatie van het feit. Het processuele functioneren van strafuitsluitingsgronden is afhankelijk van de formulering van een delictomschrijving en/of een tenlastelegging. De bestanddelen van een delictomschrijving en de interpretatie daarvan bepalen of een verweer een beroep op een strafuitsluitingsgrond of een ontkenning van (een onderdeel van) de tenlastelegging oplevert.<sup>157</sup> Indien er een beroep wordt gedaan op feiten en omstandigheden die (bestanddelen van) een delictomschrijving betreffen, doch een verweer wordt gevoerd waarin feiten en omstandigheden worden gesteld die geen betrekking hebben op de delictomschrijving, is er derhalve sprake van een beroep op ontslag van alle rechtsvervolging. Indien er, als eerste uitzondering, in een delictomschrijving de wederrechtelijkheid als bestanddeel is opgenomen wordt de vraag of er een rechtvaardigingsgrond voordoet verschoven naar de vraag omtrent de bewezenverklaring. Een beroep op een rechtvaardigingsgrond raakt de wederrechtelijkheid en daarmee een bestanddeel dat bewezen dient te worden. Dergelijke verweeren worden derhalve bewijsverweeren. Het aannemen van een dergelijk verweer zal leiden tot vrijspraak in plaats van ontslag van rechtsvervolging. De tweede uitzondering betreft de culpose delicten, delicten waarin schuld als bestanddeel is opgenomen. De verwijtbaarheid komt in die gevallen eveneens in de eerste vraag van art. 350 Sv ter sprake. Het aannemen van een strafuitsluitingsgrond staat bij culpose delicten bewezenverklaring in de weg, waardoor ook hier vrijspraak dient te volgen.

## **2.6. Afronding**

In het voorgaande werden het legaliteitsbeginsel, het strafvorderlijk beslissingsmodel, de algemene strafuitsluitingsgronden en de positie van de algemene strafuitsluitingsgronden in het beslissingsmodel besproken. De relatief uitgebreide aandacht voor het legaliteitsbeginsel, het beslissingsmodel en het leerstuk van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid

<sup>157</sup> Knigge (1993), *a.w.*, p. 23.



vormt de basis voor de conceptualisering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het vierde hoofdstuk. Daar zal worden onderzocht welke inzichten bepaalde interpretaties van deze concepten kunnen verstrekken en wat de processuele positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond is.



## **HOOFDSTUK 3**

### **DE BIJZONDERE STRAFUITSLUITINGSGRONDEN IN HET WETBOEK VAN STRAFRECHT**

#### **3.1. Inleiding**

In dit hoofdstuk worden de uit het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht geselecteerde artikelliden die uitsluiting van strafbaarheid beogen behandeld. Er wordt onderzocht welke bijzondere strafuitsluitingsgronden er in het Wetboek van Strafrecht te vinden zijn en wat de wetgever beoogde met het opnemen ervan in de wet. Eveneens wordt bekeken of de parlementaire geschiedenis criteria voor de keuze van de formulering van een bijzondere strafuitsluitingsgrond biedt en of de parlementaire geschiedenis inzicht biedt omtrent de verhouding tussen de algemene strafuitsluitingsgrond en de bijzondere strafuitsluitingsgrond.

Voorts beoogt dit hoofdstuk de inzichten te achterhalen die de wetgeschiedenis biedt met betrekking tot de toepassing van deze artikelliden, die door de wetgever in de parlementaire behandeling in bepaalde gevallen bijzondere strafuitsluitingsgronden worden genoemd. Deze inzichten liggen voornamelijk in overwegingen betreffende de interpretatie en de verwachte toepassing van de geselecteerde artikelliden. Voorts wordt gezocht naar handvaten voor de adressaten van de desbetreffende artikelliden. Er wordt eveneens gekeken of de parlementaire behandeling aanknopingspunten biedt voor het antwoord op de vraag tot wie de afzonderlijke artikelliden zich richten. Eveneens wordt onderzocht of de wetgever een expliciete keuze maakt voor de formulering van een bijzondere strafuitsluitingsgrond omdat daar eventueel procesrechtelijke consequenties aan verbonden zouden kunnen zijn. Dergelijke inzichten, namelijk de normering die aan een bepaalde formulering zou kunnen zijn gekoppeld, zijn noodzakelijk om de bijzondere strafuitsluitingsgronden in het volgende hoofdstuk te conceptualiseren waardoor het mogelijk wordt de strafrechtsdogmatische plaats ervan te kunnen bepalen.

#### **3.2. De geselecteerde artikelliden**

In het inleidende hoofdstuk zijn bijzondere strafuitsluitingsgronden op formele wijze omschreven als ‘artikelliden of artikelen - anders dan een delictomschrijving - in het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht die blijkens hun bewoordingen uitsluiting van strafbaarheid beogen’. Bij-

zondere strafuitsluitingsgronden bestaan qua formulering uit verschillende typen artikel(led)en. Het artikellid dat geselecteerd wordt bestaat uit een combinatie van een ontkennende woordvorm, bijvoorbeeld ‘geen’ of ‘niet’ en een woord dat gerelateerd is aan de werking van de strafwet, namelijk een vorm van ‘strafbaar’ en ‘toepassing’. Daarnaast zijn artikelleden geselecteerd die in minder eenduidige bewoordingen zijn gesteld. Het gaat hier om een semantische interpretatie van de artikelleden, nu het bereik van de betekenis van bepaalde formuleringen als uitgangspunt wordt genomen. Op basis van dit criterium zijn de bepalingen waarvan de formuleringen overeenkomen, in drie varianten onderscheiden. De eerste variant betreft een *strafbaarheidvariant*, alle bepalingen waarin de woordvormen ‘niet’ of ‘geen’ en een vorm van het woord ‘strafbaar’ zijn opgenomen zijn in deze variant ondergebracht. De tweede variant is een *toepassingsvariant* waarin de bepalingen met de woorden ‘niet’ of ‘geen’ en een vorm van het woord ‘toepassing’ zijn opgenomen. De derde variant is een *restvariant*, dit is de variant waarin bepalingen zijn opgenomen die in verschillende formuleringen zijn gesteld die niet onder de eerdergenoemde varianten vallen. De categorisering resulteert in het volgende schema. In de eerste plaats zijn er verschillende varianten opgezet; een strafbaarheidvariant, een toepassingsvariant en een restvariant. Vervolgens worden de afzonderlijke bepalingen van die varianten behandeld. De behandeling van de afzonderlijke artikelleden vindt steeds plaats in drie paragrafen. Ik begin telkens met de wets tekst, vervolgens worden de strekking van de norm en strekking van de nuancering van de norm behandeld, waarna de overwegingen met betrekking tot de formulering van de norm die in de parlementaire geschiedenis zijn gevonden aan de orde komt.

De omvang van de bespreking van de verschillende artikelleden zal verschillend zijn, al naar gelang de hoeveelheid beschikbare en relevante informatie die de parlementaire geschiedenis biedt. Soms zal een bespreking van een bepaalde bijzondere strafuitsluitingsgrond meerdere pagina's in beslag nemen, soms zal de beschrijving zich beperken tot een halve pagina. Voorts blijkt een aantal bijzondere strafuitsluitingsgronden onderdeel te zijn van een fijnmazig systeem van (nader vastgestelde) wet- en regelgeving, hetgeen ook weer gevolgen heeft voor de omvang van de bespreking.

### **Buiten het onderzoek vallende categorieën**

In het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht zijn enkele artikelleden te vinden die blijkens hun bewoordingen ook als bijzondere strafuitsluitingsgrond gezien zouden kunnen worden. Om redenen, gelegen in de aard van het artikellid en de overweging van de wetgever deze op te nemen, merk ik deze evenwel niet aan als bijzondere strafuitsluitingsgronden. Een korte toelichting moge deze uitsluiting verduidelijken.

*Procedurele bepalingen ex art. 236, derde lid, jo. art. 265 Sr.*

De eerste te behandelen uitzondering betreft art. 236, derde lid, Sr, luidend: *'Vervolging heeft niet plaats dan nadat een rechtsvordering tot inroeping of tot betwisting van staat is ingesteld en de burgerlijke rechter daarop een eindbeslissing heeft gegeven. Indien de rechtsvordering echter door het stilzitten van partijen onvoldoende doorgang vindt, kan vervolging ook plaats hebben nadat de burgerlijke rechter heeft beslist dat er een begin is van bewijs bij geschrifte als bedoeld in art. 209 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek'*.

Art. 236 Sr betreft de verduistering van staat, dat wil zeggen het opzettelijk verrichten van een of meer - niet in de delictsomschrijving omschreven - handeling(en) die tot gevolg hebben (heeft) dat iemands afstamming onzeker wordt.<sup>158</sup> De delictsomschrijving is overgenomen van art. 323 Oud Burgerlijk Wetboek, dat een bepaling bevatte 'over den straffelijke regtsvordering wegens het misdrijf van verduistering van staat'.<sup>159</sup> De bepaling is ingevoegd in het Wetboek van Strafrecht bij de Invoeringswet Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW). Het belang van deze strafbaarstelling is voornamelijk gelegen in koppeling met de verschillende bepalingen welke in de artikelen 1:205 t/m 1:213 BW. Uit deze artikelen blijkt o.a. dat niemand zich op een staat kan beroepen die strijdig is met de afstamming volgens zijn geboorteakte, art. 1:207 BW. Er kan in het geval van art. 236 Sr geen strafvervolging jegens een verdachte van verduistering van staat plaatsvinden dan nadat een rechtsvordering tot inroeping of tot betwisting van staat is ingesteld en de burgerlijke rechter daarop een civiel vonnis heeft gewezen. Indien deze rechtsvordering door het stilzitten van partijen onvoldoende voortgang vindt, kan vervolging ook plaats hebben nadat de burgerlijke rechter heeft beslist dat er een begin is van bewijs bij geschrifte<sup>160</sup> als bedoeld in art. 1:209 BW. Deze procedurele bepaling strekt derhalve tot - tijdelijke - opschorting van de vervolging, ter terechtzitting<sup>161</sup> of in een andere vervolgingsfase<sup>162</sup>, niet tot straffeloosheid of uitsluiting van strafbaarheid.

Het andere artikellid, artikel 265, eerste lid, Sr, luidt: *'Indien de beledigde aan het te laste gelegde feit bij rechterlijk gewijsde onherroepelijk is schuldig verklaard, is veroordeling wegens laster uitgesloten'*. Art. 265

<sup>158</sup> De voor deze delictsomschrijving relevante passage in de memorie van toelichting leert: 'Het misdrijf bestaat altijd wanneer iemand door enige handeling opzettelijk eens anders afstamming, dat is het feit van eens anders geboorte uit eene bepaalde vrouw op een bepaald tijdstip onzeker maakt (...)'. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, eerste deel*, H.D. Tjeenk Willink, Haarlem, tweede druk, 1891, p. 273.

<sup>159</sup> Smidt I (1891), *a.w.*, p. 272.

<sup>160</sup> Invoeringswet Nieuw Burgerlijk Wetboek, Wet van 3 april 1969, *Stb.* 167.

<sup>161</sup> Als einduitspraak ex artt. 348/350 Sv.

<sup>162</sup> Als beschikking ex art. 138 Sv.

Sr, eerste lid, Sr betreft de bewijskracht van het strafvonnis indien de beledigde en de belediger, laatstgenoemde wegens laster, strafrechtelijk worden vervolgd. Het artikellid bepaalt dat een rechterlijk vonnis, inhoudende de onherroepelijke schuldigverklaring van een beledigde, in de weg staat aan veroordeling wegens laster van een belediger. De overige artikelleden van art. 265 Sr betreffen eveneens procedurele bepalingen. Het tweede lid stelt dat indien een belediger onherroepelijk is vrijgesproken, het gewijsde als volkomen bewijs van de onwaarheid van het feit dient te worden aange-merkt. Het derde lid heeft eenzelfde *vervolgingsschorsende functie* als art. 236, derde lid, Sr.

*De vervolgingsuitsluitingsgronden van de artikelen 281, vierde lid, jo. 316 en 319 Sr*

Eenzelfde redenering met betrekking tot de afhankelijkheid is van een civielrechtelijke status, kan gevolgd worden bij art. 281, vierde lid, Sr, waarvan de delictsomschrijving schaking strafbaar stelt. Schaking is een tweeledig delict en betreft ofwel het zonder de wil van haar ouders of voogden doch met haar toestemming, wegvoeren van een minderjarige vrouw met het oogmerk om zich haar bezit in of buiten echt te verzekeren, ofwel het een vrouw door list, geweld of bedreiging met geweld wegvoeren, eveneens met het oogmerk om zich haar bezit in of buiten echt te verzekeren. Naast deze beide gedragingen wordt de jurisprudentiële eis gesteld dat de dader gehandeld heeft met als naaste doel het met de weggevoerde vrouw seksuele gemeenschap te hebben.<sup>163</sup> In het vierde lid wordt gesteld dat indien de schaker met de weggevoerde een huwelijk heeft gesloten geen veroordeling plaatsvindt dan nadat de nietigheid van het - naar Nederlands recht geldige<sup>164</sup> - huwelijk is uitgesproken. Art. 1:69 BW verstrekt, zolang het huwelijk nog niet is ontbonden, het openbaar ministerie de bevoegdheid de nietigverklaring van een huwelijk te vorderen.<sup>165</sup> Indien van deze bevoegdheid gebruik wordt gemaakt en het huwelijk wordt ontbonden, dan staat niets de vervolging in de weg. Hierdoor is deze bepaling te kwalificeren als een artikellid op grond waarvan de vervolging tijdelijk kan worden opgeschort indien - ter terechtzitting of in een andere vervolgingsfase - geconstateerd wordt dat het huwelijk niet is ontbonden.

Art. 316 Sr betreft diefstal tussen (gewezen) echtgenoten en behelst, in het eerste lid, een bepaling betreffende een persoon die in een huwelijkse betrekking staat tot de bestolene. Voorts wordt er voorzien in een regeling

<sup>163</sup> HR 27 februari 1990, *NJ* 1991, 109. Dit volgt uit de zinsnede 'om zich haar bezit (...) te verzekeren'.

<sup>164</sup> HR 2 juli 1990, *NJ* 1991, 110. Hierdoor moet ook de rechtgeldige totstandkoming van het huwelijk bezien worden. Vgl. de artikelen 1:31 jjs. 1:35 e.v. BW in het geval van een minderjarige.

<sup>165</sup> Vgl. hieromtrent M.E. de Meijer, *Het openbaar Ministerie in civiele zaken*, diss. EUR, SI/Kluwer, 2003, p. 216-218.

voor gescheiden echtgenoten of een bloed- of aanverwant; de klachtbepaling van art. 316, tweede lid Sr. Er staan twee overwegingen aan de basis van deze regeling. In de eerste plaats het vermijden van een strafrechtelijke confrontatie tussen een persoon op wie de regeling van toepassing is en het slachtoffer en in de tweede plaats de bijzonder te achten betrekking tussen personen met betrekking tot het beheer van hun vermogen. Art. 319 Sr betreft de toepassingsverklaring van art. 316 Sr op Titel XXIII Sr, de afdeling met betrekking tot afpersing en afdreiging. Met betrekking tot dit artikel kunnen dezelfde opmerkingen gemaakt worden als over art. 316 zijn gemaakt.

### *De klachtbepalingen*

De derde categorie van de buiten het onderzoek vallende bepalingen betreft de klachtbepalingen. Uit de formulering van het klachtvereiste met betrekking tot bepaalde strafbare feiten zoals bijvoorbeeld ‘Geen vervolging vindt plaats dan op klacht van..’ zou geconcludeerd kunnen worden dat deze artikelden ook als bijzondere strafuitsluitingsgrond gekwalificeerd zouden kunnen worden; zo zouden zij in een ‘vervolgingsvariant’ ondergebracht kunnen worden. Daar is van af gezien om de volgende reden. Klachtdelicten zijn door de wetgever geformuleerd als het recht tot strafvordering opschortende voorwaarden die tot doel hebben het private belang van het slachtoffer boven het publieke belang van de maatschappij te laten prevaleren.<sup>166</sup> De Hoge Raad heeft het doel van dit private belang omschreven als: ‘dat ongewenste ruchtbaarheid die door de door het delict getroffenene als pijnlijk wordt ervaren, wordt vermeden’.<sup>167</sup> Dit heeft tot gevolg dat indien de officier van justitie ondanks het ontbreken van een klacht een zaak bij de rechter aanhangig maakt, de rechter behoudens bijzondere omstandigheden<sup>168</sup> tot niet-ontvankelijkheid zal moeten concluderen.<sup>169</sup> Dit uitgangs-

<sup>166</sup> Art. 164, eerste lid Sv en Smidt I (1891), *a.w.*, p. 493: ‘De publieke actie is doorgaans onafhankelijk van den privaten wil. Vervolging ambtshalve is dus regel, afhankelijkheid der vervolging van den wil van hem, tegen wien het misdrijf is gepleegd, een zeldzame uitzondering, omdat het ontwerp daarvoor als eenige grond erkent de mogelijkheid dat het bijzonder belang grooter nadeel lijdt door het instellen dan het openbaar belang door het niet-instellen der strafactie’.

<sup>167</sup> HR 3 mei 1977, *NJ* 1978, 692, m.nt. G.E.M.

<sup>168</sup> HR 19 september 1988, *NJ* 1989, 146: indien er opsporingshandelingen zijn verricht kunnen op een later tijdstip ingediende klachten deze legitimeren. Men denke aan opsporing bij ontuchtige handelingen om tot een vermoeden te komen dat er in casu wel of geen sprake is van ontucht en, indien dit wel het geval zou zijn, de raad voor de kindbescherming of de wettelijke vertegenwoordigers daarvan op de hoogte te stellen. HR 2 november 1993, *NJ* 1994, 197, m.nt. ThWvV: indien de tenlastelegging een klachtdelict behelst en uit de bewijsmiddelen zou blijken dat het feit ook ambtshalve vervolgbaar zou zijn, heeft de rechter de bevoegdheid bij het ontbreken van een klacht te onderzoeken of het feit ook een niet-klachtdelict op zou leveren. HR 7 januari 1997, *NJ* 1997, 474, m.nt. Sch. en A. van Woensel, ‘Alweer een schofferend arrest?’, *Nederlands Juristenblad* 37, p. 1718-1720.

<sup>169</sup> HR 5 oktober 1982, *NJ* 1983, 271.

punt is een ander uitgangspunt dan dat er aan strafuitsluiting ten grondslag ligt. De aard van het klachtdelict, namelijk het bieden van een mogelijkheid aan een slachtoffer om een afweging te maken met betrekking tot het strafrechtelijke vervolg op datgene wat gebeurd is, is een andere dan uitsluiting van strafbaarheid of straffeloosheid. Hier valt tegen in te brengen dat de wetgever bij klachtdelicten van mening is dat het strafbare feit als zodanig niet dermate ernstig hoeft te zijn, waarmee een grens gegeven is aan het bereik van de strafwet. Het verschil tussen de klachtbepaling en de bijzondere strafuitsluitingsgrond is echter dat de strafbaarheid uiteindelijk niet afhangt van in de wet genoemde feiten en omstandigheden die een strafuitsluitende werking hebben, maar van een persoonlijke overweging van een slachtoffer, of iemand die gerechtigd is een klacht in te dienen, om al dan niet een klacht in te dienen. Er wordt hier derhalve uitgegaan van een formeel standpunt: klachtbepalingen hebben een procedurele functie en zijn daarom niet te benoemen als bijzondere strafuitsluitingsgrond in de door mij gehanteerde definitie.

### **3.3. De verschillende varianten en de geselecteerde artikelliden**

Zoals aangekondig, ga ik hierna in op de bijzondere strafuitsluitingsgronden die op basis van de definitie in het eerste hoofdstuk zijn verzameld en gecategoriseerd in de strafbaarheidsvariant, de toepassingsvariant en de restvariant.

#### **3.3.1. Strafbaarheidvariant**

##### **3.3.1.1. Samenspanning en voorbereiding van enkele misdrijven tegen de staatsveiligheid**

*Wetstekst*

Art. 96, derde lid, Sr

*‘Niet strafbaar is hij, van wie blijkt, dat zijn oogmerk enkel gericht is op het voorbereiden of bevorderen van staatkundige veranderingen in algemene zin’.*

*Strekking en toepassing*

De delictsommschrijving van art. 96 Sr, ingevoegd bij Wet van 28 juli 1920, *Stb.* 619, ‘Nadere voorzieningen tot bestrijding van revolutionaire woelingen’, stelt de samenspanning - een strafbare voorbereidingshandeling<sup>170</sup> - tot een van de in de artikelen 92 tot en met 95a Sr genoemde delicten strafbaar. Volgens Strijards betreft het hier een voorbereidingshandeling sui ge-

<sup>170</sup> G.P.M.F. Mols, *Strafbare samenspanning. Een rechtshistorisch en rechtsvergelijkend onderzoek*, diss. UU, Gouda Quint, Arnhem, 1982, p. 71-74.



neris, daar het om een gedraging gaat die in enkele specifieke artikelen is omschreven.<sup>171</sup> De regering wilde door middel van dit wetsvoorstel de leemtes opvullen die tot dan toe in de bescherming van het wettige gezag bestonden. Uit de parlementaire behandeling blijkt het sterke politieke karakter van deze wetgeving. Zo worden er in de parlementaire behandeling raakvlakken met de vrijheid van vereniging en meningsuiting opgeworpen en is er de polariserende houding van verschillende politieke partijen, gecombineerd met de communistische dreiging.<sup>172</sup> De delictsomschrijving van art. 96 Sr beoogt de institutionele structuur van de Staat te beschermen door (een begin van) de voorbereiding van de delicten zoals omschreven in de artikelen 92 tot en met 95a Sr te voorkomen. In het oorspronkelijke wetsvoorstel kwam het derde lid niet voor; het is ingevoegd bij amendement. Artikel 96 Sr vereist dat er gehandeld is met het oogmerk om tot een concreet misdrijf als omschreven in de artikelen 92-95a Sr samen te spannen, voor te bereiden of te bevorderen.<sup>173</sup> De ratio van het derde artikellid is gelegen in de overweging de rechtszekerheid te dienen door te voorkomen dat art. 96 Sr een te groot toepassingsbereik had en daardoor de ‘politieke vrijheid van denken en handelen’ te zeer zou beperken.<sup>174</sup> Straffeloos moest degene zijn die in het algemeen tot revolutie aanspoort en niet degene die een bepaalde, concrete, revolutionaire aanslag of handeling in het leven roept of voorbereidt.<sup>175</sup> De reacties op het amendement waren in het algemeen afwijzend.

De vraag werd opgeworpen of de bepaling de verdachte een bewijslast zou opleggen:

‘Parket en rechter zullen althans allicht de neiging aan den dag leggen om in hun feitelijk onderzoek te eenzijdig aandacht te wijden aan voor den verdachte bezwaarend bewijsmateriaal. Vooral in dubieuze zaken zal dan gelden: de beklagde moet maar stellen en aantonen of aannemelijk maken dat hij met zijn handelingen niet

<sup>171</sup> G.A.M. Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, Studiepockets strafrecht, nr. 30, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1995, p. 151-153. Art. 80 Sr constitueert namelijk al de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor samenspanning.

<sup>172</sup> Minister Heemskerk: ‘De kern (van de revolutionaire beweging, pcb) is niet bij de Sociaal-democratische Arbeiderspartij, maar in Moskou, bij de bolsjewistische Regeering’ en citeert vervolgens uit *Het Bolsjewistisch Program*. Ook de opmerking van Dresselhuys met betrekking tot voorwaardelijk opzet tot revolutie door middel van uitlatingen in het blad *De Tribune*, ‘gezien de geringe ontwikkeling van de lezers’ (sic!) moet zo worden gezien. *Handelingen II*, 1919-1920, Vel 694, p. 2675.

<sup>173</sup> *Handelingen II*, 1919-1920, vel 695, p. 2703, Van Bemmelen/Van Hattum, *Hand- en Leerboek van het Nederlandse strafrecht, deel II, Bijzondere delicten*, Gouda Quint, Arnhem, 1954, p. 71-75.

<sup>174</sup> Velerlei handelingen of nalaten kunnen een politiek motief hebben, vgl. Schuyt (1976), *a.w.*, p. 369 e.v. omtrent vervolging en bestraffing van burgerlijke ongehoorzaamheid, waar geweten wordt op het gevaar dat bepaalde te hanteren straftheorieën tot gevolg kunnen hebben dat niet de daad, maar de ongehoorzame dader als politieke dissident wordt beoordeeld en bestraft.

<sup>175</sup> *Handelingen II*, 1919-1920, vel 704, p. 2713-2715 en Mols (1982), *a.w.*, p. 72-73.

een concrete daad, een tevoren omljnd feit, maar meer algemeene revolutionaire doeleinden heeft nagestreefd. Dit amendement zal dus het artikel praktisch ten na-deele van den verdachte wijzigen'.<sup>176</sup>

Deze constatering werd door de indieners van het amendement ontkracht. De veronderstelling dat het om een fait d'excuse zou gaan en dat dientengevolge 'de bewijslast der uitzondering' op de verdachte zou rusten is onjuist, nu uit de redactie van het amendement voortvloeit dat het onderzoek naar de toepasselijkheid van de bepaling tot de taak van de rechter behoort, zonder dat het als element in de dagvaarding behoeft te worden opgenomen. Een argument hiervoor wordt ontleend aan de oude redactie van art. 261, derde lid, Sr. Uit de redactie van dit artikellid zou niet blijken dat in de dagvaarding gesteld zou moeten worden dat de dader niet met die intentie gehandeld zou hebben. Het artikellid zou derhalve op dezelfde wijze uitgelegd moeten worden. Dit artikellid bepaalde dat het bewijs van de waarheid alleen wordt toegelaten 'wanneer de rechter het onderzoek naar de waarheid nodig acht ter beoordeling van de bewering van den beklaagde dat hij in het algemeen belang of tot noodzakelijke verdediging heeft gehandeld'. De rechter dient deze vraag uit eigen beweging te onderzoeken.<sup>177</sup>

Resumerend betreft het derde artikellid van art. 96 Sr de verdachte van wie blijkt dat deze het oogmerk - een door de rechter te objectiveren subjectief inzicht - had algemene staatkundige veranderingen voor te bereiden of te bevorderen. Men denke hierbij aan het organiseren van politieke bijeenkomsten, redevoeringen en vakbondsvergaderingen.

#### *Formulering*

Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de grammaticale indeling van bestanddelen van het amendement gewijzigd is: de indiener van het oorspronkelijke amendement heeft toegegeven dat de redactie van het artikellid moeilijk was en de Minister gevraagd om, indien het artikellid technisch niet mooi zou zijn dit te verbeteren, waarna de Minister de formulering van het huidige artikellid heeft voorgesteld.<sup>178</sup>

### 3.3.1.2. Hulpverlening aan de vijand

#### *Wetstekst*

#### Artikel 103a Sr

*'Niet strafbaar is hij die een der in de artikelen 102 en 103 omschreven misdrijven heeft begaan in de redelijke overtuiging het Nederlandse belang niet te schaden'.*

<sup>176</sup> *Handelingen II*, 1919-1920, vel 707, p. 2724-2725.

<sup>177</sup> *Handelingen II*, 1919-1920, p. 2729 en *Handelingen I*, 1919-1920, p. 820.

<sup>178</sup> *Handelingen II*, 1919-1920, p. 715 en *Handelingen II*, 1919-1920, vel 707, p. 2725.

### *Strekking en toepassing*

De artikelen 102 en 103 Sr stellen respectievelijk strafbaar de opzettelijke hulpverlening aan de vijand of het benadelen van de Staat tegenover de vijand en de samenspanning tot deze misdrijven in tijd van oorlog. Het betreft juridisch omschreven handelingen die in de volksmond ‘landverraad’ worden genoemd. Art. 103a Sr is door middel van de Wet Oorlogsstrafrecht,<sup>179</sup> voortvloeiend uit het Besluit Buitengewoon Strafrecht,<sup>180</sup> in het Wetboek van Strafrecht gekomen. De bepalingen zijn van toepassing op zowel een oorlog als een burgeroorlog.<sup>181</sup>

Het artikel beoogt te voorkomen dat handelingen die eigenlijk niet strafwaardig worden geacht onder het ruime bereik van art. 102 Sr zouden vallen.<sup>182</sup> Dit vloeit voort uit de onmogelijkheid een aantal gevallen van hulpverlening in de wet te omschrijven ‘en daaraan naar gelang van hun ernst een verschillende strafpositie te verbinden. Dat neemt niet weg, dat niet een onvoorzienbaar vervolgingsbeleid, maar de wetgever zelf toch een zekere moderatie op de zeer ruime formule van art. 102 Sr zal moeten aanbrenge(n)’. In de parlementaire behandeling wordt in dit verband op art. 10 van het Besluit waar men, met betrekking tot een ander misdrijf een soortgelijke bepaling kan vinden waar de strafbaarheid wordt opgeheven door de positieve wil van de dader om de vijand schade toe te brengen. Deze ruime redactie volstond niet ten aanzien van art. 102 Sr. In dit kader werd het voorbeeld van economische collaboratie gegeven; formeel hulpverlening aan de vijand, maar ook daden waarbij de dader niet de ‘vooropgezette bedoeling had om de vijand te bevoordelen’. De strafbaarheid van de dader werd in dergelijke gevallen onrechtvaardig geacht, ‘omdat de dader de overtuiging had en redelijkerwijze mocht hebben, dat hij door zijn daad het landsbelang geen schade deed toekomen’. Het gaat hier niet om de beoordeling van een geïsoleerd op te vatten handeling, maar ‘van een totaal van handelingen gedurende de bezettingstijd’. De in art. 103a Sr genoemde redelijke overtuiging verwijst naar een overtuiging die objectief gezien redelijk moet zijn.<sup>183</sup>

<sup>179</sup> Wet van 10 juni 1952, *Stb.* 408.

<sup>180</sup> Besluit van 22 december 1943, *Stb.* D.61. De Nederlandse regering in ballingschap te Londen vaardigde eind 1943 een aantal besluiten uit die gezamenlijk met het Tribunaalbesluit van 1944 het juridisch kader zouden vormen waarbinnen oorlogsvergripen berecht zouden worden. J.C.M. Leijten, ‘De bijzondere rechtspleging in Nederland. Zuivering met vlekken’, in *Bericht van de Tweede Wereldoorlog*, p. 2685. Vgl. eveneens G.L. Coolen, *Militair straffen strafprocesrecht*, Studiepockets Strafrecht, deel 8, W.E.J. Tjeenk Willink, vierde druk, 2004, p. 110 e.v.

<sup>181</sup> *Kamerstukken II*, 1950-1951, 2 258, nr. 3, p. 6-7.

<sup>182</sup> *Kamerstukken II*, 1950-1951, 2 258, nr. 3, p. 14, *Kamerstukken II*, 1950-1951, 2 258, nr. 5, p. 34.

<sup>183</sup> *Kamerstukken II*, 1950-1951, 2 258, nr. 3, p. 14. Vgl. BRvC 14-02-1949, *NJ* 1949, 157.

Resumerend: indien een verdachte alleen of tezamen met (een) ander(en) de vijand hulp verleent of de staat tegenover de vijand benadeelt, is deze niet strafbaar indien hij tot deze daden is gekomen in de redelijke overtuiging - een te objectiveren subjectief bestanddeel - het Nederlandse belang niet te schaden.

#### *Formulering*

Tijdens de parlementaire behandeling is gesuggereerd dat het art. 103a Sr minder ruim diende te worden geformuleerd (zonder dat daartoe een concrete voorstel werd gedaan), maar dit is niet overgenomen omdat daarmee het bereik van de delictsomschrijving te groot zou blijven.<sup>184</sup>

#### 3.3.1.3. Tweegevecht<sup>185</sup>

##### *Wetstekst*

Artikel 154, vijfde lid, Sr

*‘Poging tot tweegevecht is niet strafbaar’.*

##### *Strekking en toepassing*

Tweegevecht werd door de wetgever als ‘delictum sui generis’ gezien naast de delicten mishandeling, doodslag en moord. Deze bevordering van eigenrichting op basis van een nadeel of een gekrenkt eergevoel zou ‘in een beschaafden staat en bij gevestigde en regelmatig werkende rechtsorganen krachtig moet worden tegengegaan’. De parlementaire discussie spitst zich toe op de vraag of tweegevecht überhaupt strafbaar zou moeten zijn; men zou zich af kunnen vragen of aparte strafbaarstelling het delict een ‘stempel van fatsoenlijkheid’ verleent, ook zou het praktische nut van de regeling niet blijken. De straffeloosheid van de poging tot tweegevecht werd gemotiveerd met een verwijzing naar de gelijkstelling van uitdaging tot tweegevecht en het aannemen van de uitdaging tot tweegevecht. ‘De twistvragen, waar toch bij dit misdrijf de grens te trekken tusschen strafbare poging en straffellooze voorbereidingshandelingen, zijn hierdoor afgesneden’.<sup>186</sup> De strafbaarheid van de uitdaging werd voldoende geacht. Blijkens de parlementaire behandeling van het Wetboek van Strafrecht werd aangenomen dat het voltooide delict, het tweegevecht zou kunnen worden voorkomen indien de poging niet strafbaar zou zijn. De uitdaging tot tweegevecht was niet strafbaar gesteld: voorkomen moest worden dat via de strafbare poging

<sup>184</sup> *Kamerstukken II*, 1950-1951, 2 258, nr. 4, p. 24, *Kamerstukken II*, 1950-1951, 2 258, nr. 5, p. 34.

<sup>185</sup> Blijkens *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 484, nrs. 1-2 en *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 484, nr. 3, p. 17 e.v. zullen de bepalingen omtrent tweegevecht uit het Wetboek van Strafrecht verwijderd worden vanwege de geringe praktische betekenis van deze bepalingen. Op het moment van schrijven behoren deze bepalingen nog tot het Wetboek en worden zij daarom besproken.

<sup>186</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van een Wetboek van Strafrecht, deel II*, Tjeenk Willink, Haarlem, 1891, p. 101-102.

de uitdaging alsnog strafbaar zou zijn. Ex art. 154, vierde lid, Sr is ‘indien het tweegevecht op leven of dood was aangegaan’ de voorbereidingshandeling voor deze gedraging strafbaar. Strijards ziet art. 154, vijfde lid, Sr als een delictspecifieke vorm van vrijwillige terugtred.<sup>187</sup> Concluderend: wie probeert een tweegevecht tot stand te brengen maar geen respons krijgt, is niet strafbaar.

#### *Formulering*

De formulering van de bepaling is geen onderwerp van parlementaire discussie geweest.

### 3.3.1.4. Getuigen en artsen bij een tweegevecht

#### *Wetstekst*

Artikel 156, eerste lid, Sr

‘*Getuigen en geneeskundigen die een tweegevecht bijwonen zijn niet strafbaar*’.

#### *Strekking en toepassing*

De wens om getuigen en geneeskundigen die een tweegevecht bijwonen niet te straffen wegens het niet voldoen aan de verplichting een ‘goed getuige’ te zijn is gelegen in de redenering dat met hun aanwezigheid het gevaar voor de deelnemende partijen wordt beperkt en daardoor aan het feit een minder strafbaar karakter zou worden gegeven. Met ‘getuige’ wordt niet de toevallige voorbijganger bedoeld, maar personen die fungeren als wederzijdse getuigen van degenen die het duel aangaan. Getuigen dienen derhalve ‘goede getuigen’ te zijn: de straffeloosheid wordt opgeheven indien de omstandigheden zich voordoen die in het tweede en het derde lid worden genoemd. In het derde lid wordt het sui generis karakter van het tweegevecht beperkt door de bepaling dat de bepalingen omtrent moord, doodslag of mishandeling worden toegepast op een of meer getuige(n) die zich opzettelijk schuldig maakt (maken) aan de daargenoemde omstandigheden.<sup>188</sup> Het sui generis karakter van tweegevecht staat de toepasselijkheid van de bepalingen met betrekking tot medeplichtigheid aan moord, doodslag en de verschillende mishandelingdelicten in de weg, nu tweegevecht een *lex specialis* is.

Degene die getuige is van een tweegevecht of als geneeskundige daarbij aanwezig is, is niet strafbaar indien deze zich als een goede getuige heeft gedragen. De voorwaarden van het tweegevecht moeten vooraf zijn geregeld, goede getuigen mogen de partijen bij het tweegevecht niet tot voortzetting aanzetten, zij mogen niet opzettelijk en ten nadele van een of

<sup>187</sup> *Kamerstukken II*, 1878-1879, 110, nr. 3, p. 91-92. Hazewinkel-Suringa/Rommelink, (1996), *a.w.*, p. 410. Strijards (1995), *a.w.*, p. 153-154.

<sup>188</sup> *Smidt II* (1891), *a.w.*, p. 114-115.

beide partijen toelaten dat van eerder afgesproken voorwaarden wordt afgeweken, bedrieglijk handelen of toelaten dat er bedrieglijke handelingen plaatsvinden.

#### *Formulering*

De formulering van het artikellid is geen punt van discussie geweest.

### 3.3.1.5. Bekendmaking van bedrijfsgegevens

#### *Wetstekst*

Artikel 273, tweede lid, Sr

*‘Niet strafbaar is hij die te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat het algemeen belang de bekendmaking vereiste’.*

#### *Strekking en toepassing*

Art. 273 Sr stelt de schending van bedrijfsgeheimen strafbaar. De delictsomschrijving van het eerste lid richt zich tot personen die bij een onderneming werkzaam zijn of werkzaam zijn geweest. Indien opzettelijk een geheim wordt geopenbaard waar geheimhouding op grond van ambt of beroep of (een) overeenkomst, bijvoorbeeld een concurrentiebeding, geboden was, schendt men het rechtsgoed van art. 273 Sr. Onder ‘bekendmaking’ moet worden verstaan ‘een mededeling aan een derde’.<sup>189</sup> Het artikellid is ingevoegd bij de Wet computercriminaliteit.<sup>190</sup> Doel van deze wet was het voldoen aan verdragsrechtelijke verplichtingen<sup>191</sup>, het tot op zekere hoogte komen tot internationale harmonisatie van het materiële strafrecht en het mogelijk maken van een meer adequate bescherming door het materiële strafrecht tegen mogelijkheden om met nieuwe technieken - en voortschrijdende toepassing van de technologische ontwikkeling(en) - gerechtvaardigde belangen te schenden.<sup>192</sup> Art. 273 Sr stelt voorts een ieder die van deze gegevens gebruik maakt of deze opzettelijk bekend maakt strafbaar, indien deze gegevens ten tijde van de bekendmaking of het gebruik niet

<sup>189</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 551, nr. 6, p. 37.

<sup>190</sup> Wet van 23 december 1992, *Stb.* 1993, 33.

<sup>191</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 551, nr. 6, p. 6. Gewezen wordt op art. 22 van het Internationale Verdrag betreffende de telecommunicatie (Trb. 1983, 164) waarin maatregelen worden voorgeschreven die op de geheimhouding van de internationale telecommunicatie gericht zijn.

<sup>192</sup> Drion omschreef de belangenafweging die met betrekking tot die gerechtvaardigde belangen die hier speelt als volgt: ‘De regel dat men zijn vuile was niet naar buiten moet brengen lijkt me, als de was werkelijk vuil is, zeker als algemene rechtsregel uiterst ongezond. De regel wordt ongezonder naar gelang de inwendige toestand van een vereniging of andere organisatie voor de buitenwereld meer belang heeft. In dezelfde mate zullen immers de door de vrijheid van meningsuiting gediende belangen zwaarder moeten gaan wegen’. H. Drion, Het rechterlijk verbod en de vrijheid van meningsuiting, in: *Op de grenzen van komend recht; opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.H. Beekhuis*, Zwolle, 1969, p. 91 e.v.

algemeen bekend waren en daaruit enig nadeel is kunnen ontstaan.<sup>193</sup> Indien het gaat om art. 273, eerste lid, sub 2 Sr moeten de gegevens betrekking hebben op een commerciële onderneming.<sup>194</sup> Echter, de strafrechtelijke bescherming is alleen geldig indien de geheimhouding bedongen is door middel van een contract.<sup>195</sup>

De strafuitsluitingsgrond betreft de opzettelijke bekendmaking te goeder trouw *in het algemeen belang*. Een voorbeeld hiervan zou de openbaarmaking van gegevens zijn waaruit (in de optiek van de verdachte) zou blijken dat de onderneming grote schade aan het milieu veroorzaakt.<sup>196</sup> Het betreft hier de belangenafweging tussen enerzijds de individuele schade welke is ontstaan naar aanleiding van een publicatie en anderzijds de vrijheid van meningsuiting en het recht op vrije nieuwsgaring in een democratische rechtsstaat.<sup>197</sup> In de kamerstukken werd dan ook de vraag opgeworpen of het bepaalde van het eerste lid van art. 273 Sr uitzondering kan lijden ten aanzien van nieuwsgaring gepleegd met het oog op (journalistieke) publicaties die kunnen worden geacht het algemeen belang te dienen. Het antwoord van de regering op deze vraag luidde dat dat inderdaad het geval is en dat aansluiting is gezocht bij de civiele jurisprudentie van de Hoge Raad inzake onrechtmatige publicaties waarbij criteria worden gegeven voor de afweging enerzijds van het belang van de samenleving bij openbaarmaking van wantoestanden en anderzijds het belang van de particulier bij geheimhouding van hem betreffende gegevens. Deze criteria worden geacht richtsnoer te zijn bij de interpretatie van de strafuitsluitingsgrond van het tweede lid.<sup>198</sup> Het is de vraag wat hier te verstaan is onder ‘algemeen belang’. In de kamerstukken wordt in dit verband verwezen naar HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801, civiele jurisprudentie met betrekking tot belediging als onrechtmatige daad. Het arrest en de later aangebrachte verfijningen in de civiele jurisprudentie worden hier besproken nu deze van belang zijn voor de interpretatie van het ‘algemeen belang’ zoals verwoord in art. 273, tweede lid, Sr. De voor dit onderzoek relevante rechtsoverweging luidt:

<sup>193</sup> *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 551, nr. 3, p. 1-3. *Kamerstukken I*, 1992 - 1993, 21 551, nr. 39a.

<sup>194</sup> Chr.H. van Dijk en J.M.J. Keltjens, *Computercriminaliteit*, Studiepockets Strafrecht deel 31, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1995 p. 153-157.

<sup>195</sup> *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 551, nr. 3, p. 22. In principe. NLR, aantekening 1a bij artikel 273 Sr stelt dat de ratio van het bestanddeel mee kan brengen dat het ook van toepassing kan zijn in het kader van voorschriften in non-contractuele verhoudingen. Vgl. eveneens *Kamerstukken II*, 28 990, 2002-2003, nr. 3, p. 16-17 met betrekking tot de bescherming van klokkenluiders in contractuele verhoudingen.

<sup>196</sup> *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 551, nr. 3, p. 21-22.

<sup>197</sup> Vgl. Owen M. Fiss, *The irony of free speech*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1996, m.n. ‘The democratic mission of the press’, p. 50-79.

<sup>198</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 551, nr. 5, p. 18-19 en nr. 6, p. 38.

‘Bij de hier aan de orde zijnde vraag staan in beginsel twee, ieder voor zich hoogwaardige, maatschappelijke belangen tegenover elkaar; aan de ene kant het belang dat individuele burgers niet door publikaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen; aan de andere kant het belang dat niet, door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden die de samenleving raken kunnen blijven voortbestaan dankzij het onvermogen van de verantwoordelijke overheidsorganen om in een gecompliceerde maatschappij als die waarin wij leven gelijkelijk aandacht te geven aan alle zaken die de aandacht verdienen, nog daargelaten de mogelijkheid van andere factoren die belemmerend kunnen werken op het doen beëindigen van een bepaalde misstand. Welk van deze belangen in een gegeven geval de doorslag behoort te geven, hangt af van de in onderling verband te beschouwen omstandigheden, en wel -in een situatie als de onderhavige- in het bijzonder van de volgende:

- a. de aard van de gepubliceerde verdenkingen en de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie ze betrekking hebben;
- b. de ernst -bezien vanuit het algemeen belang- van de misstand welke de publikatie aan de kaak beoogt te stellen;
- c. de mate waarin ten tijde van de publikatie de verdenkingen steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal;
- d. de inkleding van de verdenkingen, gezien in verhouding tot de onder a. t/m c. bedoelde factoren;
- e. de mate van waarschijnlijkheid dat, ook zonder de verweten publikatie via de pers, in het algemeen belang het nagestreefde doel langs andere, voor de wederpartij minder schadelijke wegen met een redelijke kans op spoedig succes bereikt had kunnen worden;
- f. een mogelijke beperking van het door de perspublikatie te veroorzaken nadeel voor degene die erdoor wordt getroffen, in verband met de kans dat het desbetreffende stuk, ook zonder de verweten terbeschikkingstelling aan de pers, in de publiciteit zou zijn gekomen.’

De vraag die vervolgens opkomt is de vraag naar de nadere invulling van de norm, die ook op de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 273, tweede lid Sr van toepassing is. De invloed van civiele jurisprudentie op de invulling van de strafrechtelijke norm wordt in het vierde hoofdstuk nader besproken. In de hiernavolgende arresten zijn aanvullingen op bovenstaande punten aangebracht. Daaruit kan worden afgeleid dat het algemeen belang nader geconcretiseerd kan worden door middel van belangenafwegingen tussen vrijheid van meningsuiting enerzijds en andere grondrechten, zoals grondrechten betreffende de persoonlijke levenssfeer anderzijds. In de eerste plaats is er HR 22 januari 1993, *NJ* 1994, 734 waarin de vrijheid van meningsuiting van de Staat in een publiek debat ter discussie stond. In deze casus vorderden oud-verzetsstrijders en enkele organisaties een verklaring voor recht dat de pensioenbeschikking van de weduwe Rost van Tonningen in strijd was met het recht, en subsidiair dat het de Staat verboden zou zijn in het openbaar het standpunt in te nemen dat deze beschikkingen rechtmatig waren. Dergelijke uitlatingen van de Staat zouden psychisch leed en schade bij verschillende groepen personen teweeg kunnen



brenge<sup>199</sup>. Met betrekking tot de subsidiaire vordering dat de Staat zich hier niet over uit zou mogen laten overwoog de Hoge Raad:

‘Aan hun subsidiaire vordering hebben de stichting c.s. dezelfde stelling ten grondslag gelegd als aan hun primaire, te weten (zie hiervoor onder 3.2.3.) dat de Staat, door in het kader van voormeld parlementair debat als uitgangspunt te nemen dat meerbedoelde pensioenbeschikkingen op zichzelf regelmatig zijn genomen, jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld omdat hij wist zowel dat dit uitgangspunt rechtens ‘onhoudbaar’ was, als dat door het innemen van en blijven volharden bij dit uitgangspunt niet alleen ‘de integriteit van de rechtsstaat’ geweld werd aangedaan maar ook aan verzetstrijders psychisch leed en schade werd berokkend. Deze stelling kan echter toewijzing van het gevorderde verbod om, kort gezegd, dit uitgangspunt in het openbaar te herhalen, niet wettigen. Het gaat hier om een *mening* over een rechtsvraag waarbij de stichting c.s. niet onmiddellijk zijn betrokken, te weten de vraag of de pensioenbeschikkingen ten aanzien van mevr. Rost van Tonningen op zichzelf regelmatig genomen zijn. De regering heeft deze mening, naar de stichting c.s. in ander verband zelf beklemtonen, uitgesproken in een openbaar debat over een publieke zaak. Het zowel in de Grondwet als in internationale verdragen neergelegde recht op vrijheid van meningsuiting, waarop dan ook de regering aanspraak heeft, brengt mede dat de Staat dan niet in rechte kan worden aangesproken op grond van de stelling dat de door de regering aldus uitgesproken mening onjuist is. Dat wordt niet anders, indien, zoals te dezen, aan die stelling nog wordt toegevoegd dat de regering die mening heeft verkondigd en daaraan is blijven vasthouden alhoewel haar zowel vóór als tijdens voormeld overleg erop was gewezen: dat deze ‘onhoudbaar’ is, ‘de integriteit van de rechtsstaat aantast’ en daardoor psychisch leed veroorzaakt. Het recht op vrijheid van meningsuiting beschermt immers, zeker in een publiek debat als het onderhavige, in beginsel ook meningen waaraan anderen aanstoot kunnen nemen of waardoor anderen worden geschokt. Het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft op dit aspect herhaaldelijk gewezen’.

Het tweede arrest is HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473, m.nt. DWFV betreffende de publicatie van een portret zonder de toestemming van degene die op het portret afgebeeld stond. Het betrof de foto van Ferdi E., veroordeeld wegens de moord op G.-J. Hein, welke foto als illustratie was gevoegd bij een artikel over zes beruchte moordenaars.

‘Art. 21 Auteurswet (AW) kent in samenhang met art. 30 en 35 AW de geportretteerde een bescherming toe met name tegen de inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer (...), maar dit recht heeft niet een ‘absoluut gewicht’ dat in beginsel groter is dan dat van het recht op vrijheid van meningsuiting. Het gaat hier om twee vrijheden die zowel voor de ontplooiing van het individu, als voor een democratische samenleving als zodanig wezenlijk zijn, en er bestaat geen grond tussen deze beiden een rangorde te aanvaarden’. (...) Een en ander betekent dat, ingeval in het kader van een perspublicatie en zonder daartoe strekkende opdracht van de geportretteerde vervaardigd portret buiten diens toestem-

<sup>199</sup> Rost van Tonningen was Kamerlid voor de NSB en werd gedurende de Tweede Wereldoorlog werd door de bezetter in verschillende ambtelijke functies benoemd. In juni 1945 pleegde hij in afwachting van berechting zelfmoord.

ming openbaar wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden dat deze openbaarmaking een inbreuk vormt op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, het antwoord op de vraag of die openbaarmaking jegens hem onrechtmatig is, slechts kan worden gevonden door een afweging die met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval ertoe strekt na te gaan welk van beide fundamentele rechten in dit geval zwaarder weegt’.

Ten slotte HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422, m.nt. EJD. Het dagblad *Het Parool* had in een artikel de vraag opgeworpen of een bekende filmmaker met het ombrengen van een onderduiker een verzetsdaad of een roofmoord zou hebben gepleegd. Jaren later vertelde deze cineast in een artikel in het *NRC Handelsblad* van 1 december 1989, dat hij ten tijde van de bevrijding van Amsterdam gedetineerd was wegens het liquideren van een onderduiker. Dit artikel werd de aanleiding om deze daad nader te onderzoeken, resulterend in enkele artikelen in *Het Parool*, begin 1990. Blijkens de conclusie van A-G Vranken heeft deze cineast (V.G.) op 24 mei 1943 een bij hem sedert 19 mei 1943 verblijvende joodse onderduiker gedood en, met behulp van een ander, het lijk in een houten kist in een sloot heeft achtergelaten. Bij vonnis van 15 juni 1944 is V.G. door de rechtbank onder meer veroordeeld wegens doodslag. Op 17 januari 1946 is gratie verleend en het onvervulde deel van de gevangenisstraf kwijtgescholden. De Hoge Raad oordeelde dat het hof overeenkomstig de eerdergenoemde maatstaven de juiste belangen tegenover elkaar heeft afgewogen, maar:

‘daarbij verdient aantekening dat in dit geval niet louter de goede naam van V.G. in het geding is, maar tevens en zelfs in de eerste plaats diens (..) recht om niet, meer dan veertig jaar nadat hij voor het ombrengen van (..) werd veroordeeld, zijn straf ter zake had ondergaan en voor het overige gratie had gekregen, in het openbaar wederom met deze - op jeugdige leeftijd, onder oorlogsomstandigheden begane - daad te worden geconfronteerd en dat nog wel in de vorm van de zowel grievende als ontorende beschuldiging dat het daarbij, anders dan in het strafvonnis was aangenomen, ging om *roofmoord*’. (..) [Het antwoord op de vraag] of voldaan is aan het vereiste dat gezegd kan worden dat in een democratische samenleving toewijzing van het gevorderde noodzakelijk is ter bescherming van de rechten van V.G. (..) kan slechts worden gevonden door een afweging die met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval ertoe strekt na te gaan welk van beide hier tegenover elkaar staande fundamentele rechten - aan de zijde van *Het Parool* c.s. het recht op vrijheid van meningsuiting en aan de zijde van V.G. diens recht op eer en goede naam en vooral diens in 5.10 nader aangeduide recht om ‘alleen te worden gelaten’ - in dit geval zwaarder weegt’ (..) ‘Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat de hiervoor onder 5.10 genoemde rechten van V.G. bijzonder zwaar wegen. Eerbied voor de menselijke persoon brengt mee dat aan een veroordeelde zijn daad, nadat hij haar heeft geboet, in beginsel niet meer wordt nagehouden. Aan dit beginsel wordt niet relevant afbreuk gedaan doordien, zoals hier, de berechting onder bijzondere omstandigheden heeft plaatsgevonden welke waarschijnlijk ertoe hebben geleid dat bij onderzoek ter terechtzitting niet alle relevante omstandigheden aan de orde zijn geweest. Een en ander impliceert dat indien na zodanig tijdsverloop als hier, een met veel ophef in de publiciteit

brenge van een beschuldiging als de onderhavige al ooit gerechtvaardigd kan zijn, dan toch hoogstens onder bijzondere omstandigheden die meebrengen dat bij kennisneming daarvan een gerechtvaardigd publiek belang bestaat. Ter rechtvaardiging van een dergelijke publicatie moeten derhalve klemmende redenen van publiek belang bestaan, terwijl bovendien mag worden verlangd dat de beschuldiging berust op onderzoek dat aan hoge eisen van zorgvuldigheid voldoet'.

Er kan hier eveneens gewezen worden op HR 19 juni 1962, *NJ* 1962, 276, waarin de Hoge Raad de redenering van het hof accordeerde dat verdachte met het inlichten van de pers had behoren te wachten omdat de overheid enige tijd gegund zou moeten worden om een onderzoek naar door verdachte gedane beschuldigingen in te stellen en Hof Amsterdam 22 oktober 1968, *NJ* 1969, 466, waarin een beroep op het algemeen belang ex art. 261 Sr niet geaccepteerd werd daar er andere wegen dan publicatie van beschuldigingen openstonden.

Uit het bovenstaande en de tekst van de bijzondere strafuitsluitingsgrond volgt het volgende. Degene die te goeder trouw heeft kunnen menen dat een algemeen belang de - opzettelijke - openbaring van geheimen vereist uit het bedrijf waar hij werkzaam is (geweest) of welke gegevens door misdrijf zijn verkregen is niet strafbaar. Hoe het bestanddeel 'algemeen belang' in concreto ingevuld wordt, dient, naar civiele jurisprudentie van de Hoge Raad inzake belediging, vastgesteld te worden op basis van contextueel bepaalde proportionaliteits- en subsidiariteitsoverwegingen. Anders dan bij belediging, staat hier echter geen individueel belang, maar een bedrijfsbelang centraal. Het belang van het bedrijf wordt afgewogen tegen het belang van de samenleving om geïnformeerd te worden.

#### *Formulering*

De formulering van dit artikellid is geen discussiepunt geweest.

#### 3.3.1.6. Levensbeëindiging op verzoek

##### *Wettekst*

Artikel 293, tweede lid, Sr

*'Het in het eerste lid bedoelde feit is niet strafbaar, indien het is begaan door een arts 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, Wet op de lijkbezorging'.*

##### *Strekking en toepassing*

Art. 293 Sr betreft opzettelijke levensbeëindiging op verzoek (euthanasie). In de literatuur wordt handelen dat als euthanasie is te benoemen onderscheiden in passieve of actieve euthanasie. Passieve euthanasie betreft dan

het door een arts afzien van of het beëindigen van een behandeling waarvan vaststaat dat deze voor de patiënt in casu medisch gezien zinloos is, ook indien er bij de betrokken arts het besef is dat dit het overlijden van de patiënt zal veroorzaken of bespoedigen. Dit afzien van een behandeling kan eveneens op verzoek van een patiënt gebeuren door middel van de weigering van (of het intrekken van toestemming voor) een behandeling. Actieve euthanasie betreft de opzettelijke levensbeëindigende handeling op verzoek, welke handeling wordt verricht door een ander dan de verzoeker. Het uitdrukkelijke of ondubbelzinnige en ernstige verlangen om het leven te beëindigen dient duurzaam te zijn en mag niet door de verdachte zijn opgewekt.<sup>200</sup> Een dergelijk verzoek wordt in het algemeen gedaan op basis van als uitzichtloos ervaren lichamelijk of geestelijk lijden.<sup>201</sup> De eigen aard van dit geprivilegieerde delict is in de parlementaire behandeling te vinden in dit citaat:

‘Hij die voldoet aan iemands uitdrukkelijk en ernstig verlangen om hem van het leven te berooven, is aanmerkelijk lichter te straffen dan de schuldige aan gewone moord. De toestemming kan de strafbaarheid van de levensberoving niet opheffen, maar zij geeft aan het feit een geheel ander karakter -de wet straft als het ware niet meer dan den aanval tegen het leven van een bepaald persoon, maar de schending van den eerbied aan het menselijk leven in het algemeen verschuldigd- onverschillig uit welk motief de dader handelt. Misdrijf tegen het leven blijft, aanslag tegen den persoon vervalt’.<sup>202</sup>

Via Morpheus, God van de dromen en zoon van Hypnos, God van de slaap, naar Charon, de veerman van de onderwereld die de zielen van de overledenen over de Styx naar het hiernamaals bracht. Euthanasie is vanwege de vervlechting met religieuze- en levensbeschouwelijke inzichten, emancipatie van patiënten, medische ethiek, medisch-technische macht en het medische beroepsgeheim een maatschappelijk strijdpunt en zal dat -naar alle waarschijnlijkheid- ook blijven. De euthanasiepraktijk en de daaraan gerelateerde problematiek met betrekking tot de bescherming van het menselijk leven en het respect voor de wens van mensen om nodeloos lijden te verkorten om waardig te kunnen sterven dwongen tot reflectie en legislatief ingrijpen, mede vanwege geconstateerd ‘oneigenlijk’ gebruik van de alge-

<sup>200</sup> Smidt II (1891), *a.w.*, p. 464. De regering was van mening dat ‘het verlangen (...) uitdrukkelijk kenbaar en ernstig gemeend’ diende te zijn. Iets anders is de situatie dat de verdachte over de beëindiging van het leven begint te spreken terwijl er bij degene op wie de euthanasie is toegepast al een ‘uitdrukkelijk en ernstig verlangen’ bestaat. Vgl. eveneens Wöretshofer (1992) *a.w.*, p. 129 e.v.

<sup>201</sup> De Hoge Raad erkende geestelijk lijden als grond voor uitzichtloos lijden in het Chabot-arrest (HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656), maar bracht een beperking aan in de zaak-Brongersma door levensmoeheid niet als psychisch uitzichtloos en ondragelijk lijden te erkennen: HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167 m.nt. Sch.

<sup>202</sup> Smidt II (1891), *a.w.*, p. 463.

mene strafuitsluitingsgrond van art. 40 Sr.<sup>203</sup> De wetgever verlangt zorgvuldigheid en controle op de euthanasiepraktijk. Wat medisch gezien, vanuit het oogpunt van de patiënt of de behandelaar, binnen hun interactie als zorgvuldig gekwalificeerd wordt, hoeft dat juridisch niet te zijn vanwege niet-naleving van een of meer juridische vereisten. De verschillende belangen lopen niet noodzakelijkerwijs parallel; de wens van de behandelde om continuering van het verrichten van medische handelingen in het kader van stervensbegeleiding hoeft vanuit het oogpunt van een behandelaar geen zinvolle medische handeling te zijn. Daarnaast:

‘De mens is niet altijd mondig. Er zijn categorieën van mensen die niet bij machte zijn hun wil te vormen. Terzake zijn eigen sterven kiest de mens niet vrijwillig en tenslotte bestaat de mogelijkheid van misbruik van de geoorloofdheid van euthanasie. De vrijwilligheid ontbreekt in die zin dat patiënten in de terminale fase veelal een ernstig verzwakt bewustzijn hebben en hun wil niet goed kunnen vormen; ook pijn kan een bewustzijnsvernauwend effect hebben. De vrijwilligheid is verder in gevaar door gerichte en ongerichte psychische druk. De gerichte druk kan uitgaan van de hulpverlener en van slechte omstandigheden; de ongerichte kan voortvloeien uit een communis opinio dat zwakken en invaliden een last voor de gemeenschap zijn.’<sup>204</sup>

Diverse keren is geprobeerd de strafrechtelijke regeling van euthanasie en hulp bij zelfdoding te wijzigen. Er zijn verschillende voorstellen gedaan om de euthanasieproblematiek op te lossen.<sup>205</sup> De Hoge Raad heeft bepaald dat euthanasie onder de toepassing van art. 40 Sr gerechtvaardigd is indien deze begaan is door een arts die aan een aantal voorwaarden heeft voldaan.<sup>206</sup> Desondanks werd de behoefte aan een wettelijke regeling er niet minder om. Uiteindelijk werd in augustus 1999 het wetsvoorstel voor de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (WTL) ingediend.<sup>207</sup> Beoogd werd hiermee de rechtszekerheid, de zorgvuldigheid en de inzichtelijkheid van en de controle op de euthanasiepraktijk te verster-

<sup>203</sup> C. Kelk, ‘Euthanasie, het einde van een rijpingsproces?’, *Nederlands Juristenblad* 1997, p. 619-627 en *Kamerstukken II*, 1997-1998, 26 000, nr. 3, p. 3.

<sup>204</sup> Blad (1996) *a.w.*, p. 332. Zie voorts C. Ruttenfrans, ‘Alles onder controle: eerst het water, nu de dood’, *De Gids*, Juli/Augustus 1997, m.n. p. 578-583 en Joost Zwagerman, *Het vijfde seizoen*, Uitgeverij De Arbeiderspers, Amsterdam/Antwerpen, 2003, p. 261-276.

<sup>205</sup> Al in 1978 werd er een motie aangenomen waarin de regering verzocht werd een staatscommissie in het leven te roepen die zich over deze problematiek zou buigen. *Kamerstukken II*, 1978-1979, 15 300, nr. 26. Uitgebreider: Blad (1995), *a.w.*, p. 336-400.

<sup>206</sup> HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106 m.nt. Th.W.v.V. De toepassing van de algemene strafuitsluitingsgrond werd geprefereerd boven een interpretatie van de neutrale term ‘van het leven beroven’. H.A. Demeersseman, ‘De levensberoving bij de misdrijven tegen het leven’, in: Ch. J. Enschedé e.a. (red.) *Naar eer en geweten. Liber Amicorum J. Remmelink*, Gouda Quint, Arnhem, 1987, p. 105.

<sup>207</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 691, nrs. 1-2. Uiteindelijk: Wet van 12 april 2001, houdende toetsing van levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding en wijziging van het Wetboek van Strafrecht en van de Wet op de lijkbezorging (Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding), *Stb.* 2001, 194.

ken door middel van een bijzondere strafuitsluitingsgrond, gecombineerd met een meldingsprocedure en een procedure voor de toetsing achteraf van gemelde gevallen door een regionale toetsingscommissie.<sup>208</sup> De regering motiveerde het wetsvoorstel mede door erop te wijzen dat de overheid in deze problematiek niet of voor het ene of voor het andere kan kiezen:

‘Wij beogen met dit wetsvoorstel de grenzen van de toepassing van euthanasie aan te geven, omdat de overheid een effectieve bescherming van het menselijk leven als uitgangspunt neemt en het haar taak is om er zorg voor te dragen dat dit uitgangspunt zoveel mogelijk tot gelding kan komen. Daartegenover staat dat wij de wens van ernstig lijdende mensen om op een voor hen waardige wijze te kunnen sterven respecteren. De keuze om daadwerkelijk tot een actieve bekorting van het (laatste deel van het) leven over te gaan behoort echter in de eerste plaats toe aan de persoon om wiens leven het gaat. Dit betekent dat het een overheidsverantwoordelijkheid is de juridische grenzen af te bakenen waarbinnen een verzoek om euthanasie of hulp bij zelfdoding ingewilligd kan worden. Zo is het ook een overheidsverantwoordelijkheid om ruimte te laten aan mensen die van de mogelijkheden hiertoe op grond van (principiële) bezwaren geen gebruik zullen maken’.<sup>209</sup>

De strafuitsluitingsgrond is door de regering gekwalificeerd als een rechtvaardigingsgrond, daar deze de strafbaarheid van het feit betreft welke eraan komt te ontvallen zodra vastgesteld is dat de pleger aan de verschillende zorgvuldigheidseisen heeft voldaan.<sup>210</sup> Een levensbeëindigende handeling dient gekoppeld te blijven aan medische inzichten met betrekking tot ondragelijk en uitzichtloos lijden.<sup>211</sup> De regering zag het wetsvoorstel volgens de memorie van toelichting als het sluitstuk van het beleid met betrekking tot melding en toetsing van euthanasie en hulp bij zelfdoding, in die zin dat de strafbaarstelling verdwijnt voor de zorgvuldig handelende arts. Het wetsvoorstel is een codificatie van de jurisprudentiële ontwikkeling met betrekking tot euthanasie en hulp bij zelfdoding.<sup>212</sup> De regering

<sup>208</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 691, nr. 3, p. 6-7 en, nr. 2.

<sup>209</sup> *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2000-2001, 26 691, nr. 137b, p. 7. In dit kader wordt ook het recht op zelfbeschikking uitgewerkt, zie *Kamerstukken I*, 2000-2001, 26 691, nr. 137b, p. 12.

<sup>210</sup> *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 9, p. 9.

<sup>211</sup> Vgl. de zaak Brongersma. De rechtbank koppelde in het vonnis van 30 oktober 2000 de hulp bij zelfdoding los van medische inzichten. Het College van procureurs-generaal betwistte niet dat het oordeel omtrent ondragelijk lijden subjectief is, maar deze ‘subjectiviteit mag in zaken waarin geen sprake is van somatisch of psychiatrisch lijden nooit zo zwaar wegen dat deze, in het geval van acceptatie door een medicus, uitmonden in een medische exceptie, en daarmee in een positie die als het ware geen ruimte meer laat voor rechterlijke toetsing op dat punt’. *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nrs. 23 en 26. Hieromtrent: M.A.J.M. Buijssen, ‘Kwaliteit van leven’ als maatstaf bij beslissingen rond het levenseinde: de zaak-Brongersma’, *Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 2001, nr. 1, p. 3-8, J.R. Blad en P.C. Bogert, ‘Beschikbaarstelling van zelfdodingsmiddelen. Kan Drions wens veilig vervuld worden?’, *Delikt en Delinkwent* 2002, p. 446 e.v. en B.E. Chabot, *Sterfwerk. De dramaturgie van zelfdoding in eigen kring*, Uitgeverij SUN, 2001.

<sup>212</sup> ‘Met dit wetsvoorstel wordt beoogd de codificatie van criteria, op grond waarvan volgens vaste jurisprudentie tot dusver een beroep op de algemene strafuitsluitingsgrond overmacht

stelde dat door de voorgestelde strafuitsluitingsgrond een ‘verantwoord evenwicht’ is gevonden tussen het belang van de arts bij een spoedige en deskundige beoordeling van zijn gedrag en het terugbrengen van de onzekerheid dienaangaande enerzijds en het belang van de waarheidsvinding in het geval dat een strafrechtelijk onderzoek gewenst is anderzijds. Voorts stelde de regering dat de arts die tevergeefs een beroep heeft gedaan op de bijzondere strafuitsluitingsgrond zich echter alsnog kan beroepen op art. 40 Sr.<sup>213</sup>

Blijkens de memorie van toelichting kan, om te verzekeren dat levensbeëindiging op verzoek of hulp bij zelfdoding in alle gevallen aan toetsing achteraf is onderworpen, de arts zich alleen op deze bepaling beroepen indien hij zijn handelen meldt bij de gemeentelijke lijkschouwer en daarbij een verslag voegt bevattende een gemotiveerde uiteenzetting betreffende de inachtneming van de zorgvuldigheidseisen waarin de wet voorziet en welke door betrokkenen in acht dienen te worden genomen.<sup>214</sup> De toetsing achteraf kreeg een medisch-professionele invalshoek: het voorstel beoogde de rechtzekerheid van artsen en patiënten te dienen, maar biedt niet de zekerheid dat er nooit tot vervolging zal worden overgegaan, ‘omdat iedere individueel geval wordt getoetst aan zorgvuldigheidseisen, welke onvermijdelijk abstract zijn geformuleerd’. Het openbaar ministerie neemt ex art. 9, tweede lid, WTL kennis van het oordeel van de toetsingscommissie en baseert daar in voorkomende gevallen een vervolgingsbeslissing op.<sup>215</sup>

Het opnemen van de zorgvuldigheidsvereisten, die specifieke gezondheidsrechtelijke en andere niet-strafrechtelijke onderwerpen bevatten in het Wetboek van Strafrecht, zou volgens de regering niet in overeenstemming met de strekking van het Wetboek van Strafrecht zijn. Omtrent het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie werd opgemerkt:

‘Voor de goede orde merken wij op dat dit wetsvoorstel in het vervolgingsmonopolie van de officier van justitie in algemene zin geen wijziging brengt. Tot het instellen van een opsporingsonderzoek is de officier van justitie bevoegd bij een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit. Dit is niet anders in geval van levensbeëindiging op verzoek of hulp bij zelfdoding. Dit betekent evenwel niet, dat het openbaar ministerie over alle meldingen van levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, ook indien het handelen als zorgvuldig is beoordeeld door

in de zin van noodtoestand is aanvaard. Dit is waar de bijzondere strafuitsluitingsgrond in wezen neerkomt’. *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 9, p. 13.

<sup>213</sup> *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 691, nr. 6, p.44- 46, *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 9, p. 9 en *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 24, p. 10. Schalken had in zijn noot onder HR 30 november 1999, *NJ* 2000, 216 hetzelfde geconstateerd. Op de verhouding tussen de algemene en de bijzondere strafuitsluitingsgrond wordt in het vierde hoofdstuk van dit boek teruggekomen.

<sup>214</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 691, nr. 3, p. 1.

<sup>215</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 691, nr. 3, p. 2 en p. 7.

de toetsingscommissie een afdoeningsbeslissing moet nemen. Het nemen van een vervolgingsbeslissing is eerst aangewezen, indien een opsporingsonderzoek is ingesteld. Tot dit laatste bestaat aanleiding, hetzij indien door de toetsingscommissie het handelen als onzorgvuldig is aangemerkt, hetzij indien uit anderen hoofde een redelijk vermoeden van schuld rijst, bijvoorbeeld, (...) omdat de gemeentelijke lijk-schouwer aan de officier van justitie bij de melding van een niet-natuurlijke dood wijst op ernstige onregelmatigheden, of omdat er een aangifte van een derde is. Teneinde te verzekeren dat de officier van justitie, indien daartoe aanleiding is, zijn strafvorderlijke taken kan blijven vervullen, is in het wetvoorstel een bepaling opgenomen die de toetsingscommissies verplicht de officier van justitie desgevraagd alle inlichtingen te verstrekken die hij behoeft ten behoeve van een in te stellen opsporingsonderzoek of ten behoeve van een adequate beoordeling van een door de commissie als onzorgvuldig beoordeeld geval'.<sup>216</sup> (...) Aanleiding tot vervolging zal dus (...) kunnen ontstaan, indien het openbaar ministerie zulks nodig acht, nadat de commissie het handelen van de arts onzorgvuldig heeft geoordeeld of indien een opsporingsonderzoek ingesteld na een aangifte daartoe aanleiding geeft'.<sup>217</sup>

De memorie van toelichting stelt dat de opname van de bijzondere strafuitsluitingsgrond, benoemd als een rechtvaardigingsgrond, de strafbaarheid van andere verschijningsvormen van levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding onverlet laat.<sup>218</sup> Het feit is niet strafbaar indien een arts die ten aanzien van een patiënt een levensbeëindigende handeling verricht of nalaat een levensverlengende handeling te verrichten, daarbij aan alle zorgvuldigheidseisen voldoet en aan de meldingsplicht voldaan is.<sup>219</sup>

#### *Formulering*

Aan de betekenis van de bepaling is veel aandacht besteedt. Evenals bij de hierna te bespreken abortuswetgeving moet de geringe aandacht voor de formulering begrepen worden in het licht van de aard van de bepaling, die moet worden opgevat als het sluitstuk van een procedure, hetgeen tot gevolg heeft dat de discussie zich toespitst op de procedure als geheel en de verschillende onderdelen van de procedure.<sup>220</sup> Het bestanddeel arts ver-

<sup>216</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 691, nr. 3, p. 8. Gedoeld wordt met dit laatste op art. 10 WTL waarin gesteld wordt dat de commissie verplicht is aan de officier van justitie desgevraagd alle inlichtingen te verstrekken, die hij nodig heeft ten behoeve van de beoordeling van het handelen van de arts in het geval als bedoeld in art. 9, tweede lid of ten behoeve van een opsporingsonderzoek.

<sup>217</sup> *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 24, p. 10.

<sup>218</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 691, nr. 3, p. 5.

<sup>219</sup> *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 22, p. 68. Zie voor een uitwerking van de verschillende procedurele vereisten de paragraaf omtrent proceduralisering van rechtsgoederenbescherming in het vierde hoofdstuk van dit boek.

<sup>220</sup> De gevoerde amendementen hebben dan ook betrekking op de verschillende materiële en formele of procedurele vereisten zoals de noodzaak van een wilsverklaring (*Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 14), het eventuele in art. 2, eerste lid, WTL, nuanceren van het subjectieve criterium 'uitzichtloos en ondragelijk lijden' door de toevoeging een meer objectief criterium als 'onbehandelbaar' (*Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 961, nr. 15), kennisge-



wijst naar art. 1 onder c van de WTL. Het bestanddeel ‘zorgvuldigheidseisen’ verwijst naar de zorgvuldigheidseisen zoals cumulatief geformuleerd in art. 2, eerste lid, sub a-e WTL. Het bestanddeel ‘mededeling aan de gemeentelijke lijkschouwer overeenkomstig art. 7, tweede lid, Wet op de Lijkbezorging’ verwijst naar de verplichting van de arts om, als er sprake is van hulp bij zelfdoding of levensbeëindiging op verzoek, geen verklaring van overlijden af te geven, maar de oorzaak van overlijden onverwijld en door middel van het invullen van een formulier gezamenlijk met het verslag betreffende de zorgvuldigheidseisen ex art. 2 WTL aan de gemeentelijke lijkschouwer of de gemeentelijke lijkschouwers kenbaar te maken.

### 3.3.1.7. Abortus provocatus

#### *Wetstekst*

Artikel 296, vijfde lid, Sr

*‘Het in het eerste lid bedoelde feit is niet strafbaar, indien de behandeling is verricht door een arts in een ziekenhuis of kliniek waarin zodanige behandeling volgens de Wet afbreking zwangerschap mag worden verricht’.*

#### *Strekking en toepassing*

De opzettelijke afdrijving of het laten sterven van een menselijke vrucht,<sup>221</sup> ook wel abortus provocatus genoemd, is eveneens een maatschappelijk strijdpunt geweest en is dat in mindere mate nog.<sup>222</sup> Het artikellid is bij de Wet afbreking zwangerschap (hierna: WAZ) in het Wetboek van Strafrecht terechtgekomen.<sup>223</sup> Strafbaar is degene die een vrouw een behandeling geeft terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat daardoor een zwangerschap kan worden afgebroken.

Vóór de inwerkingtreding van de WAZ ging de strafwetgeving ervan uit dat enkel de arts die op grond van een medische indicatie een zwanger-

ving van alle oordelen van de toetsingscommissie aan het openbaar Ministerie (*Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 19), etc.

<sup>221</sup> In HR 24 mei 1879, *W* 6978 bepaalde de Hoge Raad dat voor de strafbaarheid van abortus bewezen diende te worden dat de menselijke vrucht tijdens de abortieve handeling levensvatbaar was. Vruchten van minder dan tweëntwintig weken worden in de huidige medische wetenschap als niet levensvatbaar aangemerkt. Vgl. de fictie van art. 82a Sr, waar gesteld wordt dat onder de in de artikelen 287-289 Sr voorkomende zinsnede ‘van het leven beroven’ eveneens wordt begrepen: ‘het doden van een vrucht die naar redelijkerwijs verwacht mag worden in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven’. Vgl. eveneens HR 23 maart 1989, *NJ* 1989, 808.

<sup>222</sup> In de Verenigde Staten komt het voor dat abortusklinieken door militante pro-life organisaties worden opgeblazen of in brand worden gestoken en abortusartsen worden neergeschoten. Zie de beschrijving van een abortuspraktijk in John Irving’s *The Cider House Rules* (1985).

<sup>223</sup> Wet van 1 mei 1981, houdende regelingen m.b.t. het afbreken van zwangerschap, *Stb.* 1981, 257.

schap afbrak zich niet schuldig maakte aan een van de strafbare feiten van de artikelen 251bis en 295-297 (oud) Sr.<sup>224</sup>

Verskillende overwegingen die twijfel omtrent de juistheid van een strafbepaling die ook abortus met toestemming van de vrouw door een geneeskundige verbood vormden naast overwegingen met betrekking tot emancipatie en toenemende aandacht voor sociale indicaties van abortus.<sup>225</sup> hebben ten grondslag gelegen aan de wens een wetswijziging betreffende de strafbaarheid van abortus tot stand te brengen. Er waren de veranderde opvattingen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap en de afweziging tussen enerzijds de bescherming van het ongebooren leven en anderzijds het recht van de vrouw op hulp bij een noodsituatie ten gevolge van ongewenste zwangerschap. Daarnaast was er de verruiming van het begrip ‘medische indicatie’<sup>226</sup> Resumerend: bescherming van het ongebooren leven, erkenning van het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw en verantwoorde hulpverlening in geval van een ongewenste zwangerschap, zijn de verschillende rechtsgoederen die het terrein van art. 296 Sr bestrijken. De memorie van toelichting van een eerder wetsvoorstel uit 1972 omtrent abortus verwoordde het als volgt:

‘De opvattingen omtrent seksualiteit, huwelijk, zwangerschap en gezinsvorming zijn in beweging geraakt; de verschillen in oordeel over de waarde van menselijk leven en in ethische waardering van menselijke gedragingen nemen toe. Aan de kwaliteit van het individuele menselijke bestaan in lichamelijk, geestelijk en ook in maatschappelijk opzicht worden hogere eisen gesteld. Daarbij groeit het verlangen, dat dat bestaan naar eigen levensbeschouwing of inzicht in te richten en daarvoor zelf verantwoordelijkheid te dragen’.<sup>227</sup>

De WAZ beëindigde door het schrappen van art. 295 (oud) Sr de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een vrouw bij zwangerschapsafbreking. De strafrechtelijke aansprakelijkheid werd bevestigd van degene die als niet-geneeskundige of als arts die (tijdelijk of permanent) uit de uitoefening van de geneeskunde is ontzet<sup>228</sup> dan wel een arts die de zwangerschapsafbrekende handelingen verricht in een ziekenhuis of een kliniek, niet zijnde een ziekenhuis of kliniek in de zin van de WAZ. Ook de arts of de niet-arts die zonder toestemming van de vrouw een zwangerschap afbreekt, blijven

<sup>224</sup> *Kamerstukken II*, 1978-1979, 15 475, nrs. 1-4, p. 14.

<sup>225</sup> J.V. Outshoorn, *De politieke strijd rondom de abortuswetgeving in Nederland 1964-1984*, diss. VU, p. 100-197.

<sup>226</sup> De afwijzing van de strafbaarstelling resulteerde in het oneigenlijk als ‘medische indicatie’ kwalificeren van bepaalde abortussen. *Kamerstukken II*, 1978-1979, 15 475, nrs. 1-4, p. 1 en p. 9-11.

<sup>227</sup> *Kamerstukken II*, 1978-1979, 15 475, nrs. 1-4, p. 12.

<sup>228</sup> De bescherming die art. 436 Sr (het onbevoegd en buiten enige noodzaak enig beroep uitoefenen) zou kunnen bieden werd onvoldoende geacht: *Kamerstukken II*, 1978-1979, nrs. 1-4, p. 21.

strafbaar. Er is voor gekozen de wet te richten op behandelingen met als doel het afbreken van zwangerschap, anders gezegd: de abortieve handeling zou het doel van de handeling moeten zijn. Een medische handeling die abortus tot gevolg zou hebben zonder dat zulks het doel is valt buiten de wet.<sup>229</sup> De door de wetgever gewenste zorgvuldige besluitvorming rondom een abortieve ingreep diende door middel van verschillende vereisten te worden gerealiseerd.<sup>230</sup> De abortieve ingreep kan uitsluitend worden verricht door een bevoegde medicus in een abortuskliniek of een ziekenhuis, die gereguleerd worden door een vergunningstelsel waaraan verschillende voorwaarden kunnen worden verbonden en de bepaling van een tijdsperiode tussen het ogenblik waarop de vrouw zich tot een arts wendt en de eventuele abortieve ingreep. De door de wetgever gewenste zorgvuldige besluitvorming werd realistischer geacht dan een algemene normstelling. Om die reden werd dan ook afgezien van materiële normstelling:

‘De wetgever is echter niet bij machte die zorgvuldigheid af te dwingen door een algemene normstelling te formuleren en deze zo nodig in concrete gevallen via strafsancities te handhaven. De situaties van nood, waarin abortus provocatus aan de orde kan komen, zijn zo uiteenlopend, dat een dergelijke algemene norm, indien zij al reële inhoud zou hebben, niet het beoogde effect zou hebben. (...) De bescherming die de wet moet bieden aan ongebooren menselijk leven -een bescherming die in de bestaande situatie niet naar behoren kan worden gerealiseerd- hebben wij in het ontwerp willen bereiken door waarborgen te geven voor een procedure, die moet leiden tot een zorgvuldige besluitvorming in concrete gevallen. In het bijzonder zal moeten vaststaan dat passende hulp en voorlichting aan de vrouw is gegeven over alternatieven voor een eventuele abortus en dat de besluitvorming niet alleen weloverwogen is, maar zich ook in vrijwilligheid voltrekt. (...) Het normatieve karakter van het wetsontwerp komt dus niet primair tot uitdrukking in een stelsel van moeilijk of niet te controleren geboden en verboden van algemene inhoud, maar in een complex van voorzieningen die een zorgvuldige besluitvorming, voorafgaande aan een eventuele zwangerschapsafbreking, moeten waarborgen’.<sup>231</sup>

Over het opnemen van overtredingen van de bepalingen in de WAZ en daarnaast het handhaven van het misdrijf van art. 296 Sr is discussie geweest. Verschillende Kamerleden kwalificeerden het als onlogisch, ongewenst of bevreemdend, nu er ‘geen termen aanwezig (zijn) om afbreking van zwangerschap in het Wetboek van Strafrecht te handhaven’. Met name het verschil komt tot uitdrukking tussen de toch ‘vrij principiële strafbaarstelling’ en de geconstateerde onmacht van de wetgever om een algemene normstelling voor de zorgvuldigheid van de beslissing tot zwangerschaps-

<sup>229</sup> *Kamerstukken II*, 1978-1979, nrs 1-4, p. 24.

<sup>230</sup> H. Singer-Dekker, ‘De wet afbreking zwangerschap op de keper beschouwd of zullen we het dan nooit leren?’, J.P. Balkema e.a. (red.), *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Gouda Quint, 1985, p. 337.

<sup>231</sup> *Kamerstukken II*, 1978-1979, 15475, nrs. 1-4, p. 10. Wöretshofer (1992), *a.w.*, p. 124.

afbreking te formuleren en deze via strafsancities te handhaven.<sup>232</sup> De tegenstanders van het wetsvoorstel formuleerden hun argumenten ofwel op basis van hun levensbeschouwelijke inzichten, ofwel op basis van hun onvrede met het wetsvoorstel dat in hun ogen niet ver genoeg ging vanwege de handhaving van de strafbaarstelling, welke door Minister De Ruiter wordt verdedigd:

‘De vrees dat strafbaarstelling een zorgvuldige hulpverlening zou belemmeren, doordat vrouw en arts zich door strafsancities bedreigd zouden voelen, lijkt mij volslagen onterecht, niet alleen omdat de strafbaarstelling van de vrouw in het hele wetsontwerp niet meer voorkomt, in tegenstelling tot het geldende recht, maar ook omdat, als een arts doet wat in redelijkheid van hem verwacht mag worden, zich namelijk in zijn methodiek van besluitvorming voegen in de bepalingen van dit wetsontwerp, hij dan helemaal niets te duchten heeft. Voorts is de strafbaarstelling in het Wetboek van strafrecht gerechtvaardigd, doordat de desbetreffende strafbepaling zich richt tegen degene die niet bevoegd is abortusingrepen te verrichten, hetzij, omdat de zwangerschapsafbreking wordt verricht door een niet-geneeskundige of door een arts die uit de oefening van de geneeskunst is ontzet, dan wel door een arts die de ingreep heeft verricht op een andere plaats dan waar die in het stelsel van deze nieuwe wet is toegelaten.’<sup>233</sup>

Voorts is er in de parlementaire behandeling aandacht voor de strafuitsluitingsgrond van art. 40 Sr.<sup>234</sup> De Minister was van mening dat overmachtsituaties zeer uiteen kunnen lopen en dat vanwege die reden de wetgever gekozen heeft voor een algemeen overmachtartikel en ervan heeft afgezien bij elke strafbepaling afzonderlijk de voor die bepaling specifieke overmachtsituaties te omschrijven.<sup>235</sup> Hetzelfde zou gelden voor het begrip ‘noodsituatie’ ten aanzien waarvan de Minister van mening is dat in de eerste plaats geen enkele wettelijke definitie sluitend zou kunnen zijn en ten tweede ‘zou de garantie dat de wet inderdaad naar letter en geest wordt nageleefd, er door een dergelijke definitie, als die toch gevonden was, niet noodzakelijkerwijs groter op behoeven te worden’. Ten slotte zou een formulering van het begrip noodsituatie indruisen

‘tegen wat wij nu juist zien als de meest zekere waarborg voor een zorgvuldig mogelijke voorbereiding van de besluitvorming inzake zwangerschapsafbreking, te weten het besef bij de vrouw en de arts van de eigen verantwoordelijkheid tegenover het ongeborn menselijk leven en van de gevolgen voor de vrouw en de haren. Wij zouden dus met ons eigen uitgangspunt in strijd komen indien wij op de beslissing een stereotiepe formule van toepassing wilden doen zijn’.<sup>236</sup>

<sup>232</sup> *Kamerstukken II*, 1978-1979, 15 475, nr. 5, p. 45-48.

<sup>233</sup> *Handelingen II*, 27 november 1980, p. 1706 en *Handelingen I*, 28 april 1980, p. 812 e.v.

<sup>234</sup> *Kamerstukken II*, 1979-1980, 15 475, nr. 9, p. 22-23.

<sup>235</sup> *Kamerstukken II*, 1980-1981, 15 475, nr. 10, p. 21.

<sup>236</sup> *Handelingen I*, 28 april 1981, p. 810.

Een ander discussiepunt was de verandering van de medische ethiek sinds 1886.<sup>237</sup> Tijdens de vaststelling van het Wetboek van Strafrecht kon Minister Modderman nog een soort scheidslijn tussen het juridische en het medische aangeven. De vraag van de Kamer aan Modderman of het wenselijk was in het abortusartikel een uitzondering op te nemen voor de arts die de abortus uitvoert vanwege een voor de vrouw levensbedreigende situatie werd negatief beantwoord.

‘In het algemeen is de genees- en verloskunst volkomen gedekt, zoo dikwerf hij handelt naar de regelen zijner kunst. Toestemming van den patient is noch altijd nodig -de patient is wellicht bewusteloos;- noch op zichzelf voldoende. (..) Uit niets 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’.<sup>238</sup>

Ongeveer negen decennia later wordt geconcludeerd dat de ontwikkelingen in de medische wetenschap en de medische ethiek en de juridisering van de maatschappij tot gevolg hebben dat ‘het vertrouwen dat de wetgever van 1886 in de medicus had, de stringente bescherming van het menselijk leven niet langer waarborgt’.<sup>239</sup>

Met betrekking tot de bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond is het volgende op te merken. Onder ‘bevoegde arts’ dient degene te worden verstaan die hier te lande bevoegd is tot het uitoefenen van de genees-, heel- en verloskunst, alsmede, voor zover het betreft de geneeskundige bedoeld in art. 3, tweede lid, WAZ de geneeskundige die in het land waar hij bevestigd is, daartoe bevoegd is. Een ziekenhuis is een inrichting waarin personen worden opgenomen voor het ondergaan van een genees- heel-, of verloskundige behandeling, met inbegrip van een daarvan onderdeel uitmakende polikliniek. Een (abortus)kliniek is een inrichting, niet zijnde een ziekenhuis, waarin vrouwen een behandeling ondergaan, gericht op het afbreken van zwangerschap. Een zwangerschapsafbrekende handeling door een bevoegde arts welke de handeling in een ziekenhuis of kliniek in de zin van de Wet afbreking zwangerschap verricht is niet strafbaar.<sup>240</sup>

#### *Formulering*

Het oorspronkelijke wetsvoorstel van de abortuswet kende een anders geformuleerde strafuitsluitingsgrond: *Het in het eerste lid bedoelde feit is niet strafbaar, indien de Wet afbreking zwangerschap van toepassing is.* De Raad van State had bezwaren tegen deze formulering, omdat deze te vaag

<sup>237</sup> *Handelingen II*, 16 december 1980, p. 2132.

<sup>238</sup> Smidt II (1891), *a.w.*, p. 469 e.v.

<sup>239</sup> *Handelingen II*, 27 november 1980, p. 1711.

<sup>240</sup> Zie paragraaf 4.5.2.

zou zijn.<sup>241</sup> De Regering was echter van mening dat de bescherming van het ongebornen leven vereist dat abortieve handelingen niet gezien zouden worden als normale medische handelingen waarop het medische tuchtrecht ook op abortieve handelingen van toepassing zou zijn en stelde de huidige formulering van de strafuitsluitingsgrond voor.<sup>242</sup>

In de parlementaire discussie wordt de bepaling besproken in het licht van het wetsvoorstel als geheel. Met betrekking tot de strekking van het artikel-lid zijn er twee amendementen ingediend welke een alternatief boden voor de strafuitsluitingsgrond zoals deze in het wetsvoorstel was geformuleerd. Het - later ingetrokken - amendement Kappeyne van de Coppello c.s. beoogde het voorgestelde artikel te wijzigen door beter tot uitdrukking te brengen dat een geneeskundige die de behandeling verricht in een ziekenhuis of kliniek met een vergunning krachtens de WAZ ten principale niet onder art. 296 Sr valt.<sup>243</sup> Na 'Hij die' zou 'niet bevoegd tot het uitoefenen van de geneeskunst, of de geneeskundige, die buiten een ziekenhuis of kliniek waarin een behandeling volgens de Wet afbreking zwangerschap mag worden verricht' ingevoegd moeten worden, waardoor het vijfde lid zou kunnen vervallen. De bijzondere strafuitsluitingsgrond zou derhalve bestanddeel van de delictsomschrijving moeten worden. Het amendement van de leden Haas-Berger en Wessel-Tuinstra<sup>244</sup> beoogde deels hetzelfde, namelijk de invoeging van de woorden 'niet bevoegd tot het uitoefenen van de geneeskunst' als bestanddeel van de delictsomschrijving en het laten vervallen van de strafuitsluitingsgrond. Hiermee werd beoogd enkel de onbevoegde (arts) die een abortieve ingreep verricht onder het Wetboek van Strafrecht te doen vallen. De bevoegde arts die de ingreep verricht buiten een kliniek of ziekenhuis met vergunning zou gestraft moeten worden volgens de WAZ. Kamerlid Haas-Berger wijst op het verschil tussen haar amendement en het wetsvoorstel:

'De grens tussen de werking van het Wetboek van Strafrecht en die van de Wet afbreking zwangerschap wordt op dezelfde plaats gelegd. Dat is waar, maar de verschillen tussen beide voorstellen worden gemakshalve vergeten. Het voorstel van de Regering houdt in: wel strafbaar, maar met een strafuitsluitingsgrond, en het voorstel van de VVD houdt in: niet strafbaar indien men zich aan de regels houdt. Een verschil tussen 'neen, tenzij' en 'ja, tenzij'.<sup>245</sup>

In de Kamer constateerde de regering dat er materieel gezien geen verschil is tussen het regeringsvoorstel en het amendement. Verscheidene kamerleden vonden het regeringsvoorstel het meest duidelijk. Zo constateerde

<sup>241</sup> *Kamerstukken II*, 1978-1979, 15 475, nr. A, p. 94.

<sup>242</sup> *Kamerstukken II*, 1978-1979, 15 475, Nader rapport aan de Koningin, p. 116.

<sup>243</sup> *Kamerstukken II*, 1980-1981, 15 475, nr. 20.

<sup>244</sup> *Kamerstukken II*, 1980-1981, 15 475, nr. 32.

<sup>245</sup> *Handelingen II*, 2 december 1980, p. 1777.

Kamerlid Verbrugh: ‘Juist door het construeren van een strafuitsluitingsgrond zegt men in feite dat een arts wel strafbaar is, maar niet wordt vervolgd vanwege de strafuitsluitingsgrond’.<sup>246</sup> Het verschil in benadering blijkt uit de wens van de VVD om tot volledige legalisering te komen; de regering wil hier niet aan omdat dit tegen de ratio van het wetsvoorstel in zou gaan. Het amendement is dan ook verworpen. Het wetsvoorstel is in de Eerste Kamer met een minimale meerderheid van 38 tegen 37 stemmen aangenomen.<sup>247</sup>

### 3.3.1.8. Mishandeling

#### *Wetstekst*

Artikel 300, vijfde lid, Sr

*‘Poging tot dit misdrijf is niet strafbaar’.*

#### *Strekking en toepassing*

Mishandeling wordt opgevat als het ‘opzettelijk toebrengen van enig leed aan lichaam of gezondheid’<sup>248</sup>. De strafbepaling van aer. 300 Sr is aldus de juridische positivering van de materiële norm ‘Gij zult een ander niet opzettelijk lichamenlijk leed toebrengen of diens gezondheid opzettelijk benadelen’.<sup>249</sup> De term kwam in de plaats van ‘opzettelijk lichamenlijk leed aandoen’. Het is niet voldoende ‘dat men opzettelijk leed doet, maar daarboven een vereischte dat dit leed doel was. (...) Wie zijn kind kastijdt of, als chirurg, 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’.<sup>250</sup>

De motivering van deze bepaling is gekoppeld aan de uitzonderingen op de regel van de strafbaarheid. Indien bij mishandeling het opzet niet gericht is op het toebrengen van lichamenlijk letsel of de benadeling van eens anders gezondheid, zou het te ver gaan poging tot mishandeling strafbaar te stellen ‘en dus reeds hem te straffen, die de hand heeft opgeheven om een ander te treffen, indien dit opzet geenerlei gevolg heeft gehad (...)’.<sup>251</sup>

#### *Formulering*

In de parlementaire behandeling is geen discussie met betrekking tot de formulering.

<sup>246</sup> *Handelingen II*, 16 december 1980, p. 1776-1793 en p. 2136.

<sup>247</sup> *Handelingen II*, 16 december 1980, p. 2136..

<sup>248</sup> Smidt II (1891), *a.w.*, p. 63.

<sup>249</sup> Smidt II (1891), *a.w.*, p. 475.

<sup>250</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1878-1879, 110, nr. 3, p. 117.

<sup>251</sup> Smidt II (1891), *a.w.*, p. 430 e.v.

### 3.3.1.9. Bedrog met handelsnaam of merk

#### *Wetstekst*

Artikel 337, tweede lid, Sr.

*‘Niet strafbaar is hij die enkele waren, onderdelen daarvan of merken als omschreven in het eerste lid in voorraad heeft uitsluitend voor eigen gebruik’.*

#### *Strekking en toepassing*

Dit artikellid<sup>252</sup> heeft betrekking op de uitsluiting van strafbaarheid van enkele van de gedragingen die zijn omschreven in art. 337, eerste lid, Sr. Artikel 337 Sr betreft het bedrog met een handelsnaam of een merk. Voorbeelden hiervan zijn het illegaal kopiëren van muzikhouders zoals cassettes en compact discs en het aanbrenge van een gerenommeerd modemerkt op een goedkoop t-shirt. Het enkele ‘in voorraad hebben’ van gefalsificeerde goederen<sup>253</sup> is door middel van een amendement<sup>254</sup> ingevoerd in het strafrecht en had tot doel de bewijspositie van het openbaar ministerie te verlichten. Het amendement hield in dat in het voorgestelde art. 337, eerste lid, onderdeel e Sr de zinsnede ‘ten verkoop of ter uitdeling’ zou vervallen. De motivering luidde dat volgens het voorstel van de regering het openbaar ministerie niet alleen zou moeten bewijzen dat een verdachte een grote hoeveelheid nagemaakte producten in voorraad heeft, maar tevens dat hij die in voorraad heeft ‘ten verkoop of ter uitdeling’ Dit zou in de praktijk kunnen leiden tot een ‘lastige bewijspositie’. Het amendement stelde het ‘in voorraad hebben’ strafbaar en beoogde daarmee mede de bewijslast voor het openbaar ministerie te verlichten. Het amendement zou eveneens in overeenstemming zijn met de bedoeling van de Europese Piraterijverordening (Verordeningen 241/99 en 3295/94), betreffende het Gemeenschapsmerk, een communautaire merkenregeling op basis waarvan ondernemingen door een uniforme procedure het recht kunnen verwerven om gebruik te maken van gemeenschapsmerken met hetzelfde recht op bescherming en rechtsgevolgen op het gehele grondgebied van de gemeenschappelijke markt. Gedurende de behandeling van dit amendement in de Tweede Kamer zijn de gevolgen geschetst voor het opsporings- en vervolgingsbeleid

<sup>252</sup> Ingevoegd bij Wet van 30 november 2000, *Stb.* 530.

<sup>253</sup> *Stb.* 110, Wet van 25 februari 1999, Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, de Auteurswet 1912 en de wet op de naburige rechten, vastgesteld i.v.m. EG-verordening nr. 3294/94 van 22/12/1995 ter vaststelling van maatregelen om het in het vrije verkeer brengen, de uitvoer, de wederuitvoer en de plaatsing onder een schorsingsregeling van nagemaakte of door piraterij verkregen goederen te verbieden en de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie, Overeenkomst inzake handelsaspecten van intellectuele eigendom. *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 848, nr. 3. J. de Hullu, ‘Internationale invloeden op het materiele strafrecht’, in G.J.M Corstens en M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en recht. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof.mr. N. Keijzer van de Katholieke Universiteit Brabant*, Gouda Quint, Deventer, 2000, p. 337-338.

<sup>254</sup> *Kamerstukken II*, 1997-1998, 25 474, nr. 7.



met betrekking tot het bezit van nagemaakte goederen voor eigen gebruik, zoals bijvoorbeeld de door een grootmoeder voor een kleinkind gebreide Nijntje©.<sup>255</sup> De reikwijdte van de strafbaarstelling zou moeten worden beperkt door middel van een ‘prudent opsporings- en vervolgingsbeleid’.

In de Eerste Kamer is de vraag opgeworpen of dit wel zo wenselijk zou zijn: ‘Stroomlijning van de toepassing van het gewijzigde art. 337 Sr via het vervolgingsbeleid liet immers onverlet dat dit artikel nog steeds feiten strafbaar stelt die niet tot het terrein van het strafrecht zouden moeten behoren’. Zonder afbreuk te doen aan de strekking van het door de Tweede Kamer aangenomen amendement verdiende het derhalve de voorkeur om deze kwestie materieelrechtelijk op te lossen door middel van een strafuitsluitingsgrond voor de gevallen waarin enkele nagemaakte goederen in voorraad zijn uitsluitend voor eigen gebruik.<sup>256</sup>

De ratio van het artikellid is dan ook gelegen in ‘het verschaffen van helderheid over datgene wat als strafwaardig moet worden beschouwd’.<sup>257</sup> Het wetsvoorstel is door het CDA gekwalificeerd als een wetsvoorstel dat ‘uitdrukkelijk en uitsluitend tot doel heeft het ongedaan maken van een recentelijk bij amendement in een wet opgenomen bepaling’. Tijdens de schriftelijke behandeling vroeg de fractie van de VVD naar de mogelijkheden voor een geslaagd beroep op de strafuitsluitingsgrond. De Minister antwoordde als volgt:

‘dat de voorgestelde strafuitsluitingsgrond, ook door zijn plaatsing in een apart artikellid, betrekkelijk los staat van de gedragingen die zijn opgenomen in de delictsomschrijving van artikel 337, eerste lid, Sr. Dit brengt mee dat de rechter bij een beroep op deze strafuitsluitingsgrond ook buiten hetgeen is telastegelegd, dient te bezien of aannemelijk is dat zich (tegelijkertijd) de situatie heeft voorgedaan op grond waarvan sprake kan zijn van uitsluiting van strafbaarheid. Bij telasteleggingen waarin begrippen als ‘invoer’ en ‘doorvoer’ opgenomen zijn, zijn dergelijke situaties heel goed denkbaar. Beide gedragingen - ‘het in- of doorvoeren’ en ‘het in voorraad hebben voor eigen gebruik’ - kunnen zich immers gelijktijdig voordoen. Anderzijds ligt het niet voor de hand deze gedragingen expliciet in het tweede lid te vermelden, daar niet zozeer het invoeren eigen gebruik mogelijk maakt, maar wel het - daarna - voorhanden hebben van het voorwerp. Bij gedragingen als ‘verkopen’ of ‘afleveren’ ligt overigens een geslaagd beroep op de strafuitsluitingsgrond uiteraard veel minder voor de hand, omdat bewezenverklaring van ‘verkopen’ of ‘afleveren’ niet te rijmen valt met bezit voor eigen gebruik’.(..) In de praktijk zal het erop neerkomen dat reizigers die bijvoorbeeld op Schiphol terugkeren met een nagemaakt horloge of polo-shirt een geslaagd beroep kunnen doen op de voorgestelde strafuitsluitingsgrond. Het zal in dit geval duidelijk zijn dat de noodzaak van een actief vervolgingsbeleid voor dergelijk betrekkelijk marginale zaken niet aanwezig is. Dit zal anders liggen wanneer iemand de

<sup>255</sup> *Kamerstukken I*, 1998-1999, 25 474, nr. 6, p. 1, *Kamerstukken I*, 1998-1999, 25 474, nr. 6b, p. 1-2.

<sup>256</sup> *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 848, nr. 3, p. 2.

<sup>257</sup> *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 848, nr. 5, p. 2.

luchthaven aandoet met bagage waarin een zodanige hoeveelheid nagemaakte goederen wordt aangetroffen dat in redelijkheid niet meer gesteld kan worden dat deze goederen dienen voor eigen gebruik'.<sup>258</sup>

De fractie van D66 was van mening dat het openbaar ministerie, op basis van het opportuniteitsbeginsel, niet noodzakelijkerwijs iemand hoeft te vervolgen die nagemaakte goederen in voorraad heeft. Een prudent opsporings- en vervolgingsbeleid is volgens deze partij te prefereren boven de voorgestelde bijzondere strafuitsluitingsgrond, die indruist tegen de aard en de strekking van het eerder besproken amendement Dittrich die wet was geworden en waarbij nu een bijzondere strafuitsluitingsgrond is gevoegd. Daarnaast zou een strafbepaling dusdanig helder moeten worden geformuleerd dat er geen uitzonderingen op gemaakt hoeven te worden.<sup>259</sup> Gedurende de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer stelt Dittrich dat de Minister in zijn antwoorden op vragen betreffende concrete problemen bij opsporings- en vervolgingsautoriteiten met de toepassing van de wet geschreven heeft dat er 'geen aanleiding is om te denken dat de rechtspraktijk niet uit de voeten kan met de wet'. Inhoudelijk is Dittrich gezien het opportuniteitsbeginsel van mening dat 'de bezorgdheid over de reikwijdte van de bepaling na de amendering door de Tweede Kamer opmerkelijk, zeker ook als je kijkt naar andere bepalingen in het Wetboek van Strafrecht'.

'Als diezelfde oma (die voor een kleinkind een Nijntje©-trui heeft gebreid, pcb) haar geduld verliest met haar kleinkind, omdat het de door oma gebreide Nijntje-trui niet wil aantrekken en oma geeft haar kleinkind in een onbewaakt ogenblik een tik, dan heeft zij zich volgens de letterlijke tekst van artikel 300 aan mishandeling schuldig gemaakt. Kun je nu zeggen dat oma's in Nederland moeten vrezen dat zij achter slot en grendel worden gezet? (..) Kan de praktijk met het mishandlingsartikel niet uit de voeten? Het antwoord op die vraag is: ja. Overweegt de Minister van Justitie bij mishandeling een nieuwe strafuitsluitingsgrond op te nemen, bijvoorbeeld in de trant dat hij niet strafbaar is die een ander slechts beperkt letsel heeft toegebracht? Nee, dat overweegt de Minister niet. Kortom de rechtspraktijk vindt zijn weg met wetsartikelen die tot ongewenste resultaten zouden kunnen leiden als je ze heel erg naar de letter van de wet leest of ze volgens de letter van de wet toepast'.<sup>260</sup>

Dittrich vraagt zich af of deze strafuitsluitingsgrond niet opgevat kan worden als 'een selectieve toepassing van bezorgdheid' waardoor de systematiek van het Wetboek van Strafrecht kan worden ondergraven. Ondanks deze straitsrechtelijke en systematische bezwaren heeft de fractie van D66 overigens inhoudelijk geen bezwaar tegen het goed geformuleerde wetsvoorstel. De Minister reageert hierop door de kritiek van Dittrich betreffende de 'prudente toepassing van het opportuniteitsbeginsel' te onderschrij-

<sup>258</sup> *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 848, nr. 5, p. 1-2.

<sup>259</sup> *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 848, nr. 4, p. 3.

<sup>260</sup> *Handelingen II*, 27 september 2000, p. 5-256.

ven. Toch blijft de Minister van mening dat er in artikel 337 gedragingen strafbaar worden gesteld die buiten het bereik van de strafwet zouden behoren te vallen. Uit een oogpunt van rechtszekerheid zou het de voorkeur verdienen om, door middel van de strafuitsluitingsgrond, het wel strafbaar gestelde gedrag nog preciezer te omschrijven:

‘Waar mogelijk dienen wij te streven naar zo nauwkeurig mogelijk omschreven strafbaarstellingen in plaats van ons te verlaten op de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. (...) Juist in het Wetboek van Strafrecht moet bijzonder nauwkeurig worden omschreven wat men precies bedoelt. Dat is de reden geweest dat ik met een wijziging van artikel 337 ben gekomen. (...) Als er indertijd meer naar mij was geluisterd, was op dat moment het amendement van de heer Dittrich misschien aangepast. Dan hadden wij in wezen dit wetsvoorstel hier niet aan de orde hoeven te hebben’.<sup>261</sup>

Resumerend: niet strafbaar is de burger die een zeer kleine hoeveelheid nagemaakte goederen voor eigen gebruik in voorraad heeft. Er is blijkens de parlementaire behandeling ook een beroep op deze strafuitsluitingsgrond mogelijk ten aanzien van het in de delictsomschrijving strafbaar gestelde ‘invoeren’, ‘doorvoeren’, ‘vertonen’ en ‘afleveren’ van goederen onder de voorwaarde dat het goederen voor eigen gebruik betreft.

#### *Formulering*

Er is bewust gekozen voor de term ‘in voorraad hebben voor eigen gebruik’. Mede naar aanleiding van HR 21 april 1998, NJ 1998, 782, waarin beslist werd dat in bezit hebben van materiaal ‘in voorraad hebben’ ex art. 240b, eerste lid, Sr oplevert, zouden andere bewoordingen interpretatieproblemen resulterend in rechtsonzekerheid hebben opgeleverd. Zo zou er een onderscheid kunnen worden gemaakt tussen het strafbare ‘in voorraad hebben’ en het niet-strafbare ‘voorhanden hebben’. Ook is er aandacht voor het woord ‘enkele’. Conform artikel 16b, eerste lid, Auteurswet 1912 moet hierbij gedacht worden aan ‘een gering aantal’. De memorie van toelichting spreekt van ‘twee of drie exemplaren, doch er kunnen zich ook situaties voordoen waarin dit er meer zijn’. De grens wordt bepaald door de aard van de nagemaakte goederen, het aantal aangetroffen exemplaren en de stellingname dat het bezit uitsluitend dient voor eigen gebruik.<sup>262</sup> Tijdens de schriftelijke behandeling vroeg de fractie van Groen Links zich af of deze bewoording voor problemen zou gaan zorgen, daar er situaties denkbaar zijn dat iemand meer dan enkele waren in zijn bezit heeft, maar toch alleen voor eigen gebruik: het ‘wezenlijke verschil met het in voorraad hebben van enkele waren voor eigen gebruik’ zou niet blijken. Omdat de grens niet duidelijk is zou het in dergelijke gevallen moeilijker zijn de strafbaarheid te rechtvaardigen. De term ‘enkele’ zou op gespannen voet

<sup>261</sup> *Handelingen II*, 27 september 2000, p. 5-256-257.

<sup>262</sup> *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 848, nr. 3, p. 3.

kunnen staan met ‘de eisen die vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid aan de afbakening van een bepaling moeten worden gesteld’. De Minister antwoordde hierop dat ook iemand een beroep op het artikellid zou kunnen doen indien hij ‘meer dan twee of drie’ nagemaakte goederen voor eigen gebruik in bezit heeft.

‘De voorgestelde formulering biedt daartoe ook ruimte; immers, aan het begrip ‘enkele’ kan bij wijze van interpretatie geen absoluut cijfer worden gegeven. Algemene regel zal echter zijn dat het aantal beperkt moet blijven, omdat meer exemplaren zelden dienstig kunnen worden geacht voor het eigen gebruik. Dit kan onder omstandigheden anders liggen, bijvoorbeeld wanneer sprake is van een hobbycollectie, bestaande uit goederen die zelf door iemand zijn nagemaakt. Bepalend is of ten aanzien van het aantal aanwezige exemplaren, gelet op de aard ervan (waarvan het aspect van de commerciële aantrekkingskracht van de goederen een belangrijke rol speelt), in redelijkheid gesteld kan worden dat al deze exemplaren dienen voor eigen gebruik. Indien een veelheid van nagemaakte goederen wordt aangetroffen, zal daarvan slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zijn, reden waarom ik meen dat de rechtszekerheid meer gediend is met het verschaffen van duidelijkheid over de algemene regel dan met het suggereren van ruimte (door schrapping van het begrip ‘enkele’) die er in werkelijkheid nauwelijks is’.<sup>263</sup>

Het eigen gebruik wordt ruimer opgevat dan de gelijkkluidende termen in art. 16c, eerste lid, Auteurswet 1912. Ook de bestanddelen ‘voor eigen oefening’ en ‘voor eigen studie’ worden behandeld. Zo is het eigen gebruik beperkt tot de eigen besloten kring. Indien dit niet het geval is, is er geen sprake meer is van het ‘in voorraad hebben voor eigen gebruik’.

### 3.3.1.10. Vernieling van computergegevens

#### *Wetstekst*

Artikel 350a, vierde lid, Sr

*‘Niet strafbaar is degene die het feit, bedoeld in het derde lid, pleegt met het oogmerk om schade als gevolg van deze gegevens te beperken’.*

#### *Strekking en toepassing*

Art. 350a Sr is van toepassing op ‘gegevens die door middel van een geautomatiseerd werk zijn opgeslagen, worden verwerkt of overgedragen’. De delictomschrijving stelt het invoeren van een computervirus strafbaar indien daardoor andere gegevens worden veranderd, gewist, onbruikbaar of ontoegankelijk worden gemaakt en kan een gevaarzettingsdelict worden genoemd.<sup>264</sup> Onder het begrip ‘gegevens’ wordt verstaan: ‘een weergave van feiten, begrippen of instructies op een overeengekomen wijze, geschikt

<sup>263</sup> *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 848, nr. 4, p. 3 en *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 848, nr. 5, p. 3.

<sup>264</sup> *Handelingen NJV*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1998-1, Deel III, Y. Buruma, *Internet en strafrecht*, p. 143-144.

voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of door automatische middelen. Onder 'feiten' worden zowel reële als denkbeeldige gebeurtenissen begrepen. Dit betekent dat niet alleen gegevens die zijn opgeslagen of worden overgedragen met het oogmerk om de mens informatie ter beschikking te stellen, hier onder vallen doch ook (programma)gegevens<sup>265</sup> die slechts bedoeld zijn om een computer te sturen. Daarmee worden ook virussen bedoeld.<sup>266</sup> Uit de memorie van toelichting blijkt dat het begrip 'gegevens' onderscheiden moet worden van het begrip 'informatie': 'dat betrekking heeft op de uitwerking van gegevens, zoals beoogd of ervaren door de gebruikers ervan. Het verwijst naar een subjectief proces, dat mede afhankelijk kan zijn van culturele of maatschappelijke factoren'.<sup>267</sup>

Het artikellid vloeit voort uit de Wet computercriminaliteit I<sup>268</sup>. Het derde lid van art. 350a Sr stelt strafbaar degene die 'opzettelijk en wederrechtelijk gegevens ter beschikking stelt of verspreidt die bedoeld zijn om schade aan te richten door zichzelf te vermenigvuldigen in een geautomatiseerd werk'. Het artikellid stond in de voorstellen van de voorbereidende commissie van het wetsvoorstel - de Commissie Franken - en is in eerste instantie niet in het wetsvoorstel opgenomen vanwege de conclusie van de Minister dat 'gebruik van door misdrijf uit een geautomatiseerd werk verkregen gegevens niet zodanig schadelijk voor de samenleving is en dat dergelijke gegevens op een lijn moeten worden gesteld met gegevens die voor spionage van belang zijn en dat de artikelen 272 en 273 Sr wat betreft gebruik door derden nimmer aanleiding hebben gegeven tot de roep om wetswijziging'. De Raad van State was niet overtuigd door deze redenering, nu de in het wetsvoorstel geregelde delicten veelal zouden worden gepleegd om de verkregen gegevens aan derden te verhandelen en in de meeste gevallen slechts door deskundigen zouden kunnen worden begaan. De parlementaire discussie in de Tweede Kamer met betrekking tot art. 350a Sr omvat de discussie over de wijze van strafbaarstelling<sup>269</sup> en de wenselijkheid van het wetsvoorstel. Daarnaast werd de bescherming die de delictomschrijvingen van art. 350a, eerste lid, jo. 350a, tweede lid, Sr zouden bieden afdoende geacht. 'Het eerste, het tweede en het derde lid dekken in combinatie alter-

<sup>265</sup> *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 551, nr. 3, p. 5.

<sup>266</sup> Zie m.b.t. computervredebreuk ex art. 138 Sr en het in art. 350a Sr strafbaar gestelde computermanipulatie: Y. Buruma, 'Computerfraude', in H.J.B. Sackers en P.A.M. Mevis (red.), *Fraudedelicten*, Studiepockets strafrecht, W.E.J. Tjeenk Willink Deventer, tweede druk, 2000, p. 166-174.

<sup>267</sup> *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 551, nr. 3, p. 5.

<sup>268</sup> Wet tot Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en van het Wetboek van Strafvordering in verband met de voortschrijdende toepassing van informatietechniek (Wet computercriminaliteit). Wet van 23 december 1992, *Stb.* 1993, 33.

<sup>269</sup> Enkele Kamerleden wilden bijvoorbeeld ter voorkoming van bewijsperikelen het woord 'wederrechtelijke' in het artikel voegen: *Kamerstukken II*, 1991-1992, 21 551, nrs. 17, 18 en 19 en *Handelingen II*, 24 juni 1992, p. 93-5839 e.v.

natief en misschien ook wel eens cumulatief de situaties van het inbrengen van virussen en van die andere programmaveranderingen en – toevoegingen’.<sup>270</sup> De noodzaak of de mogelijkheid voor extensieve uitleg van andere strafbepalingen is volgens de Minister niet aan de orde. Weliswaar kan de wetgever niet alles voorzien, maar het is iets anders indien ‘uit de taakverdeling tussen wetgever en rechter en een algemeen aanvaard principe van wetsuitleg, dat binnen de gebruikelijke interpretatiekaders de rechter de tekst van de wetgever beter mag verstaan dan de wetgever zelf die op het moment van totstandkoming heeft weten te bedoelen’.<sup>271</sup>

Eveneens werden er in de parlementaire behandeling diverse vragen naar de reikwijdte van de strafbaarstelling en de gevolgen van virussen opgeworpen.<sup>272</sup> Volgens verschillende fracties voorzag de strafbaarstelling niet in een adequate aanpak van gegevensbeschadiging door virussen. De Minister volstond in eerste instantie met te wijzen op de aansluiting die er is gezocht bij de reikwijdte inzake zaaksbeschadiging ex art. 350 Sr.<sup>273</sup> Uiteindelijk gaat de Minister toch overstag. Bij Nota van wijziging wordt de bijzondere strafuitsluitingsgrond als derde lid, gezamenlijk met het tweede lid,<sup>274</sup> waarbij voorzien werd in de strafbaarstelling van degene die overgegaan is tot het opzettelijk verspreiden van virussen dan wel het besmetten van (een) geautomatiseerd(e) werk(en), waarvan hij weet dat deze virussen geschikt zijn zich in een geautomatiseerd werk te vermenigvuldigen, ingevoerd.<sup>275</sup> De strafuitsluitingsgrond is opgenomen ‘voor degenen die maatregelen tegen de schadelijke gevolgen van een virus onderneemt, bij voorbeeld door deze ter beschikking te stellen van een externe deskundige opdat deze kan onderzoeken hoe schade kan worden tegengegaan’.<sup>276</sup>

Degene die opzettelijk en wederrechtelijk gegevens ter beschikking stelt of verspreidt die bedoeld zijn om schade aan te richten door zichzelf te vermenigvuldigen in een geautomatiseerd werk met het oogmerk om schade als gevolg van deze gegevens te beperken is niet strafbaar, aldus moet art. 350a, vierde lid, Sr in het licht van de wetsgeschiedenis worden uitgelegd.

#### *Formulering*

Omtrent de formulering van de strafuitsluitingsgrond staat in de parlementaire geschiedenis verder niets vermeld.

<sup>270</sup> *Handelingen II*, 24 juni 1992, p. 93-5869.

<sup>271</sup> Van Dijk/Keltjens (1995), *a.w.*, p. 174.

<sup>272</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 551, nr. 5, p 5 en 8 - 10.

<sup>273</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 551, nr. 6, p. 39.

<sup>274</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 551, nr. 7, p. 2, *Kamerstukken II* 1990-1991, 21551, nr. 8, p. 6 en voor de vernumming tot het vierde lid *Kamerstukken II*, 1991-1992, 21 551, nr. 12, p. 2.

<sup>275</sup> *Kamerstukken II*, 1991-1992, 21 551, nr. 11, p. 11.

<sup>276</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 551, nr. 7, p.5.

### 3.3.1.11. Tussenconclusie: strafbaarheidvariant

Er zijn thans tien bepalingen die gerangschikt kunnen worden onder de strafbaarheidsvariant. De redenen van de wetgever om de werking van de delictomschrijving door middel van een dergelijke formulering te beperken zijn gelegen in: ofwel het oordeel van de wetgever dat de strafbaarheid van het feit in de delictomschrijving te ruim is geformuleerd, ofwel een beperking van de werking van de delictomschrijving op basis van veranderde inzichten omtrent de strafwaardigheid van het feit noodzakelijk is geworden. In het eerste geval wordt het bereik van de delictomschrijving vastgesteld bij de formulering en inwerkingtreding van de delictomschrijving, in het tweede geval vindt de beperking achteraf plaats. In beide gevallen is er sprake van codificatie van opvattingen over de maatschappelijke norm en de juridische positivering van de norm.

In de parlementaire behandeling van de artikelleden in deze variant zijn geen aanwijzingen te vinden waarom de wetgever juist tot deze formulering is overgegaan. Er is meer aandacht voor de daadwerkelijke formulering van de bestanddelen en hun onderlinge samenhang dan voor de formulering van een artikellid als geheel. In de uitleg van de verschillende bestanddelen van de artikelleden verschilt de mate van aandacht die er in de parlementaire behandeling aan wordt gegeven. De mate waarin rechtspolitieke overwegingen zijn terug te vinden, blijkt uit de maatschappelijke gevoeligheid van het onderwerp (abortus, euthanasie). Er is uit de parlementaire behandeling geen eenduidig beeld af te leiden van de normadressaten van de bepalingen in deze variant. In voorkomende gevallen wordt gesteld dat een verdachte tegenover de rechter en gedurende het opsporingsonderzoek een beroep kan doen op de toepasselijkheid van de bepaling. Bepaalde artikelleden richten zich mede tot het openbaar ministerie. Met name een door het openbaar ministerie te voeren helder opsporings- en vervolgingsbeleid wordt in sommige gevallen redengevend geacht voor de bepaling. Van de meerderheid van de bepalingen in deze variant kan aan de hand van hun parlementaire behandeling wel vastgesteld worden dat deze zich richten tot de rechter. In deze gevallen wordt gesteld dat de rechter uit eigen beweging of na een verweer op dit punt van de verdachte de vraag naar de toepasselijkheid van het artikellid dient te onderzoeken.

In deze variant ligt de nadruk op de interpretatieve arbeid van de rechter die ambtshalve of naar aanleiding van een gevoerd verweer dient te onderzoeken of het artikellid van toepassing is. Omtrent de positie van de onderhavige bijzondere strafuitsluitingsgronden ten opzichte van de bevoegdheden en werkzaamheden van politie en justitie is geen volledige duidelijkheid verkregen. Hoewel in voorkomende gevallen gesteld wordt dat het artikellid bijdraagt aan een helder opsporings- en vervolgingsbeleid, is de aandacht daarvoor in de parlementaire behandeling versnipperd.

### 3.3.2. Toepassingsvariant

#### 3.3.2.1. Bemachtiging van staatsgeheimen

##### *Wetstekst*

Artikel 98c, tweede lid, Sr

*‘De bepaling onder 3 is niet toepasselijk, indien de rechter blijkt dat de dader niet heeft gehandeld met het oogmerk bedoeld onder 2’.*

##### *Strekking en toepassing*

Het artikellid vloeit voort uit de Wet bescherming staatsgeheimen.<sup>277</sup> Deze wet beoogde een meer doeltreffende strafrechtelijke bescherming van staatsgeheimen mogelijk te maken. Het gaat hierbij om ‘gegevens, waarvan de geheimhouding door het belang van de staat wordt geboden, afgezien van de omstandigheid of zodanig gegeven al dan niet aan een verboden plaats ontleend is’. De aanwijzing tot verboden plaats geschiedt bij koninklijk besluit. De artikelen I, II en III van bovengenoemde wet sommen de plaatsen op die als verboden plaats kunnen worden aangemerkt. Voorbeelden van verboden plaatsen zijn militaire objecten (verdedigingswerken, opslagplaatsen), overheidsgebouwen, laboratoria, werkplaatsen, fabrieken, in geval van oorlog en oorlogsgevaar dokken en havens waar oorlogsschepen zijn gelegen, wegen (inclusief spoor- en tramwegen) die voor het concentreren van troepen gebruikt worden, telefooncentrales en radarinstallaties.<sup>278</sup> Art. 98c Sr heeft enkel betrekking op verboden plaatsen. Er is voorts voorzien in een beperking van het begrip ‘gegevens’:

‘Het ontwerp laat niet toe, de bescherming die de aanwijzing tot verboden plaats biedt, uit te strekken tot alle gegevens, waarvan de overheid de geheimhouding wenselijk acht. De bevoegdheid van aanwijzing tot verboden plaats is uitdrukkelijk beperkt tot gegevens, waarvan de geheimhouding *door het belang van de veiligheid van de staat* wordt geboden (...). ‘[D]e strafrechtelijke bescherming in de genoemde artikelen strekt zich in het algemeen uit tot alle gegevens, waarvan de dader wist of redelijkerwijs moest vermoeden, dat de geheimhouding door het belang van de staat werd geboden; is evenwel het gegeven aan een verboden plaats ontleend, zo is ook voor de strafbaarheid van de dader voldoende, of hij wist of redelijkerwijs moest vermoeden, dat het gegeven aan een verboden plaats was ontleend en tot de veiligheid van de staat in betrekking stond’.<sup>279</sup>

Over de wijze van bekendmaking van een ‘verboden plaats’ zijn geen algemene voorschriften opgenomen omdat de wetgever het gewent achtte om afhankelijk van specifieke omstandigheden te bepalen op welke manier

<sup>277</sup> Wet van 5 april 1951, *Stb.* 92.

<sup>278</sup> *Kamerstukken II*, 1949-1950, 1 554, nrs. 1-3, p. 2-3. Vgl. art. 429 quinquies Sr.

<sup>279</sup> *Kamerstukken II*, 1949-1950, 1 554, nr. 1-3, nrs 1-3, *Kamerstukken II*, 1949-1950, 1 554, nr. 4, p. 7-8.



zal worden aangegeven dat de plaats een verboden plaats<sup>280</sup> is. Hierbij valt te denken aan plaatselijke publicatiemodaliteiten als perspublicaties, aanplakkingen of aanzeggingen. Uitdrukkelijk wordt gesteld dat er geen sprake is van een strafbaar feit (in de zin van art. 98c Sr) indien de betrokkene ‘van de aanwijzing tot verboden plaats geen kennis droeg noch redelijkerwijs kon dragen’.<sup>281</sup> Art. 98c, onder 2<sup>de</sup> Sr wordt gelegitimeerd door een verwijzing naar de bestrijding van (voorbereidingshandelingen van) spionage. De ruime redactie van art. 98c onder 2<sup>de</sup> Sr wordt beperkt door de overweging dat van strafbaarheid eerst sprake kan zijn, indien de aanwezigheid van het nader omschreven oogmerk vast komt te staan.

De ratio van artikel 98c onder 3<sup>de</sup> Sr is gelegen in ‘het bieden van een afzonderlijke strafrechtelijke voorziening met betrekking tot plaatsen, die als verboden plaats zijn aangemerkt’. Het belang van deze bepaling is dat indien het oogmerk, bedoeld ex art. 98c onder 2<sup>de</sup> Sr, niet rechtstreeks valt te bewijzen, maar waarin de omstandigheden, waaronder iemand op of in nabijheid van een verboden plaats wordt aangetroffen, een aanwijzing vormt dat hij op die plaats met de ‘verkeerde bedoelingen’ is gekomen. Vervolgens wordt duidelijk dat in geval van deze situatie tegenbewijs mogelijk moet zijn. Dit wordt mogelijk gemaakt door het tweede lid van art. 98c Sr. Niet alleen de verdachte kan op de bepaling een beroep doen, ook ambts-halve kan de rechter onderzoeken of dat bij de verdachte het oogmerk van onrechtmatige verkrijging van gegevens ontbreekt.

Het debat omtrent de wenselijkheid van de strafuitsluitingsgrond is overigens kort gevoerd. Enkel kamerlid Van der Felz twijfelde aan het nut van de bepaling: ‘Wanneer in artikel 98c, onder 2de wordt gezegd dat ‘hij, die enige handeling verricht, ondernomen met het oogmerk om, zonder daartoe gerechtigd te zijn, de beschikking te krijgen over enig gegeven als bedoeld in artikel 98’, dan spreekt het vanzelf, dat, als dat oogmerk niet aanwezig is, men ook niet kan worden veroordeeld, zodat ik niet begrijp, waarom deze bepaling wordt toegevoegd. Ik meen, dat zij beter kan worden geschrapt’. De Minister was van mening dat deze veronderstelling onjuist was: ‘Als men ziet naar het bepaalde onder 3, zou op zich zelf de dader ook strafbaar zijn, als hij een bona fide dief is, als diens oogmerk alleen zou zijn gericht om te stelen, en niet om te spioneren’.<sup>282</sup>

<sup>280</sup> In het parlement wordt er op gewezen verstandig gebruik te maken van de bevoegdheid plaatsen als verboden plaats aan te merken, om devaluatie van het begrip te voorkomen. *Kamerstukken II*, 1949-1950, 1 554, nr. 4, p. 7, *Handelingen II*, 1949-1950, 1554, 6 december 1950, p. 788.

<sup>281</sup> *Kamerstukken II*, 1949-1950, 1 554, nr. 1-3, p. 3.

<sup>282</sup> *Kamerstukken II*, 1949-1950, 1 554, nr. 1-3, p. 4. *Handelingen II*, 1949-1950, 1 554, p. 790-792.

Art. 98c, onder 3<sup>de</sup> Sr stelt strafbaar ‘hij die tersluik, onder een vals voor-  
geven, door middel van een vermomming of langs een andere dan de ge-  
wone toegang op of in een verboden plaats komt of tracht te komen, aldaar  
in dier voege aanwezig is, of zich op een van die wijzen of door een van die  
middelen aldaar verwijdert of tracht te verwijderen’. Indien de dader niet  
het oogmerk had om – op de wijze als bedoeld in art 98c onder 2<sup>de</sup> Sr - eni-  
ge handeling te verrichten, zonder daartoe gerechtigd te zijn, de beschik-  
king te krijgen over een inlichting, een voorwerp of gegevens als bedoeld  
in art 98 Sr, te weten ofwel een inlichting waarvan de geheimhouding door  
het belang van de staat of van zijn bondgenoten wordt geboden, ofwel een  
voorwerp waaraan een zodanige inlichting kan worden ontleend, ofwel zo-  
danige gegevens, dan is de strafbepaling niet op hem van toepassing. Deze  
gegevens moeten - ex art. 98c, eerste lid, Sr - opzettelijk zijn verstrekt aan  
of ter beschikken zijn gesteld van een tot kennisneming daarvan niet ge-  
rechtigd persoon of lichaam indien de verstrekker weet of redelijkerwijs  
vermoedt dat het een zodanige inlichting, een voorwerp of gegevens be-  
treft. Resumerend: indien aannemelijk is dat de bij de verdachte het oog-  
merk ontbrak om, zonder daartoe gerechtigd te zijn, de beschikking te krij-  
gen over een inlichting, een voorwerp of gegevens zoals omschreven in art.  
98 Sr, is de strafuitsluitingsgrond op hem van toepassing.

#### *Formulering*

Er blijkt geen aandacht te zijn besteed aan de formulering van de strafuit-  
sluitingsgrond.

### 3.3.2.2. Verschoningsrecht bij verzwijging voorgenomen misdrijf

#### *Wetstekst*

#### Artikel 137 Sr

*‘De bepalingen van de artikelen 135 en 136 zijn niet van toepassing op hem die door de kennisgeving gevaar voor een strafvervolgning zou doen ontstaan voor zichzelf, voor een van zijn bloedverwanten of aangehuwden in de rechte linie of in de tweede of derde graad van de zijlinie, voor zijn echtgenoot of gewezen echtgenoot, of voor een ander bij wiens vervolging hij zich, uit hoofde van zijn ambt of beroep, van het afleggen van een getuigenis zou kunnen verschonen’.*

#### *Strekking en toepassing*

Deze bepaling vindt blijkens de memorie van toelichting haar rechtsgrond in de overweging dat men tot kennisgeving van de in artikelen 135 en 136 Sr genoemde misdrijven niet de personen wil verplichten ‘die de wet niet dwingt om als beëdigde getuige tegen een schuldige op te treden’. De strekking van de bepaling moet blijkens de parlementaire geschiedenis ook gezocht worden in de bescherming van de goede naam van degene die op

basis van de artikelen 135 jo. 136 Sr verdachte zou kunnen worden of zou kunnen worden veroordeeld.<sup>283</sup> Het gaat derhalve om personen die als deelnemer bij een strafbaar feit zijn betrokken. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee groepen verschoningsgerechtigden die de bescherming van de bepaling genieten indien er jegens hen strafvervolging zou kunnen worden ingesteld: enerzijds familieleden en anderzijds personen die een ambt of beroep uitoefenen. Uit het bovenstaande vloeit voort dat de wetgever de bekendmaking van een misdrijf als omschreven in de artikelen 135 en 136 Sr en de daaruit voortkomende strafvorderlijke procedure niet heeft willen verplichten aan degenen die hiervan kennis dragen of zouden kunnen dragen en voldoen aan de in art. 137 Sr omschreven relatie(s) met de verdachte. Met deze bijzondere strafuitsluitingsgrond heeft de wetgever willen uitdrukken dat de rechtsgrond met betrekking tot personen die strafvorderlijk gezien bepaalde vragen niet zouden behoeven te beantwoorden deels dezelfde is als de rechtsgrond voor de bijzondere strafuitsluitingsgrond.

Voor de goede orde nog het volgende. De in deze bepaling genoemde personen die kennis dragen van ofwel de misdrijven ex art. 135 Sr, ofwel de misdrijven ex art. 136 Sr, te weten het niet melden aan justitie of politie van het bestaan van het voornemen van het begaan van de aldaar genoemde misdrijven en het verzwijgen van deze misdrijven terwijl de gevolgen nog kunnen worden afgewend, kunnen niet op basis van deze twee artikelen gestraft worden, indien een van de strafbare feiten genoemd in deze artikelen is gepleegd, nu de delictsomschrijvingen van deze artikelen niet op hen kunnen worden toegepast.

#### *Formulering*

Er is geen discussie omtrent de bewoordingen van het artikellid gevoerd.

#### 3.3.2.3. De artikelen 139a-139c Sr

De bijzondere strafuitsluitingsgronden van de artikelen 139a-139c Sr worden gezamenlijk behandeld. Dit is in de eerste plaats mogelijk omdat de delictsomschrijvingen van deze artikelen alle het rechtsgoed van bepaalde aspecten van de persoonlijke levenssfeer, het privé-leven, beogen te beschermen tegen - in het geval van de artikelen 139a jo 139b Sr - het gebruik van afluister- en opnameapparatuur en - in het geval van art. 139c Sr - schending van het telefoon- en telegraafgeheim. Ten tweede omdat in verschillende wetsvoorstellen deze artikelliden integraal werden behandeld vanwege hun onderlinge samenhang. In verschillende wetsvoorstellen worden de artikelen 139a-139c gezamenlijk redactioneel in overeenstemming gebracht met de aard en strekking van deze wetsvoorstellen. Hierbij is te

<sup>283</sup> Smidt II (1891), *a.w.*, p. 78.

denken aan wet- en regelgeving betreffende de liberalisering van de telecommunicatiemarkt of de staatsveiligheid. Derhalve is het overzichtelijker om de bijzondere strafuitsluitingsgronden in deze artikelen gezamenlijk te behandelen.

#### *Wetsteksten*

Afluisteren gesprekken in woning of aftappen of opnemen van gegevens van een geautomatiseerd werk in een woning. Artikel 139a, derde lid, Sr *‘Het eerste en tweede lid zijn niet van toepassing op het aftappen of opnemen: 1<sup>e</sup> van telecommunicatie via een openbaar telecommunicatienetwerk, 2<sup>e</sup> behoudens in gevallen van kennelijk misbruik, met een technisch hulpmiddel dat op gezag van degene bij wie de woning, het lokaal of het erf in gebruik is, niet heimelijk aanwezig is, 3<sup>e</sup>, ter uitvoering van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002’.*

Aftappen of opnemen van een gesprek elders, c.q. aftappen of opnemen van gegevens van een geautomatiseerd werk elders.

Artikel 139b, derde lid, Sr

*‘Op het eerste lid is artikel 139a, derde lid, onder 1<sup>e</sup> en 3<sup>e</sup> van overeenkomstige toepassing. Op het tweede lid is artikel 139c, tweede lid, van overeenkomstige toepassing’.*

Aftappen of opnemen van gegevens overgedragen via telecommunicatie. Artikel 139c, tweede lid, Sr

*‘Het eerste lid is niet van toepassing op het aftappen of opnemen: 1<sup>e</sup>: van door middel van een radio-ontvangapparaat ontvangen gegevens, tenzij om de ontvangst mogelijk te maken een bijzondere inspanning is geleverd of een niet toegestane ontvangerinrichting is gebruikt: 2<sup>e</sup>, door of in opdracht van de gerechtigde tot een voor de telecommunicatie gebezigde aansluiting, behoudens in geval van kennelijk misbruik: 3<sup>e</sup>, ten behoeve van een goede werking van een openbaar telecommunicatienetwerk, ten behoeve van de strafvordering, dan wel ter uitvoering van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002’.*

#### *Strekking en toepassing*

De oorspronkelijke redactie van de strafuitsluitingsgronden van de artikelen 139a-139c Sr is bij de Wet van 7 april 1971, houdende enige bepalingen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het Wetboek van Strafrecht terechtgekomen.<sup>284</sup> De wetgever verstond onder persoonlijke le-

<sup>284</sup> Wet van 7 april 1971, houdende enige strafbepalingen tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer, *Stb.* 180, 1971. In december 1967 werd wetsontwerp nr. 9 149 ingediend, getiteld *Enige bepalingen ter bescherming tegen het met een technisch hulpmiddel afluisteren en opnemen van gesprekken*. Tijdens de behandeling van dit wetsvoorstel heeft de regering twee andere wetsvoorstellen ingetrokken, namelijk nr. 8 911 *Nadere regels ter bescherming van het telefoongeheim* en nr. 9 649 *Enige tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer strek-*

venssfeer ‘onbevangenheid’, ofwel ‘de reeks van situaties, waarin de mens, al dan niet in zelf gekozen gezelschap, onbevangen zichzelf wil zijn’.<sup>285</sup> De aandacht voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is verklaard door de verbetering en de massaproductie tegen relatief lage prijzen van technische middelen om in de privé-sfeer door te dringen, iets waartegen het tot dan toe geldende recht niet was opgewassen, waardoor ingrijpen door de wetgever was geïndiceerd.<sup>286</sup> Het betreft hier de grond- en mensenrechten van respectievelijk de artikelen 13 GW en 8 EVRM.<sup>287</sup> Blom stelt dat het recht op privacy uit verschillende elementen bestaat die terugvoeren op een basisrecht, namelijk ‘het recht op zelfontplooiing, in beginsel zonder inmenging van anderen. Het recht om een eigen leven in te richten naar eigen believen’.<sup>288</sup> Uit de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot de vraag of en in welke mate er sprake kan zijn van een schending van het recht op privacy kan worden afgeleid dat dit hof van mening is dat het recht ziet op het streven van het individu om zijn leven in vrijheid naar zijn eigen zin in te richten en om in dit persoonlijke leven gevrijwaard te blijven van ongewenste inmenging, met name inmenging die van de overheid uit komt, een en ander behoudens de toepasselijkheid van de beperkingscriteria van het tweede lid van art. 8 EVRM.<sup>289</sup>

Art. 139a Sr betreft de strafbaarstelling van het met een technisch hulpmiddel opzettelijk afluisteren van gesprekken die in een woning, besloten lokaal of erf worden gevoerd. De aanwezigheid en het gebruik van dergelijke technische voorzieningen dient wel geoorloofd te zijn. Voor deze geoorlooftheid is vereist dat deze op gezag van de heer of vrouw des huizes aanwezig zijn, dat deze apparatuur niet heimelijk aanwezig is<sup>290</sup> en dat het

*kende strafbepalingen betreffende afbeeldingen van personen en gevoegd in nr. 9 149, waarvan de titel werd veranderd in Enige strafbepalingen tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Kamerstukken II, 1969-1970, 9 149, nrs. 6 en 7.*

<sup>285</sup> *Kamerstukken II, 1967-1968, 9 419, nr. 3, p. 3.*

<sup>286</sup> *Kamerstukken II, 1967-1968, 9 419, nr. 3, p. 3.*

<sup>287</sup> In de optiek van Burkens te zien als vrijheids- en gelijkheidwaarborgen. M.C.B. Burkens, *Beperking van Grondrechten*, diss. UU, Kluwer, Deventer, 1971, p. 9-20.

<sup>288</sup> Zie voor een behandeling van het recht op privacy in het licht van het EVRM, het IVBPR, de Grondwet T. Blom, *Drugs in het recht, recht onder druk. Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtelijke handhaving van de Opiumwet, de daarbij gehanteerde opsporingsmethoden en het recht op privacy van de burgers*. Deel 3, recht op privacy, diss. EUR, SI/Gouda Quint, 1998, met name p. 5-56, 67-70 en 92-96 en, van dezelfde auteur, ‘EVRM en (straf)rechtshandhaving’, in; Ch. Brants, e.a. (red.), *Legitieme strafvordering; Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Intersentia Rechtswetenschappen Antwerpen-Groningen, 2001, p. 120 e.v.

<sup>289</sup> Blom (2001), *a.w.*, p. 122, EHRM 16 december 1992, Publ. ECHR, *Series A*, Vol. 251-B (Niemietz v. Germany), par. 29, wordt duidelijk dat ook zakelijke relaties onder te brengen zijn onder het privacybegrip.

<sup>290</sup> Vgl. art. 139a, derde lid, sub 2 Sr. In *Kamerstukken II, 1967-1968, 9 419, nr. 3, p. 7* wordt gesteld dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of een apparaat al dan niet heimelijk aanwezig is; Niet is vereist dat ieder, die in een bepaald gebouw werkzaam is of daar als bezoeker komt, van het bestaan van de apparatuur op de hoogte is gesteld, om aan de

afluisteren niet plaatsvindt bij wijze van kennelijk misbruik. Overigens behoort het de heimelijkheid niet tot de bestanddelen van het delict, nu de regering van mening was dat ook niet-heimelijk afluisteren of opnemen een zodanige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zou zijn dat ‘het strafrecht niet onverschillig kan blijven’. Het tweede lid van art. 139a Sr - ingevoegd bij de Wet computercriminaliteit I - stelt degene strafbaar die gegevens in een woning, besloten lokaal of erf, door middel van een geautomatiseerd werk worden overgedragen, met een technisch hulpmiddel opzettelijk, zonder daartoe gerechtigd te zijn, aftapt of opneemt.<sup>291</sup> Dit aftappen betekent volgens de memorie van toelichting dat de gegevens in voor de mens kenbare vorm worden omgezet. Met betrekking tot opnemen wordt gesteld dat de gegevens worden vastgelegd, waardoor zij later in voor de mens kenbare vorm kunnen worden omgezet of anderszins kunnen worden gebruikt.

Art. 139b Sr betreft de strafbaarstelling van het door middel van een technisch hulpmiddel met het oogmerk een gesprek dat elders dan in een woning, besloten lokaal of erf wordt gevoerd, heimelijk afluisteren of opnemen. Het betreft het opnemen van gesprekken door middel van een geautomatiseerd werk, maar ook opnemen via een richtmicrofoon.<sup>292</sup> Hierbij wordt het voorbeeld gegeven van de eigen middelen en kanalen van b.v. een multinational voor zover daarvoor machtiging is verleend op grond van de (toenmalige) Wet op de telecommunicatievoorzieningen. De regering was van mening dat deze strafbepaling het accent eerder laat vallen op de overlast in de vorm van het met een technisch hulpmiddel afluisteren waartegen de strafwet de burger ook buiten de woning in bescherming moet nemen dan op iets wat ‘gedeeltelijk en dan nog marginaal als persoonlijke levenssfeer kan worden bestempeld’. Ook in dit artikel is bij de Wet computercriminaliteit I een tweede lid ingevoegd. Dit tweede lid heeft betrekking op het aftappen van telecommunicatie of de gegevensoverdracht binnen een besloten ruimte door middel van een geautomatiseerd werk. Echter, voor zover het aftappen van etherverkeer zonder bijzondere inspanning - en door middel van een toegestane ontvanginrichting - mogelijk is, ‘staat het beginsel van vrije informatievergaring aan een strafbaarstelling in de weg’.<sup>293</sup>

Art. 139c Sr is door de wetgever benoemd als de centrale bepaling in de afluisterbepalingen. Art. 139c Sr betreft de strafbaarstelling van degene die door middel van de telecommunicatie-infrastructuur of via een telecommu-

aanwezigheid het heimelijk karakter te ontnemen’. Dit op basis van concrete omstandigheden uit te leggen begrip heimelijk geldt ook voor art. 139b, eerste lid, Sr.

<sup>291</sup> *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 551, nr. 3, p. 17.

<sup>292</sup> *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 551, nr. 3, p. 18.

<sup>293</sup> *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 551, nr. 3, p. 18.

nicatieinrichting,<sup>294</sup> aangewend voor dienstverlening aan het publiek, of door middel van daarop aangesloten randapparatuur overgedragen gegevens die niet voor hem, mede voor hem of voor degene in wiens opdracht hij handelt, zijn bestemd, opzettelijk met een technisch hulpmiddel aftapt of opneemt. De strafbaarstelling betreft 'het ergens aanwezig doen zijn van een af luisterapparaat met het oogmerk, dat daardoor wederrechtelijk (...) een gesprek wordt afgeluisterd'.<sup>295</sup> Het betreft hier niet het enkele voorhanden hebben van een af luisterapparaat, doch de situatie dat een apparaat in de positie of op een plaats is gebracht voor het daadwerkelijk af luisteren. De persoon die het voorwerp waarmee afgeluisterd kan worden ter plaatse brengt en degene die er daadwerkelijk mee af luistert, hoeven niet dezelfde te zijn; het werd gewenst geacht zowel degene op wiens instigatie wordt afgeluisterd - de auctor intellectualis - als degene die het apparaat plaatst te kunnen straffen.

De wijziging via de Wet computercriminaliteit I, te weten de herformulering van art. 139c, eerste lid, Sr, strekte ertoe de strafrechtelijke bescherming van het telefoon- en telegraafgeheim te doen uitstrekken tot alle telecommunicatie. De regering constateerde dat met de invoering van ISDN nauwelijks een onderscheid meer aan te brengen zou zijn tussen de verschillende vormen van telecommunicatie, zoals spraak, beeld en data. De wijziging in art. 139c, tweede lid, Sr 'beoogde vorm te geven aan het beginsel dat signalen via de ether vrij zijn'. In het verlengde hiervan werd door middel van art 139c, tweede lid, onder 1<sup>ste</sup> bewerkstelligd dat de technische inrichting van het straalverkeer - men denke hierbij aan het mobiele telefoonverkeer - betere strafrechtelijke bescherming geniet. De vrijheid om gegevensverkeer af te tappen is echter wel beperkt. Er mag geen sprake zijn van een bijzondere inspanning en het gaat om het verkeer dat via het voor het publiek toegankelijke net wordt ontwikkeld.<sup>296</sup>

Voorheen hadden de in art. 139a, derde lid, sub 3 jo art. 139c tweede lid, sub 3 Sr opgenomen uitzonderingen een merkwaardig karakter. Deze bijzondere strafuitsluitingsgronden werden gebruikt als bevoegdheidsbepaling ten aanzien van het af luisteren en opnemen van gesprekken overeenkomstig aanwijzingen van betrokken Ministers ten behoeve van de veiligheid van de Staat. Indien de wetgever voor bepaalde gevallen inbreuk op de

<sup>294</sup> Het begrip telecommunicatie is gebruikt in de betekenis die dit woord heeft in de Wet op de telecom-municatievoorzieningen (*Stb.* 1988, 520) en is overgenomen uit het Internationale Verdrag betreffende de Telecommunicatie (*Trb.* 1983, 164). *Kamerstukken II*, 1989-1990 21 551, nr. 3, p. 7.

<sup>295</sup> *Kamerstukken II*, 1967-1968, 9 419, nr. 3, p. 7.

<sup>296</sup> *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 551, nr. 3, p. 18-19, en nr. 6, p. 6 en 33 Zie voorts het Besluit radio-elektrische inrichtingen, *Stb.* 1988, 552, waarin het gebruik van satellietontvangers en verschillende decodeerapparatuur om gegevens op te vangen verboden werd, tenzij er een machtiging voor bestaat.

strafrechtelijke bescherming van het privé-leven geboden acht, dan zou deze inbreuk - mede in het licht van art. 8 EVRM<sup>297</sup> - alleen mogelijk zijn door een daartoe strekkende uitdrukkelijke voorziening in de wet. Deze eis - de ondertekening van de bijzondere last door verschillende Ministers - kreeg de voorkeur boven het opnemen van een verplichting in de wet dat een verzoek tot afluisteren gemotiveerd dient te zijn omdat het beter zou zijn dat het voorschrift een materiële eis zou stellen waaraan in het geval van het geven van een last tot afluisteren moet worden voldaan dan dat een procedureel voorschrift over een aan de beslissing voorafgaand verzoek wordt gegeven.

‘Dergelijke uitzonderingen op het wettelijk stelsel van bescherming kunnen slechts het resultaat zijn van een afweging van belangen. Aan de ene zijde staat daarbij het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Dit belang moet hoger worden gewaardeerd naarmate met de inbreuk, ten aanzien waarvan de afweging van belangen plaatsvindt, dieper in de persoonlijke levenssfeer wordt doorgedrongen. (...) Aan de andere zijde staat het belang van de gemeenschap, dat de Staat bepaalde voor de instandhouding en bescherming van die gemeenschap wezenlijke functies naar behoren verricht’.<sup>298</sup>

De artikelleden functioneerden, zoals gezegd, als bevoegdheidsverlenende artikelleden. De afluisterbevoegdheid werd verstrekt aan de Binnenlandse Veiligheidsdienst.<sup>299</sup> De toepassing van deze bevoegdheid zou dienen te worden beperkt tot uitzonderingsgevallen, daarom werd gekozen voor de figuur van de bijzondere last, een ‘bijzondere waarborgen scheppende situatie’. Het werd noodzakelijk geacht dat de politiek verantwoordelijke gezagsdragers zowel het bij de toepassing van dit middel te voeren beleid bepalen als supervisie uitoefenen op de juiste uitvoering van dergelijk beleid. De overwegingen van de regering om hiertoe over te gaan waren gelegen in de staatsveiligheid en de gedachte dat de rechter in de eerste plaats onvoldoende geëquipeerd zou zijn om hierover te beslissen en in de tweede plaats zou door rechterlijke controle de parlementaire controle uitgehold worden. Andere vormen van controle op het uitoefenen van deze bevoegdheid zouden het indienen van een klacht bij het openbaar ministerie zijn of het zich wenden tot de relevante vaste kamercommissie: de vaste Commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten. Daarnaast zou het overleg met deze kamercommissie een belangrijk onderdeel van de parlementaire controle zijn. Met betrekking tot de afluisterbevoegdheid merkte de regering op dat deze bevoegdheid:

<sup>297</sup> *Kamerstukken II*, 1969-1970, 9 149, nr. 8, p. 3 en *Handelingen I*, 6 april 1971, p. 976-977.

<sup>298</sup> *Kamerstukken II*, 1967-1968, 9 419, nr. 3, p. 5.

<sup>299</sup> T. Blom, ‘De binnenlandse veiligheidsdienst op zoek naar nieuwe werkterreinen’, *Nederlands Juristenblad*, p. 1343-1349, m.n. p. 1345-1346. Na het inwerkingtreden van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (WIV 2002), *Stb.* 2002, 148 geldt het relevante artikel in de WIV 2002 (art. 25 WIV) als bevoegdheidsverlenend.



‘niet zozeer ten doel heeft het opsporen van strafbare feiten teneinde tot een strafvervolgning te kunnen overgaan, maar vooral om staatsondermijnende activiteiten op het spoor te komen en eventueel te volgen om meerdere gegevens ter beschikking te krijgen. (...) Bovendien is niet ieder handelen, dat een bedreiging voor de veiligheid van de Staat inhoudt, strafbaar. Men denke aan het opbouwen van een spionagenet door een buitenlandse mogendheid’.<sup>300</sup>

In de parlementaire behandeling is veel discussie over deze aan de uitvoerende macht te verlenen bevoegdheid geweest. Verschillende kamerleden hadden liever gezien dat het een rechter zou zijn die over de uitoefening van deze bevoegdheid zou beslissen. Voorts zou het niet uitmaken of, vanwege controle op overheidsbeleid en vanuit de *checks and balances-gedachte* er een enkele of vier verschillende Ministers zouden moeten tekenen. Bovendien zou ‘juist op het terrein van de dwangmiddelen een belangenafweging moeten plaatsvinden, i.c. namelijk de individuele vrijheid tegenover de publieke veiligheid of het handhaven van de grondrechten tegenover het handhaven van de rechtsorde’. In deze belangenafweging zou zowel traditioneel als staatsrechtelijk gezien bij uitstek een taak voor de rechter zijn weggelegd, mede in aanmerking genomen dat ‘in de moderne samenleving juist de rechter het best in staat is een juister verzoening tot stand te brengen tussen individuele vrijheid en maatschappelijke dynamiek’.<sup>301</sup>

De vraag werd opgeworpen hoe het parlement controle kan uitoefenen op handelingen die per definitie geheim zijn. Daarnaast zouden de door de regering overige naar voren gebrachte controlemechanismen - de vaste kamercommissie en het beklag bij het openbaar ministerie - een farce zijn.<sup>302</sup> Er bestaat dan ook enige scepsis over het functioneren van de vaste kamercommissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten. Deze commissie wordt in de parlementaire behandeling onder andere de ‘knollen-voor-citroenen commissie’ en ‘een schijnvertoning’ genoemd. De regering antwoordde hierop door te stellen dat indien het de rechter zou zijn aan wie het verzoek tot af luisteren zou worden voorgelegd, deze dit slechts marginaal zou toetsen<sup>303</sup>, daar hij voor ‘delicate vragen’ zou komen te staan. De rechter zou immers ‘niet over de gegevens beschikken die hem in staat stellen de in het geding zijnde belangen tegen elkaar af te wegen’. Indien de rechter zou weigeren een verzoek toe te staan, dan kan dit tot gevolg hebben dat het landsbelang ernstig kan worden geschaad zonder dat hij daarvoor ter verantwoording kan worden geroepen. Indien de rechter deze situatie wil vermijden en ‘de makkelijke weg’ kiest, dan zou zijn controle

<sup>300</sup> *Kamerstukken II*, 1969-1970, 9 419, nr. 5, p. 2 en 4.

<sup>301</sup> *Kamerstukken II*, 1969-1970, 9 419, nr. 4, p. 3.

<sup>302</sup> *Handelingen II*, 22 oktober 1970, p. 472-476, p. 480-483 en p. 488-501. Zie *Handelingen I*, 23 maart 1971, p. 865-872 en 6 april 1971, p. 976 e.v. voor de - mildere - Eerste Kamer.

<sup>303</sup> *Handelingen II*, 22 oktober 1970, p. 485.

nauwelijks garanties bieden. Naast het staatsrechtelijke bezwaar ziet de regering derhalve ook niet dat rechterlijke toetsing een grotere waarborg voor de burger zou opleveren. Met uitholling van de parlementaire verantwoordelijkheid wordt ook gedoeld op de ongewenste situatie ‘dat in gevallen waarin de rechter het afluisteren heeft goedgekeurd, de regering zich zou kunnen beroepen op het feit dat de onafhankelijke rechter de inbreuk blijkbaar gerechtvaardigd heeft geacht’. Voor wat betreft de parlementaire controle merkte de regering op dat deze door rechterlijke controle uitgehouden zou worden. De regering was van mening dat ook de in de Kamer opgeworpen suggestie om de vaste Commissie voor Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten vooraf voor raadpleging of toestemming in te schakelen tot een dergelijke uitholling kan leiden, daar het niet juist zou zijn ‘elke beslissing omtrent het afluisteren afhankelijk te stellen van toestemming van een kamercommissie. Het behoort tot de taak van de volksvertegenwoordiging het beleid van de uitvoerende macht te controleren, niet om zelf bestuursbesluiten te nemen’. Aldus prefereert de regering hier politieke controle boven juridische controle. In de Tweede Kamer wordt dit meermaals geconcludeerd en de Ministeriele verantwoordelijkheid aan het politieke controlemechanisme gekoppeld.<sup>304</sup> Door de nieuwe Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten is deze procedure enigszins veranderd. De bewoording van de strafuitsluitingsgrond is aangepast: thans staat er een wetsverwijzing in de wet, waar vroeger de procedure stond beschreven.<sup>305</sup>

Een ander controlemechanisme op de uitoefening van de bevoegdheden die via de WIV 2002 zijn geïmplementeerd bestaat uit de commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.<sup>306</sup> Art. 59, tweede lid, WIV 2002 belast deze commissie in de eerste plaats met het toezicht van de uitvoering van hetgeen bij of krachtens de WIV 2002 en de Wet veiligheidsonderzoeken is gesteld. De tweede taak is het gevraagd en ongevraagd inlichten en adviseren van de betrokken Ministers aangaande door de commissie geconstateerde bevindingen. Indien gewenst, kan de commissie deze Ministers vragen de inlichtingen en adviezen ter kennis van een of beide Kamers der Staten-Generaal te brengen. Ten slotte is de commissie belast met het ongevraagd adviseren van de betrokken Ministers ter zake van de uitvoering van het uitbrengen van het verslag omtrent de uitoefening van enkele bijzondere bevoegdheden, te weten de artikelen 23, eerste lid, 25, eerste lid, 26, derde lid, onderdelen a en b, en art. 29, eerste lid WIV 2002. Art. 33a WIV 2002 stelt regels omtrent dit verslag en geeft een

<sup>304</sup> *Kamerstukken II*, 1969-1970, 9 419, nr. 8, p. 3. Vgl. *Handelingen II*, 22 oktober 1970, p. 479-480.

<sup>305</sup> Zie paragraaf 4.6.3.

<sup>306</sup> Wet van 7 februari 2002, houdende regels met betrekking tot de inlichtingen- en veiligheidsdiensten alsmede wijziging van enkele wetten (Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002), *Stb.* 2002, 148. Vgl. *Kamerstukken II*, 2000-2001, 25 877, nr. 72, p. 10 e.v.

grond op basis waarvan van verslaglegging kan worden afgezien (art. 33a, tweede lid WIV 2002). De betrokken Ministers, de hoofden van de diensten, de coördinator en een ieder die betrokken is bij de uitvoering van de WIV 2002 en de Wet veiligheidsonderzoeken moeten desgevraagd aan de commissie alle inlichtingen verstrekken en alle medewerking verlenen die de commissie ‘voor een goede uitoefening van haar taak noodzakelijk acht’. De commissie wordt, indien deze daarom vraagt, rechtsreeks toegang verleend tot de in het kader van de uitvoering van de WIV 2002 en de Wet veiligheidsonderzoeken verstrekte gegevens (art. 69 e.v. WIV 2002).<sup>307</sup>

Art. 139a, derde lid, Sr stelt in de eerste plaats dat het eerste en tweede lid niet van toepassing zijn op het aftappen en opnemen van telecommunicatie via de telecommunicatie-infrastructuur of telecommunicatie-inrichtingen die worden gebruikt voor dienstverlening aan het publiek. Te denken valt hierbij aan de infrastructuur en de netwerken van aanbieders van telefoon-diensten. Het gaat hierbij om gegevens die binnen een woning, besloten lokaal of erf worden overgedragen.<sup>308</sup> De delictsomschrijvingen zijn derhalve niet van toepassing indien er sprake is van aftappen of opnemen van telecommunicatie via een openbaar telecommunicatienetwerk. Blijkens art. 1.1. onder a, Telecommunicatiewet (hierna: Tw) dient onder telecommunicatie te worden verstaan ‘iedere overdracht, uitzending of ontvangst van signalen van welke aard ook door middel van kabels, radiogolven, optische middelen of andere elektromagnetische middelen’. Onder openbaar telecommunicatienetwerk dient volgens art. 1.1. onder g, Tw te worden verstaan ‘een telecommunicatienetwerk<sup>309</sup> dat onder meer voor de verrichtingen van openbare telecommunicatiediensten wordt gebruikt of een telecommunicatienetwerk waarmee aan het publiek de mogelijkheid tot overdracht van signalen tussen netwerkaansluitpunten ter beschikking gesteld worden’. In de tweede plaats zijn de delictsomschrijvingen van het eerste en tweede lid van art. 139a Sr niet van toepassing op technische hulpmiddelen die in de eerste plaats op gezag van degene bij wie de woning, het lokaal of erf aanwezig zijn en in de tweede plaats niet heimelijk aanwezig zijn. Indien de technische hulpmiddelen niet zichtbaar zijn, moet de aanwezigheid van deze apparatuur aan bezoekers e.d. worden medegedeeld. Concrete voorbeelden hiervan zijn technische hulpmiddelen die in een fabriek of kantoor zijn geplaatst om bedrijfsprocessen goed te laten verlopen. Ten slotte zijn de strafbaarstellingen van art. 139a Sr niet van toepassing indien

<sup>307</sup> Vgl. eveneens art 8 WIV 2002 en de daarmee verband houdende Wet van 23 april 2003 tot wijziging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 en enige andere wetten, *Stb.* 2002, 212.

<sup>308</sup> *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 551, nr. 3, p. 17.

<sup>309</sup> Art. 1.1., onder e, Telecommunicatiewet beschrijft telecommunicatiedienst als een dienst die geheel of gedeeltelijk bestaat uit de overdracht of routing van signalen over een telecommunicatienetwerk.

er sprake is van een bijzondere last van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002.<sup>310</sup>

De strafuitsluitingsgrond van art. 139b, derde lid, Sr verklaart art. 139a, derde lid, sub 1 en 3 Sr van overeenkomstige toepassing op het eerste en tweede lid. Voorts is op het tweede lid art. 139c, tweede lid Sr van overeenkomstige toepassing.

De strafuitsluitingsgrond van art. 139c Sr bepaalt dat de delictsomschrijving van het eerste lid niet van toepassing is op degene gegevens die door middel van een radioelektrische ontvangstinrichting zijn ontvangen aftapt of opneemt. Deze regel wordt beperkt door het vereiste dat er om deze ontvangst mogelijk te maken geen bijzondere inspanning is geleverd of een ontvangstinrichting is gebruikt die niet toegestaan is.<sup>311</sup> Daarnaast is de delictsomschrijving van het eerste lid niet van toepassing indien het aftappen of opnemen door of in opdracht van de gerechtigde tot een voor de telecommunicatie gebezigde aansluiting plaatsvindt, met de beperking dat er geen sprake mag zijn van kennelijk misbruik. Ten slotte is de delictsomschrijving niet van toepassing indien ten eerste het aftappen of opnemen plaatsvindt ten behoeve van een goede werking van de telecommunicatie-infrastructuur of via een telecommunicatie-inrichting die wordt aangewend voor dienstverlening aan het publiek, in de tweede plaats ten behoeve van de strafvordering, of in de derde plaats, naar art. 25, tweede en derde lid, WIV 2002. In het laatste geval dient ingevolge de WIV door de betrokken Minister toestemming aan het hoofd van de dienst te zijn verleend. Indien de bevoegdheid zal worden uitgeoefend door de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst met betrekking tot gesprekken, telecommunicatie of gegevensoverdracht voor zover deze niet plaats zal vinden op of met plaatsen in gebruik van het Ministerie van Defensie is deze uitoefening slechts toegestaan indien de toestemming daarvoor is verleend in overeenstemming met de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

#### *Formulering*

In de parlementaire behandeling staan de materiële aspecten, de inhoud, van de artikelleden centraal. Daardoor is er geen aandacht is voor de formuleringen van de artikelleden als zodanig. Wel zijn er enkele amendementen ingediend, die de inhoud van de artikelleden betreffen.<sup>312</sup> In de par-

<sup>310</sup> Hierover meer in het vierde hoofdstuk.

<sup>311</sup> Vgl. het Besluit radioelektrische inrichtingen, *Stb.* 1988, 552.

<sup>312</sup> Vgl. *Kamerstukken II*, 1970-1971, 9. 149, nr. 11 betreffende de termijn van afluisteren, *Kamerstukken II*, 1970-1971, 9. 149, nr. 12, waarin voorgesteld werd de Voorzitter van de Tweede Kamer een afschrift van de last te sturen, *Kamerstukken II*, 1970-1971, 9. 149, nr. 14, waarin gesteld werd dat de rechter-commissaris de last zou moeten verstrekken en *Kamerstukken II*, 1970-1971, 9. 149, nr. 17, het terstond ter kennis brengen van de last aan de Voorzitter van de Tweede Kamer.

lementaire behandeling van de Wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer uit 1970 is de aandacht voor de artikelliden met name gericht op de aan de Binnenlandse Veiligheidsdienst te verstrekken bevoegdheden tot afluisteren. De huidige redacties van art. 139a, tweede en derde lid, Sr (voorheen het tweede lid) jis. art. 139b, tweede en derde lid, Sr en art. 139c, tweede lid Sr zijn ingevoegd via de Wet computercriminaliteit I en de Telecommunicatiewet<sup>313</sup> waarmee de delictomschrijvingen en de strafuitsluitingsgronden in overeenstemming met de aard en de doeleinden van deze bijzondere wetten zijn gebracht.

#### 3.3.2.4. Teweegbrengen of bevorderen dat de zorg van een kind duurzaam aan een ander overgelaten wordt

##### *Wetstekst*

Artikel 151c, tweede lid, Sr

*‘Onverminderd het bepaalde in artikel 151b, eerste lid, is het eerste lid niet van toepassing: a. indien het in dat lid bedoelde tweewegbrengen of bevorderen geschiedt door de raad voor de kindbescherming of een door de raad daartoe aangewezen rechtspersoon. b. indien het in dat lid bedoelde tweewegbrengen of bevorderen een verwijzing betreft naar een organisatie als bedoeld onder a’.*

##### *Strekking en toepassing*

Art. 151c Sr betreft de strafbaarstelling van het in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk tweewegbrengen of bevorderen dat een vrouw rechtstreeks of middelijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt in verband met de wens haar de verzorging en opvoeding van haar kind duurzaam aan een ander over te laten. Dit artikel is tegelijkertijd ingevoegd met art. 151b Sr, betreffende de strafbaarstelling van de al dan niet beroeps- en bedrijfsmatige bemiddeling bij draagmoederschap.<sup>314</sup> Beide artikelen strekken tot het tegengaan van het door de wetgever ongewenst geachte commerciële draagmoederschap. De juridische omschrijving van het begrip draagmoeder is te vinden in art. 151b, derde lid, Sr: ‘Als draagmoeder wordt aangemerkt de vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind op zich wil nemen’. Het begrip ‘draagmoeder’ veronderstelt een of meer perso(n)en ten dienste van wie de draagmoeder staat, wensouders. Wensouders kunnen een echtpaar, een samenlevende vrouw en man, een paar van hetzelfde geslacht of een alleenstaande zijn,

<sup>313</sup> Wet van 19 oktober 1998, houdende regels inzake de telecommunicatie (Telecommunicatiewet), *Stb.* 1998, 610.

<sup>314</sup> Wet van 16 september 1993 tot aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enige bepalingen strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap, *Stb.* 1993, 486.

die het juridisch ouderschap door adoptie verwerven.<sup>315</sup> Het draagmoederschap als zodanig werd - mede vanwege bewijsproblematische overwegingen - niet strafbaar gesteld, nu:

‘Een rechtstreeks algeheel verbod van draagmoederschap en van elke bemiddeling ter zake is niet handhaafbaar, aangezien veelal niet zal kunnen worden aangetoond dat het voornemen om afstand te doen van het kind reeds voor de zwangerschap bestond. Het verweer dat dit voornemen of de uitvoering van dit voornemen geen verband houdt met het draagmoederschap, maar voortvloeit uit ongewenste zwangerschap, zal veelal niet afdoende kunnen worden weerlegd. Bovendien zou het streven om een zodanig verbod te handhaven, leiden tot opsporingsonderzoek dat diep in de persoonlijke levenssfeer van de betrokken vrouw ingrijpt’.<sup>316</sup>

Het voorkomen van de ontwikkeling of de acceptatie van commercieel draagmoederschap moest bereikt worden door middel van een samenstel van strafbepalingen betreffende beroeps- en bedrijfsmatige bemiddeling bij draagmoederschap en het openbaren van het beschikbaar zijn van een draagmoeder. De redenen voor de ongewenstheid van het verschijnsel van het draagmoederschap waren gelegen in het tegengaan van de omstandigheid dat het ‘inschakelen van een vrouw als draagmoeder - waarbij zij wordt gereduceerd tot het ‘nut’ voor anderen - als normaal wordt gezien in de samenleving (..) Commercialisering is de hardste vorm van verzakelijking’, de emotionele problemen die op lange termijn voor zowel de draagmoeder als voor het afgestane kind zouden kunnen ontstaan, het risico dat de wensouders in hun verwachtingen worden teleurgesteld en het afgestane kind niet willen accepteren of niet kunnen voldoen aan de hoge eisen die het opbouwen van een goede ouder/kind relatie met het kind van een draagmoeder stelt.<sup>317</sup> Andere redenen zijn de gezondheidsrisico’s (o.a. op psychologisch niveau) die er aan het draagmoederschap (kunnen) kleven.<sup>318</sup>

De ratio van art. 151c Sr is gelegen in de overweging dat indien het opzettelijk teweegbrengen of bevorderen van draagmoederschap - art. 151b Sr - niet kan worden aangetoond, het openbaar ministerie het in art. 151c Sr strafbaar gestelde bemiddelen ten laste kan leggen. De delictsomschrijving van art. 151c Sr ziet op ‘hulpverlening (in de uitoefening van een beroep of bedrijf, pcb), bestaande uit bemiddeling, gegeven tijdens de zwangerschap of na de bevalling ten aanzien van een vrouw die de wens te kennen geeft de verzorging en opvoeding duurzaam aan een ander over te laten, maar die niet draagmoeder is of is geweest’. Blijkens de memorie van toelichting is

<sup>315</sup> H. Roscam Abbing, ‘Enige gezondheidsrechtelijke aspecten van het draagmoederschap’, in: K. Boele-Woelki en M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Intersentia Uitgevers, Antwerpen/ Groningen, 1999, p. 25.

<sup>316</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 968, nr. 3, p. 3.

<sup>317</sup> *Handelingen II*, 17 februari 1993, p. 3699-3703, *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 968, nr. 3, p. 1-2.

<sup>318</sup> Roscam Abbing (1999), *a.w.*, p. 26.

bemiddeling het ‘teweegbrengen of bevorderen dat de ene belanghebbende een afspraak maakt of onderhandelt met de andere belanghebbende’. Het woord ‘onderhandelt’ verwijst naar de besprekingen in de fase voorafgaand aan het maken van (een) concrete afspra(a)k(en). Door de woorden ‘rechtstreeks of middellijk’ zou buiten twijfel worden gesteld dat ook het tweewegbrengen of bevorderen van onderhandelingen of afspraken met een persoon die namens de vrouw optreedt, onder de strafbepaling gebracht kan worden.<sup>319</sup> Het bemiddelen bij dit ‘afstand doen’ van een kind niet uit hoofde van een draagmoederschap maar uit hoofde van bijvoorbeeld een ongewenste zwangerschap, is alleen toegestaan indien sprake is van bemiddeling door de raad voor de kindbescherming of een door die raad aangewezen rechtspersoon. ‘Een verdachte die het verweer voert dat hij bij zijn bemiddeling meende te maken te hebben met een vrouw die ongewenst zwanger was, heeft bij dat verweer, afgezien van het lagere strafmaximum, geen baat. Immers, elke bemiddeling in de uitoefening van een beroep of bedrijf is strafbaar’.<sup>320</sup> De bijzondere strafuitsluitingsgrond maakt mogelijk dat de raad voor de kindbescherming of een door de raad aangewezen organisatie zoals bijvoorbeeld de Federatie voor Instellingen van Ongehuwde Moeders (FIOM) mogen bemiddelen, echter enkel in gevallen waar geen sprake is van draagmoederschap. In de parlementaire discussie wordt overigens gesteld dat ook andere organisaties dan FIOM kunnen worden aangewezen als organisaties aan welke het toegestaan is te bemiddelen bij ongewenste zwangerschap.<sup>321</sup> In de parlementaire discussie overheerst de discussie over de wenselijkheid van het wetsvoorstel en de raakvlakken van het wetsvoorstel met de vrijheid van meningsuiting (in verband met art. 151b, tweede lid, sub a Sr). Over de begrenzing van de strafbepalingen merkt de Minister op:

‘de vraag opgeworpen hoe het ligt als iemand inlichtingen inwint die van belang zijn bij de eigen persoonlijke besluitvorming die iets met het krijgen en dragen van kinderen te maken heeft. Zij noemden de rol van de arts, van de advocaat en ook de rol van de Raad voor de kindbescherming. Naar voren is gebracht dat niet elke vraag om informatie onder de werking van de strafbepaling moet vallen. Die valt er inderdaad niet onder. Wanneer een arts of advocaat geregeld en stelselmatig of met winstoogmerk opzettelijk tweewegbrengt of bevordert dat draagmoederafspraken worden gemaakt, dan valt dit natuurlijk wel daaronder. Maar als een arts of een advocaat met het oog op besluiten van wensouders of van mensen die zich afvragen of zij wel of niet medewerking zullen verlenen aan het krijgen van een kind voor een ander, medisch of juridisch adviseert of als de raad voor de kindbescherming in zo’n verhouding wordt aangesproken voor advies, dan valt dat buiten de termen van dit wetsvoorstel, zowel van artikel 151b als van artikel 151c’.<sup>322</sup>

<sup>319</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 968, nr.3, p. 6-7.

<sup>320</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 968, nr. 3, p. 7.

<sup>321</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 968, nr. 4, p. 11-12 en nr. 5, p. 11.

<sup>322</sup> *Handelingen II*, 17 februari 1993, p. 50-3703.

Gepoogd is om bij een amendement een bijzondere strafuitsluitingsgrond in te voegen in art. 151b Sr, en wel in een derde lid, dat gedeeltelijk gelijklopend zou zijn aan de strafuitsluitingsgrond van art. 151c Sr. Voorts zou in art. 151c, tweede lid, Sr, de aanhef dienen te luiden 'Het eerste lid is niet van toepassing' in plaats van de huidige redactie. De reden hiervoor is gelegen in de wens de raad voor de kindbescherming of een daartoe aangewezen rechtspersoon een uitsluitende bevoegdheid te geven te bemiddelen bij ideëel draagmoederschap. Omdat draagmoederschap als zodanig niet verboden zou worden, werd het door de indieners van het amendement van belang geacht dat, wanneer voor ideëel draagmoederschap zou worden gekozen in plaats van voor commercieel draagmoederschap, de mogelijkheid zou moeten bestaan voor weloverwogen bemiddeling, begeleiding en voorlichting door de raad en/of een door de raad aangewezen organisatie.<sup>323</sup> Uiteindelijk is dit amendement niet aangenomen. De Minister vond dergelijke uitzonderingen niet bij de strafbepaling van art. 151b Sr passen, mede gezien de verstuurde en nog te versturen - circulaires naar de raden voor de kindbescherming waarin de raden terughoudendheid werd verzocht bij het verlenen van medewerking bij draagmoederschap. Ook de Kamer wilde de strafbare bemiddeling behouden.

Indien iemand in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf opzettelijk teweegbrengt of bevordert dat een vrouw, die niet een draagmoeder is en die haar kind duurzaam door een ander wenst te laten verzorgen en op te laten voeden, en daarover rechtstreeks of via een ander onderhandelt of afspraken maakt is de strafbepaling niet op hem van toepassing indien het teweegbrengen of bevorderen geschiedt door de raad voor de kindbescherming of een door de raad aangewezen rechtspersoon of indien het teweegbrengen een verwijzing betreft van een natuurlijke of een rechtspersoon naar de raad voor de kindbescherming of een door deze Raad daartoe aangewezen rechtspersoon. De bemiddeling die uitgezonderd is van het bemiddelingsverbod betreft derhalve enkel bemiddeling die niet in geval van draagmoederschap plaatsvindt; men denke aan bemiddeling in het geval van ongewenst moederschap.

#### *Formulering*

De in het tweede lid van art. 151c Sr voorkomende woorden 'onverminderd het bepaalde in art. 151b, eerste lid' beogen volgens de memorie van toelichting duidelijk te maken dat de ingevolge dit tweede lid toegestane bemiddeling door de in sub a genoemde organisaties geen betrekking heeft op bemiddeling met betrekking tot draagmoederschap.

<sup>323</sup> *Kamerstukken II*, 1992-1993, 21 968, nrs. 10 en 11.



### 3.3.2.5. Hulp aan daders bij misdrijven

#### *Wetstekst*

Artikel 189, tweede lid, Sr

*‘Deze bepalingen zijn niet van toepassing op hem die de daarin vermelde handelingen verricht ten einde gevaar van vervolging te ontgaan of af te wenden van een van zijn bloedverwanten of aangehuwden in de rechte linie of in de tweede of derde graad van de zijlinie of van zijn echtgenoot of gewezen echtgenoot’.*

#### *Strekking en toepassing*

Art. 189 Sr stelt een bepaalde vorm van begunstiging strafbaar. Het is een misdrijf tegen het openbaar gezag. De begunstiging is hier het - indien er sprake is van een misdrijf<sup>324</sup> - behulpzaam zijn van een verdachte of een veroordeelde<sup>325</sup> door op verschillende manieren de opsporing, de vervolging en de waarheidsvinding te belemmeren door de verdachte behulpzaam te zijn bij het ontkomen aan de nasporing van of aanhouding door de ambtenaren van justitie of politie, door voorwerpen waarmee het misdrijf is gepleegd te vernietigen of te verbergen of door voorwerpen die kunnen dienen om wederechtelijk verkregen voordeel aan kunnen tonen en die uit hoofde daarvan in beslag kunnen worden genomen wegmaken.

De bijzondere strafuitsluitingsgrond is van toepassing op iemand die in een familierechtelijke betrekking tot een verdachte of een veroordeelde staat, namelijk bloedverwanten of aangehuwden in de rechte linie of in de tweede of derde graad van de zijlinie of van zijn (voormalige) echtgenoot.<sup>326</sup> Gedurende de beraadslaging in de Tweede Kamer is de vraag opgeworpen of het wenselijk was de bepaling enkel van toepassing te laten zijn op aangehuwden, echtgenoten en bloedverwanten:

Kamerlid *Van der Linden*: ‘De grond voor deze bepaling ligt in de bijzondere betrekking, die tusschen den schuldigen persoon en een bloedverwant, aangehuwde of echtgenoot bestaat. Maar wanneer iemand een kind opgevoed heeft; (...) wanneer een dienstbode gedurende twintig, dertig jaren in één dienst is geweest, zal men dan die betrekking, soms inniger dan die van aanverwantschap, of gewezen echtgenoot, niet kunnen doen gelden? De bepalingen van dit artikel zullen ook uitgestrekt moeten worden tot al die door mij genoemde personen, waarbij zamenleving of opvoeding eene meer bijzondere betrekking heeft doen ontstaan’.

<sup>324</sup> De delictomschrijving ziet niet op overtredingen. Zie Smidt II (1891), *a.w.*, p. 189.

<sup>325</sup> HR 17 oktober 1995, *NJ* 1996, 337 m.nt. Sch.

<sup>326</sup> ‘Wil men de particuliere belangen voor de hier genoemde personen een overwegend motief achten om de onttrekking van den *persoon* des misdadigers aan de justitie te verschoonen, men gaat te ver wanneer men toestaat de ontdekking van het misdrijf te verhinderen, door daadwerkelijk in te grijpen in den *feitelijken* toestand, waarvan de gevolgen veelal verder kunnen reiken dan van tevoren was voorzien’. Smidt II (1891), *a.w.*, p. 190-191.

Minister *Modderman*: (...) Ik kan mij voorstellen dat men aan eene verloofde, aan een vriend niet minder gehecht is dan aan een aangenomen kind (...) ja dat men aan een vriend nog meer dan aan een broeder verkleefd is. Toch gevoelt ieder dat het begrip 'vriend' te vaag is om door de wet in de omschrijving van een *fait justificatif* te worden opgenomen. (...) Ik geloof dat men hier vertrouwen moet op de prudentie van het openbaar ministerie en, in geval van vervolging, op het beleid van den rechter. In dergelijke buitengewone omstandigheden kan de vervolging achterwege blijven of anders het minimum worden opgelegd. Toekenning van straffeloosheid a priori, zou, bij de vage uitdrukkingen waarvan de wet zich zou moeten bedienen, leiden tot regtsonzekerheid en welligt tot misbruik.'

*Van der Linden*: '(...) Hij wil echter in de toepassing verzachting zoeken, door deze over te laten aan de prudentie van het openbaar ministerie. (...) Mij dunkt, dat het openbaar ministerie het niet in zijne handen moet hebben om genadig of ongenadig te zijn. Ik zou daarom gaarne wenschen, dat met een enkel woord aan den regter de ruimte werd gelaten om, wanneer hij meent geen straf te moeten uitspreken wegens bijzondere betrekking van den aangeklaagde op den schuldige, dit te *kunnen* doen. (...)'

*Modderman*: 'De exceptiën (...) zijn ondubbelzinnig; bloedverwanten, echtgenoot, gewezen echtgenoot. Zoodra gij verder gaat, verliest men zich in vage uitdrukkingen. Wat zal bijvoorbeeld de mate van vriendschap zijn, die in aanmerking komen kan? Kan de wet spreken van vriendschap, van intime, van veeljarige vriendschap? En toch moet een *fait justificatif* altijd even scherp, als het misdrijf zelf, in de wet omschreven worden'.<sup>327</sup>

Resumerend blijkt dat indien een dader of veroordeelde of een persoon die in de in de bepaling genoemde familierechtelijke betrekking staat of - in het geval van een voormalige echtgenoot - heeft gestaan een of meer gedragingen verricht zoals omschreven in art. 189, eerste lid Sr, deze delictsoomschrijving niet op hem van toepassing is indien het opzet van deze perso(o)n(en) gericht was op het ontkomen aan en strafvervolging en het beïnvloeden van de waarheidsvinding.<sup>328</sup>

#### *Formulering*

De parlementaire behandeling beperkte zich tot de strekking van de bepaling.

#### 3.3.2.6. Niet voldoen aan verplichtingen als getuige, deskundige of tolk

##### *Wetstekst*

Artikel 192, tweede lid, Sr

*'Het bepaalde in het vorige lid van dit artikel is niet van toepassing op de partij in een burgerlijke procedure die, wanneer zij als getuige wordt gehoord, weigert op de haar gestelde vragen te beantwoorden'*.<sup>329</sup>

<sup>327</sup> Smidt II (1891), a.w., p. 191-192.

<sup>328</sup> Vgl. HR 17-10-1995, NJ 1996, 337 m.nt Sch.

<sup>329</sup> Blijkens *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 294, nrs. 1-2 en *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 017 nrs. 1-2 (Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het niet afleggen van een getuigenverklaring na een daartoe strekkende toezegging) zal de bijzondere strafuitsluiting

### *Strekking en toepassing*

Art. 192 Sr formuleert de verplichting de voortgang van een juridische procedure niet te hinderen, en betreft meer in het bijzonder het niet voldoen aan de verschillende wettelijke verplichtingen van een getuige, deskundige of tolk. Deze verschillende verplichtingen zijn in verschillende wetten neergelegd: bijvoorbeeld in het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de Parlementaire Enquête.<sup>330</sup> De delictsomschrijving maakt een onderscheid in strafmaat tussen strafzaken en andere zaken; de strafmaat in strafzaken is hoger dan in andere zaken omdat niet verschijnen in strafzaken ernstiger wordt opgevat dan het niet verschijnen in andere zaken'. Dit artikellid is ingevoegd bij de herziening van het bewijsrecht in burgerlijke zaken.<sup>331</sup>

### *Formulering*

De formulering is in de parlementaire behandeling niet besproken.

### 3.3.2.7. Geheimhouding van de verblijfplaats van een minderjarige<sup>332</sup>

#### *Wetstekst*

Artikel 280, tweede en derde lid, Sr

*'2. Het voorgaande is niet van toepassing op hem die: a. de raad voor de kindbescherming onverwijld de verblijfplaats van de minderjarige meedeelt, of b. op grond van de Wet op de jeugdhulpverlening voor bekostiging in aanmerking is gebracht en handelt overeenkomstig de artikelen 25 en 26 van die wet of c. handelt in het kader van zorgvuldige hulpverlening aan de minderjarige.*

*3. Van zorgvuldige hulpverlening vormen de onverwijld melding dat hulp wordt verleend alsmede de onverwijld bekendmaking van de identiteit van de hulpverlener en zijn plaats van verblijf of vestiging aan degene die het gezag over de minderjarige uitoefent, bestanddelen'.*

### *Strekking en toepassing*

Art. 280 Sr betreft het opzettelijk verbergen van een minderjarige die zich onttrokken heeft of die onttrokken is aan het wettig over hem gestelde gezag en het aan de nasporing van de ambtenaren van justitie of politie ont-

tingsgrond van het tweede lid vernummerd worden tot het derde lid. Het nieuwe tweede lid betreft de strafbaarstelling van degene die na totstandkoming van een afspraak met de officier van justitie ex art. 226h, derde lid of 226k, derde lid, Sv, opzettelijk niet voldoet aan zijn verplichting om te verklaren.

<sup>330</sup> Vgl. de strafuitsluitingsgronden van de artikelen 18 jo. 20 Wet op de Parlementaire Enquête.

<sup>331</sup> Wet van 3 december 1987, houdende nieuwe regeling van bewijsrecht in burgerlijke zaken, *Stb.* 590.

<sup>332</sup> De uitgebreide behandeling van deze bijzondere strafuitsluitingsgrond kan onoverzichtelijk aandoen. Toch meen ik dat het gerechtvaardigd is, nu de parlementaire behandeling van de wetsvoorstellen met betrekking tot deze bepaling namelijk illustratief is voor vervolgings- en opsporingsproblematiek, voortvloeiend uit een materieelrechtelijke norm.

trekken van een minderjarige. De strafbaarstelling betreft derhalve het verbergen van een weggelopen minderjarige en het belemmeren van de opsporing van een minderjarige door de politie. Het artikel beschermt degene die de zeggenschap over een minderjarige heeft. Degene die het gezag omtrent een minderjarige bezit ontleent daaraan ten opzichte van derden de bevoegdheid om tegen te gaan dat dezen zich met de opvoeding van en de zorg omtrent de minderjarige bemoeien.<sup>333</sup> Ook al zal het opvoeden van een kind naar eigen inzicht geschieden, dit hoeft niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat het kind hier zelf gelukkig mee is en in geval van een verstoorde verhouding met de opvoeder(s) ervoor kiest om weg te lopen.<sup>334</sup> In een aantal arresten stond de problematiek centraal van de strafrechtelijke positie van de hulpverlener van een weggelopen minderjarige. Het was de vraag of een hulpverlener die van mening was dat het verbergen en/ of het aan de opsporing van de politie onttrekken van een minderjarige binnen de delictomschrijving van art. 280 Sr zou vallen.

De Hoge Raad besliste dat straffeloosheid, gebaseerd op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid of een rechtvaardigingsgrond niet aan te nemen is. Vgl. HR 3 juli 1972, *NJ* 1973, 78 (Sosjale Joenit I) en het vervolg hierop, HR 16 oktober 1973, *NJ* 1974, 29 m.nt. ThWvV (Sosjale Joenit II), waarin gesteld werd dat ‘De ten laste van requirant bewezenverklaarde gedragingen geen rechtvaardigingsgrond [konden] vinden in het daarmee beoogde doel en evenmin straffeloos [zijn] uit hoofde dat de door requirant gevoelde maatschappelijke plicht gaat voor zijn wettelijke plicht zich te onthouden van het verbergen en aan de nasporingen van de minderjarige onttrekken van de minderjarige’.

De Hoge Raad besliste evenwel dat er geen onrechtmatigheid is indien een maatschappelijk werker met de ouders overleg heeft gevoerd over de weggelopen minderjarige. Daarnaast was het herstel van de vertrouwensrelatie tussen ouders en minderjarige beoogd terwijl het geenszins de bedoeling was het beleid van de politie te doorkruisen (terwijl dit beleid pas zou behoeven te worden gerealiseerd als het herstel van de vertrouwensrelatie mislukt was). In die omstandigheden werd gebillijkt dat de hulpverlener weigerde aan een verbalisant de verblijfplaats van de minder-

<sup>333</sup> G. Delfos & J.E. Doek, *Ouderlijke macht en minderjarigheid*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, p. 15, 82-86. Bartels ziet de delictomschrijving van art. 280 Sr als een wettelijke bescherming van de bevoegdheid van een gezagsdrager tot bepaling van de verblijfplaats van een minderjarige. J.A.C. Bartels, *De persoon van de minderjarige*, Van Loghum Slaterus/W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1981, p. 51-53. Vgl. HR 22 december 1952, *NJ* 1954, 478 m.nt. BVAR, waarin gesteld werd dat doel en strekking van artikel 280 Sr meebrengen dat ‘aan het wettig gezag onttrekken’ elk doen verkeren van de minderjarige buiten dat gezag hoorde te vallen.

<sup>334</sup> J. de Ruiter, ‘Het weglopen van minderjarigen als opgave voor het jeugdrecht’, in: J. Coleman (red.), *Jeugdrecht op een keerpunt. Opstellen aangeboden aan prof.mr. J. Wiarda*. H.D. Tjeenk Willink Groningen 1974, p. 178 e.v.

jarige mede te delen. Annotator Van Veen schrijft: ‘waar het Hof de niet-strafbaarheid zoekt in het aanvaarden van een exceptie, het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid, vindt de H.R. de niet-strafbaarheid in een beperkte uitleg van de deliktsomschrijving’.

Het artikellid is ingevoegd bij Wet van 24 maart 1983 tot aanvulling van art. 280 van het Wetboek van Strafrecht (Hulpverlening aan minderjarigen), *Stb.* 1983, 152. De door deze wet tot stand gekomen redactie luidde: ‘Het voorgaande is niet van toepassing op hem die de raad voor de kinderscherming ten spoedigste de verblijfplaats van de minderjarige meedeelt, noch op hem die handelt in het kader van zorgvuldige hulpverlening aan de minderjarige’. Bij deze wet is eveneens een derde lid ingevoegd, luidend: ‘Van zorgvuldige hulpverlening vormt de melding, aan degene die het gezag over de ouder uitoefent dat hulp wordt verleend, een bestanddeel’.

De wet diende ter vervanging van het in 1975 behandelde stuk nr. 13 548 waarvan tijdens de behandeling in de Eerste Kamer was gebleken dat de tekst van het wetsvoorstel aanleiding zou kunnen geven tot misverstanden.<sup>335</sup> In het navolgende wordt dit behandeld, voor zover van nut voor een oordeel omtrent de aard van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Ik beperk me hier tot de discussie in de Eerste Kamer, in de eerste plaats omdat deze niet wezenlijk anders was dan de discussie in de Tweede Kamer en in de tweede plaats omdat het de Eerste Kamer was die de wijziging in het oorspronkelijke voorstel initieerde. Het ingediende wetsvoorstel was overigens niet op te vatten als ‘een nieuw voorstel, (...) een aanpassing van de tekst die door de Tweede Kamer was aanvaard, maar in de Eerste Kamer op een bepaald punt voor een geheel andere uitleg vatbaar werd geacht dan beoogd’.<sup>336</sup> De Tweede Kamerfractie van de VVD zag in het voorstel geen wezenlijke verandering, doch was wel het volgende van mening:

‘In de Eerste Kamer is opgemerkt dat het opnemen van deze melding in feite overbodig zou zijn, omdat de officier die artikel 280 ten laste legt, het bewijs nooit rond zou krijgen, omdat er van verbergen geen sprake zou zijn. Deze redenering gaat echter (...) voorbij aan het feit dat het dan toch tot een strafvervolging komt en dat pas ter zitting de officier zal struikelen in zijn bewijsvoering. Van de zo nodige rust rond de hulpverlening is dan natuurlijk geen sprake meer. Bij de formulering zoals die nu luidt, zal de officier bij melding, niet tot vervolging kunnen besluiten. De eerste zin van het voorgestelde wetsontwerp vormt dus feitelijk een vervolgingsuitsluitingsgrond’.<sup>337</sup>

<sup>335</sup> Dit stuk volgde op de in 1975 tijdens de begrotingsbehandeling van het Ministerie van Justitie door de Tweede Kamer aangenomen motie tot wijziging van art. 280 Sr.

<sup>336</sup> *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 518, nr. 5.

<sup>337</sup> *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 518, nr. 4, p. 1.

Nu de inhoudelijke behandeling van het wetsvoorstel al in een eerder stadium had plaatsgevonden beperkte de Tweede Kamer zich tot het stemmen over het wetsvoorstel.<sup>338</sup> De Eerste Kamer schonk daarentegen veel aandacht aan het doel van de wet in het licht van de problematiek van wat de wet beoogt te regelen en de toendertijd ontwikkelde jurisprudentie. Ook komt de wetstekst, met name de term ‘zorgvuldige hulpverlening’ aan bod. Enige scepsis ten aanzien het gebruik van deze term en de toegevoegde waarde van het wetsvoorstel wordt door de indieners gepareerd:

‘Ik begrijp niet waarom het begrip ‘zorgvuldige hulpverlening’ problemen zou behoeven te ontmoeten omdat het zo’n algemeen begrip zou zijn. De wet kent verscheidene van dergelijke algemene begrippen, om niet te zeggen dat het ervan wemelt, zoals ‘billijkheid’; ‘algemeen belang’; ‘openbare orde’; ‘belang van het kind’. Dit zijn allemaal begrippen met het hanteren waarvan de rechter hoegenaamd geen moeite heeft. Ook op dit punt, dat van de ‘zorgvuldige hulpverlening’ zal zich jurisprudentie ontwikkelen indien het wetsontwerp mocht worden aanvaard’. ‘Wij zijn met haar van mening, dat er nog steeds een toestand van rechtsonzekerheid bestaat, doordat de problematiek van de weggelopen minderjarigen nog in weinig plaatsen is geregeld en dan nog in verschillende plaatsen verschillend geregeld. Dat brengt nodeloze onzekerheid met zich mee voor de hulpverlener, voor de politie en voor de ouders. De hulpverlener moet in grote trekken weten, waaraan hij zich te houden heeft. De politie moet een jurisprudentie hebben waaraan zij beter dan nu een vervolgingsbeleid kan vastknopen. (...) Welnu, de nieuwe redactie van ons artikel voorziet hierin’. ‘De melding is aanvaard door de Kamer, die daarmee de suggestie volgde van de heren Enschedé en Van de Werk. Zij analyseerden de situatie en maakten onderscheid tussen een bestuursrechtelijk politieconflict en een strafrechtelijk justitieconflict. In de eerste situatie is de politie gehouden - als de ouders daarom verzoeken - het kind op te sporen. De politie heeft daarbij aanspraak op inlichtingen, die de bonafide hulpverlener - vaak om zorgvuldige hulpverlening niet te frustreren - kan weigeren te geven. Deze valt daardoor onder de delictsomschrijving van artikel 280 Wetboek van Strafrecht. De politie zal doorgaan met het opsporen, hetgeen slecht is of kan zijn voor de hulpverlening. Om nu een uitweg uit dit politieconflict te bieden, is de melding van de verblijfplaats van het weggelopen kind aan de Raad geïntroduceerd. De politie kan nagaan of de raad weet waar het kind zit. In dat geval kunnen de nasporingen door de politie worden gestaakt. Omdat de strafbepaling niet meer van toepassing is, stopt ook de nasporing; tot een justitieconflict kan het niet meer komen. De zaak wordt daardoor uit de strafrechtelijke sfeer gehaald en in de civielrechtelijke sfeer geplaatst waardoor hij controleerbaar wordt gemaakt’.<sup>339</sup>

Kamerlid De Gaay Fortman is niet geheel overtuigd door deze redenering:

‘Allereerst het begrip ‘zorgvuldige hulpverlening’. Mijn bezwaar is niet dat dit een algemeen begrip is, al vind ik dat wij in het bijzonder in het strafrecht buitengewoon voorzichtig moeten zijn met het introduceren van algemene begrippen. In het strafrecht dwingt artikel 1 ons zo nauwkeurig mogelijk te zijn in de delictsomschrijving en zo min mogelijk te vertrouwen op de jurisprudentie die wel zal ko-

<sup>338</sup> *Handelingen II*, 24 februari 1981, p. 3361. Zie *Handelingen I*, 10 november 1981, p. 55.

<sup>339</sup> *Handelingen I*, 10 november 1981, p. 53-58.

men. De bezwaren zijn veeleer tweeërlei; in de eerste plaats is zorgvuldige hulpverlening een in het maatschappelijk verkeer toepasbaar begrip. (...) Het bezwaar is dat de strafrechter met de invulling van dat begrip wordt opge zadeld. Er mag hier wel verwezen worden naar een code voor het maatschappelijk werk, (...) het zal moeten worden ingevuld door jurisprudentie. En dat is jurisprudentie van de strafrechter. De strafrechter is niet de eerst aangewezen om zich te gaan buigen over de vraag ‘wat is zorgvuldigheid in de hulpverlening?’. Hoe werken die zaken in de praktijk? Er komen richtlijnen. Het is niet in de eerste plaats de strafrechter die zoiets gaat doen; het openbaar ministerie gaat zich erin verdiepen’.<sup>340</sup>

Vervolgens vraagt De Gaay Fortman aandacht voor een schrijven van het arrondissementsparket Breda waarin gesteld wordt dat het openbaar Ministerie vindt dat onder meer moet worden nagegaan of de hulpverlening zorgvuldig is geweest, omdat het op een optreden van de politie aankomt:

‘Men heeft dan graag heel exacte definities. (...) In de eerste plaats zegt het parket in Breda dat de hulpverlening aan minderjarigen die uit een inrichting zijn wegge- lopen een verhoogd risico van ingrijpen door politie en justitie met zich brengt, omdat aan deze categorie minderjarigen reeds professionele hulp wordt verleend. Hierbij wordt het criterium ‘zorgvuldige hulpverlening’ dus toegespitst op de vraag waar die minderjarigen vandaan komen. In de tweede plaats is er de vraag waar zij naartoe gaan. De neiging bestaat daar om de opvangadressen in kaart te brengen en die te ‘screenen’. Van te voren wordt bekeken van welke adressen kan worden aangenomen, dat de hulpverlening daar wel zorgvuldig geschiedt. Op zo’n manier gaat het parket werken met het begrip ‘zorgvuldige hulpverlening’. Dit gebeurt voordat de strafrechter hieraan te pas is gekomen. Natuurlijk zal de strafrechter dit alles moeten sanctioneren. Wij moeten ons evenwel geen illusies maken ten aanzien van de vraag of de strafrechter, dan wel het openbaar ministerie goed geëquipeerd is om het begrip ‘zorgvuldige hulpverlening’ inhoud te geven’.<sup>341</sup>

De Gaay Fortman ging ervan uit dat het welzijn van de minderjarige centraal stond in het handelen van de hulpverlener:

‘Als nu mensen gericht op het belang van de minderjarigen, ook afwegende de belangen van het gezag, wat hen er zelfs nog toe brengt een poging te doen tot een nieuwe ordening van de betrekkingen, optreden, dan ontbreekt de gehele opzet uit artikel 280 van de Strafwet. Dan is dus het gestelde in de dagvaarding, de opzet, niet door de feiten ondersteund. Dan concludeert het hof tot vrijspraak. (...) Het hof concludeert niet tot zorgvuldige hulpverlening. (...) Het hof werkt met het criterium dat men de belangen op zorgvuldige wijze tegen elkaar moet afwegen. (...) In het kader van de vraag of iemand strafbaar is of niet, kan men zich een dergelijke belangenafweging bij de strafrechter voorstellen. Dat is iets anders dan de eis van een zorgvuldige hulpverlening’.<sup>342</sup>

<sup>340</sup> *Handelingen I*, 10 november 1981, p. 59-60.

<sup>341</sup> *Handelingen I*, 10 november 1981, p. 60.

<sup>342</sup> *Handelingen I*, 10 november 1981, p. 60.

Ook andere Kamerleden besteden aandacht aan de positie van politie, hulpverleners en ouders. Van der Meer is van mening 'dat de confrontatie met de Raad voor de Kinderbescherming bedreigender kan zijn voor de ouders dan die met de politie, omdat van de politie niet meer verwacht wordt dan opsporing'.<sup>343</sup> Kamerlid Leyten-De Wijkerslooth de Weerdesteyn ziet onduidelijkheden in de positie van de ouders en is van mening dat er een onafhankelijke derde nodig is die, na het gehoord hebben van de ouders en de minderjarige, kan beoordelen of de hulp die de minderjarige wordt geboden de meest geschikte hulp is:

'dat de juridische bezwaren die aan het wetsvoorstel kleven (..) groot zijn. Er is hier al gesproken over het feit dat de strafrechter pas achteraf zal kunnen beoordelen of van zorgvuldige hulpverlening sprake is geweest. Ik hoor mevrouw Haas steeds praten over het feit dat het als strafuitsluitingsgrond is geformuleerd. Zelf denk ik dat het als rechtvaardigingsgrond is geformuleerd. Er staat niet: 'Niet strafbaar is hij, die..', maar er staat: 'niet van toepassing is'. Ik denk dat dit duidt op een rechtvaardigingsgrond. Dit is echter een technische discussie die misschien niet zo belangrijk is. Mij gaat het erom dat die beoordeling achteraf natuurlijk impliceert dat pas nadat de hulpverlening enige tijd aan de gang is geweest, eventueel het vermoeden van een strafbaar feit kan ontstaan waarna een onderzoek door het openbaar ministerie kan volgen en een eventuele vervolging. Maar stel nu dat dit tot de conclusie leidt, dat die hulpverlening niet zorgvuldig is geweest, dan is die minderjarige wel gedurende enige tijd aan die niet zorgvuldige hulpverlening onderworpen geweest. (..)'.<sup>344</sup>

Kamerlid Heine Makreel is een andere mening toegedaan. Hij vindt dat in het strafrecht sprake moet zijn van een scherpe delictsomschrijving:

'Een scherpe omschrijving zonder meer, zodat men exact uit de wet kan halen wat er onder valt en wat niet, is bij iedere wettelijke bepaling altijd een illusie; ook in het strafrecht. Als men zich afvraagt wat onder een wettelijke bepaling al dan niet is te vangen, blijft er altijd een overgangsgebied. De betekenis van de eis van een scherpe delictsomschrijving in het strafrecht moet mijns inziens daarin worden gezien, dat de scherpe grens aan de buitenkant van het overgangsgebied ligt. Wij hebben een overgangsgebied en dat houdt op een gegeven moment op. Wat erbuiten ligt, valt in ieder geval niet meer onder de delictsomschrijving. (..) Het gaat hier om een norm, die wordt ingevoerd en waarvan de invulling aan de rechter wordt overgelaten en die dient als inperking van wat allemaal onder het delict valt. In dat geval lijkt mij er geen bezwaar tegen te bestaan, dat deze norm niet volledig scherp in de wet is vastgelegd. Het karakter van de strafwet verzet zich daartegen niet. (..) De rechter zal het begrip zorgvuldige hulpverlening moeten invullen. Dat brengt een grote mate van onvoorspelbaarheid met zich mee, maar dat is onvoorspelbaarheid aan de binnenkant van het grensgebied, niet aan de buitenkant'.

In discussie met De Gaay Fortman, die stelt dat het betoog van Heine Makreel zich toespitst op het feit dat het de strafrechter is die inhoud moet ge-

<sup>343</sup> *Handelingen I*, 10 november 1981, p. 62.

<sup>344</sup> *Handelingen I*, 10 november 1981, p. 62.



ven aan een begrip als zorgvuldige hulpverlening, een begrip dat op een heel ander terrein van rechtsverkeer ligt, stelt laatstgenoemde dat er geen bezwaar tegen is dat ‘begrippen van dezelfde naam op diverse rechtsgebieden worden gehanteerd, ook door de strafrechter, en soms ook op diverse rechtsterreinen niet helemaal dezelfde inhoud hebben’. De strafrechter kan, in navolging van het openbaar ministerie, aan het begrip zijn eigen inhoud geven.<sup>345</sup>

De huidige redactie van het artikellid stamt uit de Wet van 6 december 1995 tot wijziging van de Wet op de jeugdhulpverlening en het Wetboek van Strafrecht in verband met hulpverlening aan weggelopen minderjarigen, *Stb.* 1996, 15. De redactie van het tweede en het derde artikellid is tot stand gebracht via de Derde nota van wijziging.<sup>346</sup> Al tijdens de behandeling van het wetsvoorstel waarin het tweede lid aan art. 280 Sr werd toegevoegd, werd gerefereerd aan de positie van de ouders van weggelopen minderjarigen, de waarborging van zorgvuldige hulpverlening en het voorkomen dat ouders van een weggelopen jongere in onzekerheid komen te verkeren. In enkele rapporten betreffende de jeugdproblematiek is aandacht besteed aan de wenselijkheid van wettelijke regeling.<sup>347</sup> Het wetsvoorstel beoogde te waarborgen dat degene die de ouderlijke macht of de voogdij over een minderjarige uitoefent, zo spoedig mogelijk op de hoogte wordt gesteld van de hulpverlening aan een weggelopen kind en daarop zo spoedig mogelijk zicht kan krijgen zonder dat de hulpverlening aan weggelopen jongeren in belemmerd wordt.<sup>348</sup> Er wordt blijkens de memorie van toelichting van het wetsvoorstel voor gekozen de werking van art. 280 Sr aan te scherpen. Het belang van de strafuitsluitingsgronden van het tweede lid van art. 280 Sr voor de zorgvuldigheid van de hulpverlening wordt minder groot geacht dan op basis van de aandacht die deze bepalingen in de discussie over dit onderwerp krijgt te concluderen is, daar de hulpverlening aan weggelopen jongeren meer dan voorheen geschiedt door instellingen van jeugdhulpverlening die door de overheid worden bekostigd, een ‘geheel andere situatie’ dan die ten tijde van het vaststellen van het tweede en derde lid van art. 280 Sr. Zo was ten tijde van het vaststellen van deze arti-

<sup>345</sup> *Handelingen I*, 10 november 1981, p. 63. *Handelingen I*, 10 november 1981, p. 65. ‘Als wij dus nu die strafuitsluitingsgrond hebben gecreëerd, kan de politie beoordelen of inderdaad die zorgvuldige hulpverlening kan worden verwacht of dat zich helemaal niet een dergelijke situatie voordoet. Zij hoeft dan ook niet achter elk geval aan te hollen. Dat gebeurt nu ook niet. Zij zou het verplicht zijn, maar wel overbelast raken. In de praktijk werkt het niet. Als het wetsontwerp is aangenomen, zal de politie inderdaad dat zeer selectieve opsporingsbeleid kunnen volgen. In eerste instantie zal dan zal dan het openbaar Ministerie moeten invullen wat zorgvuldige hulpverlening is’.

<sup>346</sup> Het doel van deze wijziging was gelegen in de wens meer aansluiting te hebben bij de Wet op de jeugdhulpverlening. *Kamerstukken II*, 1994-1995, 23 179, nr. 12.

<sup>347</sup> *Taak en Functie Raden voor de Kinderbescherming* (Commissie Gijsbers) en *Rechtzetten* (Commissie Vliegthart). *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 179, nr. 3, p. 1.

<sup>348</sup> *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 179, nr. 3, p. 14.

kelleden ‘van ‘erkende’ hulpverleningsinstellingen die zich bezig hielden met opvang van weggelopen minderjarigen geen sprake’. De memorie van toelichting stelt dat ervan uitgegaan mag worden dat:

‘de hedendaagse klachten van ouders over het gebrek aan informatie en het buitengesloten worden door hulpverleners veelal betrekking hebben op de door vanwege de overheid gesubsidieerde instellingen van jeugdhulpverlening omdat het deze organisaties zijn die een groot aandeel hebben in de opvang van weggelopen minderjarigen. De oplossing van de problemen zal dan ook eerder moeten worden gezocht in de verbetering van de werkwijze van deze instellingen, (...) dan in ingrijpende wijzigingen in de toepassing van het tweede en derde lid van artikel 280 Wetboek van Strafrecht. De laatstbedoelde bepalingen waren er immers op gericht aan de hulpverlening aan weggelopen minderjarigen het illegale karakter te ontnemen. Ditzelfde is later bereikt door invoering van de Wet op de jeugdhulpverlening waarin deze taak wordt toevertrouwd aan erkende instellingen overeenkomstig in de wet opgenomen kwaliteitsregels’.<sup>349</sup>

De aanwijzing aan de raden voor de kindbescherming is door de Minister gegeven, op basis waarvan deze als beleid moeten hanteren dat zij degene die het gezag over de minderjarige hebben onverwijld moeten inlichten dat aan de raad een melding ex art. 280, tweede lid, Sr is gedaan. Met het oog hierop is ‘onverwijld’ in plaats van ‘ten spoedigste’ in het Wetboek van Strafrecht opgenomen. Voorts dienden nadere eisen te worden gesteld aan de zorgvuldigheid van de hulpverlening, wil deze tot straffeloosheid ex art. 280 Sr kunnen leiden. Zo werd het ongewenst geacht dat straffeloosheid kan worden aangenomen voor het geval dat de hulpverlener via een anoniem telefoontje slechts aan de ouder meedeelt dat hulp wordt verleend. De Minister is van mening dat de wettelijke regeling zoals voorgesteld voldoende garanties biedt tegen het straffeloos verbergen van een weggelopen jongere door een particulier die zich er op beroept te hebben gehandeld als een zorgvuldig hulpverlener. De in het derde lid voorgestelde zorgvuldigheidseisen vereisen ‘dat degene die zich over een kind heeft ontfemd, ten minste aan de ouder of voogd moet laten weten dat dit het geval is en moet mededelen wie hij is en waar hij woont of gevestigd is’.<sup>350</sup>

Er is voorts discussie geweest tussen het College van advies voor de justitiële kindbescherming en de indieners van het wetsvoorstel. Het college stelde zich op het standpunt dat de voorgestelde verplichting van de hulp-

<sup>349</sup> *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 179, nr. 3, p. 2-3.

<sup>350</sup> *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 179, nr. 5, p. 10-11. ‘Indien de hulpverlener redenen heeft zich niet aan de ouder bekend te maken, kan hij gebruik maken van het alternatief de verblijfplaats aan de raad voor de kindbescherming bekend te maken. Kiest hij deze weg niet, dan zal, terwille van de controle op de zorgvuldigheid van de hulp, zijn identiteit aan de ouder bekend moeten zijn, zodanig dat degene die het gezag uitoefent zich zonodig op grond van onrechtmatige daad tot de kortgedingrechter kan wenden teneinde de rechtmatigheid van het optreden van de hulpverlener te doen controleren’. *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 179, nr. 3, p. 13.

verlener tot openbaring van zijn identiteit een beperking van de ruimte van de hulpverlening zou inhouden. In de memorie van toelichting wordt geen begrip getoond voor dit standpunt: er is immers, als de hulpverlener ervoor kiest de identiteit niet aan degene die het wettelijk gezag over de minderjarige uitoefent bekend te maken, het alternatief van melding van de verblijfplaats van de jongere aan de raad voor de kindbescherming. Ook de door het College voorgestelde wijziging van art. 280, tweede lid, Sr vind geen genade: 'Indien deze bepaling zou vervallen zouden de door dit artikellid gevestigde rechten van minderjarigen geheel verdwijnen'.

Met betrekking tot de door de Commissie Vliegthart en de Raad voor het Jeugdbeleid geuite wens om in art. 280 Sr te omschrijven wat de term zorgvuldige hulpverlening in zou houden, wordt gesteld dat de strafwet niet gedetailleerd kan aangeven wat de inhoud van door individuele burgers verstrekte hulp moet zijn, wil deze als zorgvuldig kunnen worden beschouwd. 'Een dergelijke gedachte zou (...) te zeer uitgaan van de vooronderstelling dat hulp aan minderjarigen per definitie professionele hulp is. De inhoud van door bekenden of familieleden geboden hulp laat zich moeilijk in een wettelijke regeling vastleggen'.<sup>351</sup> De laatste wijziging die het wetsvoorstel beoogde was het in overeenstemming brengen van de terminologie van art. 280 Sr met de wijziging van art. 26 van de Wet op de jeugdhulpverlening.<sup>352</sup>

De strafbepaling van art. 280 Sr is niet van toepassing op degene die opzettelijk een minderjarige die onttrokken is of zich onttrokken heeft aan het wettig over hem gesteld gezag of aan het opzicht van degene die dit bevoegd over hem uitoefent, verbergt of aan de nasporing van de ambtenaren van de justitie of politie onttrekt. Het is wel vereist dat in dat geval ofwel aan de raad voor de kindbescherming onverwijld de verblijfplaats van de minderjarige bekend wordt gemaakt, ofwel degene op grond van de Wet op de jeugdhulpverlening voor bekostiging in aanmerking is gebracht en handelt overeenkomstig de artikelen 25 en 26 van die wet ofwel handelt in het kader van zorgvuldige hulpverlening aan de minderjarige. Indien er sprake is van de laatste strafuitsluitende bepaling bestaat de invulling van het bestanddeel 'zorgvuldige hulpverlening' uit een antwoord op de vragen of er in de eerste plaats een onverwijld melding dat hulp wordt verleend en in de tweede plaats de onverwijld bekendmaking van de identiteit van de hulpverlener aan degene die het gezag over de minderjarig uitoefent. Art. 280, derde lid, Sr is te kwalificeren als de normering van de 'zorgvuldige hulpverlening' ex art. 280, tweede lid, sub c Sr. Het derde lid is blijkens de parlementaire behandeling eveneens op te vatten als een op zichzelf staande bepaling daar het de hulpverlener een keuze laat tussen ofwel melding aan de raad voor de kindbescherming ofwel melding aan degene die het

<sup>351</sup> *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 179, nr. 3, p. 14.

<sup>352</sup> *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 179, nr. 3, p. 9.

wettelijk gezag over de minderjarige uitoefent. Het derde lid is door deze aanvulling te zien als een art. 280, tweede lid, sub c Sr concretiserende bepaling.

#### *Formulering*

Naast de discussie omtrent de strekking van het wetsvoorstel en de wenselijkheid ervan is in de parlementaire behandeling discussie te vinden omtrent het woord ‘onverwijld’ als vervanging van de woorden ‘zo spoedig mogelijk’ en ‘ten spoedigste’ in art. 26 van de Wet op de jeugdhulpverlening en de strafuitsluitingsgrond. De leden van de PvdA fractie hadden hier hun twijfels over. In de eerste plaats was de hulpverlener al verplicht om aan degene die het gezag over de minderjarige uitoefent te melden dat hulp wordt verleend, in de tweede plaats was er de overweging dat een weggelopen jongere met grote moeilijkheden te maken heeft en het voor het goed op gang brengen van hulpverlening noodzakelijk is dat er een vertrouwensband tussen de jongere en de hulpverlener ontstaat: ‘indien de eerste stap bij binnenkomst is dat de ouders moeten worden ingelicht heeft dat zonder meer een nadelig gevolg op het hulpverleningsproces’. De onverwijldde bekendmaking zou een zorgvuldige aanpak kunnen belemmeren.<sup>353</sup> De fractie van D66 vond het woord ‘onverwijld’ te vaag. Een scherpe en exacte omschrijving van datgene wat beoogd werd was te prefereren; wellicht zou de term ‘onverwijld’ moeten worden ingevuld met een termijn in uren. De Minister vermocht niet goed in te zien wat het door de PvdA-leden gestelde probleem is.<sup>354</sup> Een amendement van de leden van D66 was volgens de Minister overbodig; het begrip ‘onverwijld’ geeft zelf al aan dat snel moet worden gehandeld. Bij de mondelinge behandelingen is er aandacht besteed aan de term ‘onverwijld’ in de systematiek van het wetsvoorstel, namelijk de wisselwerking tussen de Wet op de jeugdhulpverlening en de strafuitsluitingsgrond van art. 280 Sr en de invulling van het begrip ‘zorgvuldige hulpverlening’. Ook is er discussie omtrent het functioneren van de strafuitsluitingsgrond: staatssecretaris Schmitz verduidelijkte dat de strekking van art. 280 eerste lid, Sr is dat indien men een kind tegen de wil van de ouders aan hun gezag onttrekt, strafbaar is.<sup>355</sup> Het amendement wordt ingetrokken omdat de staatssecretaris aangaf dat met het begrip ‘onverwijld’ bedoeld wordt op ‘een handelen zonder vertraging, maar met weging van de omstandigheden van het geval’ en niet op ‘zonder uitstel’.<sup>356</sup>

<sup>353</sup> *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 179, nr. 4, p. 3-4.

<sup>354</sup> *Kamerstukken II*, 1992-1994, 23 179, nr. 5, p. 5.

<sup>355</sup> *Handelingen II*, 30 mei 1995, p. 4832.

<sup>356</sup> ‘Uit de parlementaire geschiedenis van Boek 3 van het BW blijkt dat onder ‘onverwijld’ moet worden verstaan dat de handeling zonder vertraging heeft plaatsgevonden, waarbij rekening mag worden gehouden met de omstandigheden van het geval. (...) Wij moeten voorkomen dat de wetgever zo specifiek het aantal uren regelt’. *Handelingen II*, 30 mei 1995, p. 4820, 4830 en 4839. Deze uitleg werd in overeenstemming met de strekking van het amendement geacht.

Voor wat betreft de gekozen formulering wordt in herinnering gebracht dat men voor het zinsverband ‘niet van toepassing’ heeft gekozen om aan te geven dat het om een vervolgingsuitsluitingsgrond gaat.

### 3.3.2.8. Ongehoorzaamheid van een opvarende

#### *Wetstekst*

Artikel 400, tweede lid, Sr

*‘De onder 3e vermelde bepaling is niet van toepassing indien de insubordinatie niet is gevolgd’.*

#### *Strekking en toepassing*

Art. 400 Sr betreft een scheepvaartdelict.<sup>357</sup> Het eerste lid van art. 400 Sr stelt strafbaar de opvarende en een opvarende, al dan niet zijnde een scheepeling van Nederlandse vaar-tuigen die ofwel opzettelijk niet gehoorzaamde aan enig bevel van de schipper in het belang van de veiligheid aan boord (eerste lid, sub 1), ofwel, wetende dat de schipper van zijn vrijheid van handelen beroofd is, hem niet naar vermogen te hulp komt (eerste lid, sub 2), ofwel kennis dragende van een voornemen tot het plegen van insubordinatie, opzettelijk nalaat daarvan tijdig aan de schipper kennis te geven (eerste lid, sub 3) ofwel, ingeval van een opvarende, niet zijnde scheepeling, niet gehoorzaamt aan enig bevel van de schipper tot handhaving van de orde en tucht aan boord gegeven.

De strafuitsluitingsgrond van het tweede lid richt zich op sub 3. De memorie van toelichting van het Wetboek van Strafrecht van 1886 omschrijft sub 3 als volgt: ‘Voorzoover het voornemen tot het plegen van enkele der in laatstgenoemd artikel vermelde misdrijven aan boord mogt worden opgevat, en een der opvarenden daarvan mogt kennis dragen, zal in den regel wel niet aan de ambtenaren van justitie of politie, maar toch aan den bedreigde kunnen worden kennis gegeven van dat voornemen en daarmede aan den eisch der strafwet zijn voldaan’.<sup>358</sup> Indien een opvarende die op de hoogte is van een voornemen tot het plegen van insubordinatie opzettelijk nagelaten heeft de schipper daarvan tijdig op de hoogte te stellen, is de delictsomschrijving van art. 400, eerste lid, sub 3, Sr niet op deze persoon van toepassing indien de insubordinatie niet plaatsvindt.

#### *Formulering*

De parlementaire geschiedenis biedt geen inzicht in de formuleringwijze.

<sup>357</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, derde deel, tweede druk, H.D. Tjeenk Willink Haarlem, 1892, p. 99, 145-146.

<sup>358</sup> Smidt III (1892) *a.w.*, p. 145.

### 3.3.2.9. Register nachtverblijven

#### *Wetstekst*

Artikel 438, derde lid, Sr

*‘Op nachtverblijven, verschaft aan meereizende echtgenoten, minderjarige kinderen of aan reisgezelschappen, is het voorgaande niet van toepassing’.*

#### *Strekking*

De overtreding van art. 438 Sr betref oorspronkelijk: ‘Hij die er zijn bedrijf van maakt aan personen nachtverblijf te verschaffen en geen doorlopende registers houdt, of nalaat in dat register aan te tekenen de namen, beroep of betrekking, woonplaats, dag van aankomst en van vertrek van de personen die een nacht in hun huis hebben doorgebracht, of die nalaat dat register op aanvraag te vertoonen aan den burgemeester of aan den door dezen aangewezen ambtenaar (...)’.<sup>359</sup>

Het artikel is in zijn huidige vorm geredigeerd naar aanleiding van de Uitvoeringsovereenkomst van het Verdrag van Schengen.<sup>360</sup> De bestanddelen van het oude artikel zijn verspreid over drie subleden en er zijn bestanddelen aan toegevoegd en taalkundig gemoderniseerd. Art. 438, eerste lid, 1e Sr is van toepassing op degene die ‘nalaat zich onverwijld bij aankomst van de persoon die in een door hem gehouden inrichting de nacht zal doorbrengen een geldig reisdocument of identiteitsbewijs te doen overleggen’. Art. 438, eerste lid, onder 2e Sr betreft degene die ‘geen doorlopend register houdt of nalaat daarin onverwijld bij de aankomst van die persoon zijn naam, beroep of betrekking, woonplaats en dag van aankomst aan te tekenen of te doen aantekenen alsmede daarin zelf aantekening te houden of te doen houden van de aard van het overgelegde document, en, bij vertrek, de dag van het vertrek’. Onder 3e van hetzelfde artikel is te lezen dat ook strafbaar is degene die ‘nalaat dat register op aanvraag te vertonen aan de burgemeester dan wel aan de door deze aangewezen ambtenaar’. Het tweede lid van art. 438 Sr stelt dat ‘Met dezelfde straf wordt de gelijke nalatigheid gestraft van degene die er zijn beroep of een gewoonte van maakt aan meerderjarige personen een terrein, daaronder begrepen iedere binnenhaven of elk binnenwater ingericht tot het afmeren van pleziervaartuigen, al of niet met daarbij behorende voorzieningen, ter beschikking te stellen voor het houden van nachtverblijf of voor het plaatsen dan wel geplaatst houden van kampeermiddelen of daartoe enig bouwwerk, niet zijnde een inrichting

<sup>359</sup> Smidt III (1892) *a.w.*, p. 262.

<sup>360</sup> Wet van 24 februari 1993 tot wijziging van de Vreemdelingenwet, het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Uitleveringswet m.b.t. de uitvoering van de op 19 juni 1990 te Schengen tot stand gekomen Overeenkomst ter uitvoering van het tussen de regeringen van de Staten van de Benelux, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek op 14 juni 1985 te Schengen afgesloten Akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controle aan de gemeenschappelijke grenzen, *Stb.* 1993, 141.

als bedoeld in het eerste lid, ter beschikking stelt'.<sup>361</sup> Blijkens de memorie van toelichting is de redactiewijziging van art. 438 Sr gebaseerd op art. 45 Uitvoeringsovereenkomst. Uit dit artikel volgt de verplichting van de Lidstaten 'de nodige maatregelen te treffen om te verzekeren dat de hoofden van logiesverstreckende bedrijven er zorg voor dragen dat personen aan wie zij logies verstrekken het register van het bedrijf invullen en zich daartoe identificeren door overlegging van een geldig identiteitsdocument'. Dergelijke personen dienen die registers ter beschikking te houden van de bevoegde autoriteiten en ze aan hen toe te zenden voorzover deze autoriteiten dit ter voorkoming van gevaar, ten behoeve van opsporingsonderzoek dan wel ter opheldering van het lot van vermiste personen of slachtoffers van ongevallen noodzakelijk achten. De identificatieverplichting geldt voor een ieder, zonder onderscheid naar nationaliteit.

'Om te weten of iemand met recht zijn Nederlandschap inroept, om zich te vrijwaren van de verplichting identiteitsbescheiden over te leggen, zal hij toch eerst zijn Nederlandschap moeten aantonen. En dus een identiteitsbescheid moeten overleggen. Wij zien dus geen reden om de bepaling alleen toe te spitsen op 'vreemdelingen oude stijl' (...). De strafbaarstelling zou niet meer te handhaven zijn'.<sup>362</sup>

In de parlementaire behandeling is enerzijds de vraag opgeworpen of de bedoelde personen geacht worden kopieën van identiteitsbewijzen te maken zodat zij zich, indien nodig, zouden kunnen verdedigen tegenover eventuele beschuldigingen dat zij niet aan art. 438 Sr hebben voldaan en wat anderzijds de positie is van reisgezelschappen en meereizende echtgenoten.<sup>363</sup> Het antwoord op de eerste vraag luidt ontkennend: er wordt geen algemene kopieplicht ingevoerd; bewezen zal moeten worden dat de verblijfsverschaffer nalatig is geweest zich een geldig reisdocument of identiteitsbewijs over te doen leggen. 'Het daderschap van die omissie is (...) onderdeel van de tenlastelegging. Voldoende is op zichzelf dat de verblijfsverschaffer aantekening houdt van de aard van het hem overgelegde bescheid. Het register, houdende die aantekeningen, zal hij moeten kunnen vertonen aan het bevoegde gezag. Kan hij dat niet, dan is in principe het bewijs van de nalatigheid geleverd. De omschrijving van de gedraging is die van het 'fait matériel'. Bewijs van enige schuldvorm is dus verder niet nodig'.

<sup>361</sup> De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel leert dat de bestanddelen uit het tweede lid voor een deel zijn ontleend aan art. 1 Kampeerwet (wet van 14 mei 1981, *Stb.* 372, houdende de regelen met betrekking tot kampeerplaatsen). *Kamerstukken II*, 1990-1991, 22 142, nr. 3, p. 12.

<sup>362</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 22 142, nr. 3, p. 3. *Kamerstukken II*, 1991-1992, 22 142, nr. 8, p. 10.

<sup>363</sup> *Kamerstukken II*, 1991-1992, 22 142, nr. 5, p. 3 en 8.

De uitzondering voor echtgenoten en reisgezelschappen wordt verklaard door de in art. 45, eerste lid, aanhef en sub a van de Uitvoeringsovereenkomst voorkomende tussenzin, luidende ‘afgezien van meereizende echtgenoten en minderjarige kinderen en van leden van reisgezelschappen’.<sup>364</sup> Met betrekking tot meereizende echtgenoten, reisgezelschappen of minderjarige kinderen bestaat de registratieverplichting niet.

Degene die er zijn beroep van maakt aan personen nachtverblijf te verschaffen en nalaat onverwijld bij aankomst van een reisgezelschap, minderjarige kinderen of meereizende echtgenoten een geldig reisdocument te doen overleggen, geen doorlopend register houdt of nalaat de in 2e genoemde gegevens te registreren met betrekking tot reisgezelschappen, minderjarige kinderen of meereizende echtgenoten is derhalve niet strafbaar. De onder 3e. genoemde verplichting het register te vertonen aan de burgemeester dan wel de door hem aangewezen ambtenaar vervalt, daar er met betrekking tot deze personen geen register aangehouden hoeft te worden.

#### *Formulering*

De discussie in de parlementaire behandeling spitst zich toe op de Uitvoeringsovereenkomst en de consequenties die eruit voortvloeien. De memorie van toelichting maakt het volgende duidelijk: ‘Het derde lid van het voorgestelde artikel 438 vertoont een redactie die enigszins afwijkt van de elders in het strafwetboek gebruikelijke uitdrukkingen, waarbij uitsluiting der aansprakelijkheid geregeld wordt. (...) [H]ier, in het derde lid van artikel 438 moet de uitsluiting van de aansprakelijkheid een omgekeerde redactie krijgen, om in de delictpositie zelf veilig te stellen dat de echtgenoot in wiens of wier gezelschap minderjarige kinderen of wederhelft medereizen, zelf wel gehouden is tot de verplichtingen, gevestigd in de voorgaande leden. Degeen die verblijf verschaft is ook dan verplicht te zorgen, dat conform die gehoudenheid gehandeld wordt. Indien het derde lid zou luiden: ‘Het voorgaande is niet van toepassing indien het verblijf wordt verschaft aan meereizende echtgenoten en minderjarige kinderen of aan reisgezelschappen’, zou dit in strijd met artikel 45 van de Uitvoeringsovereenkomst, in die gevallen algehele straffeloosheid het gevolg zijn’.<sup>365</sup>

#### 3.3.2.10. Tussenconclusie: toepassingsvariant

Evenals in de strafbaarheidvariant voor de beweegreden, zijn de overwegingen van de wetgever om een beperking van de werking van de delictomschrijving te bereiken door middel van een artikellid van deze variant op te nemen, gelegen ofwel in een beperking van de te ruim geachte werking van de delictomschrijving, ofwel in naderhand veranderende opvattingen

<sup>364</sup> *Kamerstukken II*, 1991-1992, 22 142, nr. 6, p. 22-23.

<sup>365</sup> *Kamerstukken II*, 1990-1991, 22 142, nr. 3, p. 12.



omtrent de strafwaardigheid van het delict. Een derde overweging is gelegen in het voldoen aan verschillende verdragsverplichtingen. De parlementaire behandeling verstrekt geen aanknopingspunten van de wetgever om juist voor deze formulering te kiezen. Evenals in de vorige variant, gaat de aandacht in de parlementaire behandeling meer uit naar de formulering van de bestanddelen van het artikellid en de strekking ervan.

In deze variant verschilt de mate van aandacht die aan de bestanddelen van het artikellid gegeven wordt, zoals eerder bij de strafbaarheidsvariant het geval was. Met betrekking tot de interpretatie van de bestanddelen van de artikelleden in deze variant geldt hetzelfde als in de vorige paragraaf opgemerkt is: in bepaalde artikelleden is de interpretatievrijheid groter dan in andere artikelleden. Het aantal artikelleden waarin een interpretatievrijheid is vergund kleiner dan in de vorige variant, nu het grootste deel van de artikelleden in deze variant het vaststellen van een hoedanigheid of het voldoen aan een procedurele bepaling betreft. Met betrekking tot de normadressaten van de artikelleden is eveneens geen eenduidig beeld te verkrijgen. In het algemeen wordt er in deze variant weinig tot geen aandacht besteedt aan de vraag tot wie het relevante artikellid zich richt. Een enkel artikellid, art. 98c, tweede lid, Sr, richt zich woordelijk tot de rechter en in de parlementaire discussie van art. 280, tweede en derde lid, Sr is er ruime discussie omtrent het gebruik en het doel van het artikellid op basis waarvan politie en justitie een interpretatiekader zouden hebben waarop een vervolgingsbeleid gebaseerd kan worden. De parlementaire behandeling geeft in deze variant aldus weinig uitsluitel omtrent de redenen om voor deze variant te kiezen en beperkt zich, net als in de strafbaarheidsvariant het geval was, tot uitleg van de bijzondere strafuitsluitingsgrond als zodanig.

### 3.3.4. Restvariant

*‘And why would Caesar fear Ovid, except for knowing that neither his divinity nor all his legions could protect him from a good line of poetry.’*

Tobias Wolff, *Old School*.

De bepalingen die in deze paragraaf aan de orde komen betreffen de artikelleden die niet in een van de andere varianten opgenomen kunnen worden. Deze artikelleden hebben alle betrekking op de bijzondere strafuitsluitingsgronden van de beledigingdelicten. De strafbaarstelling van belediging is een weerbarstige materie. Enerzijds is er het grond- en vrijheidsrecht op vrijheid van meningsuiting en de strafrechtelijke reactie op de overschrijding van die vrijheid,<sup>366</sup> anderzijds zijn er emoties en gebeurtenissen die

<sup>366</sup> D.F.B.Tucker, *Law, Liberalism and Free Speech*, Rowman & Allanheld Publishers, Totowa, New Jersey, 1985, m.n. hoofdstuk 7, p. 126-147, Erik van Ree, ‘Het belang van vrij debat’

hieruit kunnen voortvloeien die gepaard gaan met bescherming van de eer of de goede naam of het uiten van levensbeschouwelijke inzichten.<sup>367</sup> In zijn dissertatie geeft Janssens enkele voorbeelden hieromtrent, waaronder hooliganisme, politieke uitingen en satire. Voorts kan men ook denken aan toneel, getuige de commotie rond de opvoering van het toneelstuk *Het Vuil, de Stad en de Dood* van Fassbinder in de jaren tachtig van de twintigste eeuw. Een iets verder in de tijd teruggaand voorbeeld wordt gevormd door een van de katalysatoren van de Belgische opstand, namelijk de opvoering van de opera *La Muette de Portici* in de Muntchouwburg in Brussel, augustus 1830. In deze opera strijdt het Napolitaanse volk tegen de toenmalige Spaanse overheersing. Belgische docenten spoorden hun studenten en scholieren aan deze opera te bezoeken en het erin voorkomende lied *Heilige liefde voor het Vaderland* uit het hoofd te leren en op straat te zingen als protest tegen de Noord-Nederlandse overheersing, wat door de Nederlanders als beledigend en gevaarlijk werd ervaren. Uit dergelijke voorbeelden blijkt de verwevenheid van belediging en artistieke expressie als vorm van vrijheid van meningsuiting.<sup>368</sup>

Een ander voorbeeld omtrent de grens tussen vrijheid van meningsuiting, belediging en (mogelijk) racisme kan in het voetbal worden gevonden. Te denken valt aan spreekkoren als *Hamas, Hamas, Joden aan het gas*, het *Ajax Joden, eerste voetbaldoden* of het gesis waarop Ajaxsupporters, vanwege de Joodse achtergrond van de club als Joden bestempeld en later zichzelf met deze geuzennaam afficherend, zowel in de stadions van Ajax als in andere voetbalstadions in den lande plegen te worden ‘toegezongen’ door aanhangers van bepaalde tegenstanders.<sup>369</sup> Veelal wordt aangenomen dat het primaire doel van dergelijke spreekkoren echter niet antisemitisch is, maar het verbaal treffen van de tegenstander, wat echter als neveneffect heeft dat derden direct of indirect gekwetst worden.<sup>370</sup>

In de memorie van toelichting van het Wetboek van Strafrecht van 1886 is gesteld dat de bepalingen van Titel XVI afwijken van het stelsel van de Code Pénal waarin niet in laster werd voorzien. De wet geeft geen definitie van belediging; wel zijn er bepaalde beledigingsvormen gedefinieerd. Het

*De Groene Amsterdammer*, 19 januari 2002, J.M Coetzee, *Giving Offence: Essays on Censorship*, University of Chicago Press, 1996.

<sup>367</sup> A.L.J. Janssens, *Strafbare belediging*, diss. RUG, Thela Thesis, 1998, p. 2-4.

<sup>368</sup> Vgl. Fiss (1996), *a.w.*, p. 27-50.

<sup>369</sup> Voor een uitgebreide beschrijving: Simon Kuper, ‘Wij gaan op Jodenjacht’, in: M. van Nieuwkerk en H. Spaan (red.), *Ajax, de Joden, Nederland*, Hard Gras, nr. 23, maart 2000, L.J. Veen, p. 144 e.v en D.C. Vlieland, *Spreekkoren Strafbaar? Een onderzoek naar de aard, strekking en toepasselijkheid van de artikelen 137c-d Sr en de vrijheid van meningsuiting op spreekkoren in het voetbal*, doctoraalscriptie EUR, 2001 (niet gepubliceerd).

<sup>370</sup> Vgl. omtrent de zin en onzin van stadionliederen en spreekkoren: R.A. Pieloor, B. van de Meer en M. Bakker, *F-side is niet makkelijk!*, Uitgeverij Het Spectrum, Utrecht, 2002, m.n. p. 108-111, D. Brimson & E. Brimson, *Everywhere we go: Behind the Matchday Madness*, Headline, 1995 en Louis van Gaal, *Mijn jaren bij Ajax*, Bzztôh, 1997, p. 178 e.v.

ontwerp splitste belediging in smaad, smaadschrift en eenvoudige belediging. Modderman merkte tijdens de parlementaire behandeling op:

‘Het geldt hier eene materie van buitengemeen moeilijken aard en waarbij de wetgever altijd tussen twee klippen geplaatst is -aan den enen kant het gevaar om, zonder nut voor de maatschappij en in strijd met het belang van gezin en familie, in het private leven te laten wroeten; -aan den anderen kant het gevaar om, door onvoorwaardelijk afsnijden van het onderzoek naar de waarheid der geïmputeerde feiten, aan den beleedigde soms de gewenste satisfactie, aan den beleediger soms de verdediging onmogelijk te maken’. (...) ‘Niemand heeft het regt, tenzij het publiek belang het mogt eischen, om eenig feit te publiceren compromitterend voor den naaste. Door dergelijke publicatie wordt (altijd behoudens de exceptie van het publiek belang) geen nut maar integendeel onheil gesticht’.<sup>371</sup>

### 3.3.4.1. Smaad en smaadschrift

*Wetstekst*

Artikel 261, derde lid, Sr

*‘Noch smaad, noch smaadschrift bestaat voor zover de dader heeft gehandeld tot noodzakelijke verdediging, of te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat het te laste gelegde waar was en dat het algemeen belang de bekendmaking vereiste’.*

*Strekking en toepassing*

Art. 261 Sr betreft het delict van de opzettelijke aanranding van iemands eer of goede naam door middel van de telastlegging van een bepaald feit met het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven. Indien de aanranding plaatsvindt via (een) smaadschrift, ofwel ‘door middel van geschriften of afbeeldingen, verspreid, openlijk tentoongesteld of aangeslagen’, of ‘door geschriften waarvan de inhoud openlijk ten gehore wordt gebracht’ is er grond voor strafverzwaring. ‘Tegenover huisgenooten moet de volkomene vrijheid van spreken door den strafwetgever worden geëerbiedigd’, aldus de memorie van toelichting waar de zin van de strafbaarstelling wordt verwoord.<sup>372</sup> Voor het aannemen van smaad is het noodzakelijk dat ‘men door mededeeling aan onderscheidene personen, gelijktijdig of bij opvolging, een bepaald feit aan iemand ten laste legt’.<sup>373</sup> In de oorspronkelijke tekst van het derde lid stond de bepaling te lezen dat de smaad of het smaadschrift niet bestond voorzover de dader klaarblijkelijk<sup>374</sup> had gehandeld in het algemeen belang of tot noodzakelijke verdediging. Janssens concludeert dat uit het woord klaarblijkelijk zou voortvloeien dat de pleger van smaad straffeloos was indien hij meende en zonder nader onderzoek mocht menen dat de smaad een algemeen belang diende. Bij de be-

<sup>371</sup> Smidt II (1891), *a.w.*, p. 395 respectievelijk 405.

<sup>372</sup> Smidt II (1891) *a.w.*, p. 390-391.

<sup>373</sup> Smidt II (1891), *a.w.*, p. 390.

<sup>374</sup> Janssens (1998), *a.w.*, p. 319.

oordeling van de vraag of de pleger zich terecht beriep op de strafuitsluitingsgrond moesten derhalve zowel het subjectieve inzicht van de dader als het ‘redelijk inzicht’ betrokken worden.

De formulering van de bepaling is veranderd bij de Wet nieuwe regelen betreffende strafbare belediging.<sup>375</sup> Deze wet vloeide voort uit de problematiek met betrekking tot het vervolgingsbeleid in zaken betreffende belediging van het hoofd van een bevriende staat. De aanleiding hiervoor waren bijvoorbeeld uitingen als *Johnson, moordenaar*, tijdens demonstraties tegen de oorlog in Vietnam en het moeten voldoen aan volkenrechtelijke verplichtingen met betrekking tot de ongestoorde uitoefening van functies door regeringsleden van andere landen en toegelaten vertegenwoordigers van bevriende staten, vgl. art 118, eerste lid, Sr.<sup>376</sup> Ook is er aandacht besteed aan het schrappen van de strafbepaling omtrent eenvoudige belediging omdat deze niet zulke essentiële rechtsgoederen beoogt te beschermen als het leven of de veiligheid van burgers, maar ‘moeilijk te meten grootheden’ als eer en goede naam. Echter, ‘strafbaarstelling van eenvoudige belediging komt er op neer dat het strafrecht als sanctiemiddel wordt gebruikt bij het niet-nakomen van elementaire beleefdheidsvormen in het maatschappelijk verkeer’.<sup>377</sup> Argument tegen het schrappen van de strafbaarstelling is dan ook de overweging dat de kans op eigenrichting groter wordt.<sup>378</sup>

Een andere consequentie van het verwijderen van dit delict uit het Wetboek van Strafrecht zou bovendien zijn dat ‘de andere beledigingsbepalingen in de lucht komen te hangen’. Naast strafrechtelijke handhaving zou de civiele staan, de actie van onrechtmatige daad, ware het niet dat dit een zeer tijdrovende procedure is, wat, gezien de aard van de handeling, niet gewenst is. In de parlementaire behandeling wordt verwezen naar Langemeijer in *NJB* 1961 (p. 92) die in dit verband opmerkt dat als er iets is, dat ‘vraagt om snel redres, het wel de aantasting van de goede naam is’. Tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer wordt hierop teruggekomen. Mi-

<sup>375</sup> Wet van 25 maart 1978, *Stb.* 155. Het wetsvoorstel werd voorbereid door de Commissie Langemeijer.

<sup>376</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 3, p. 3, A.E. Schilder, *Het recht tot vergadering en betoging*, Gouda Quint, Arnhem, 1989, par. 4.1 en Th.W. van Veen, ‘Smaad en belediging in het rapport van de werkgroep art. 117 van het Wetboek van Strafrecht’, *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1969, nr. 6, p. 291-300. Vgl. eveneens, in een vervolging in het kader van het hierna te behandelen art. 266 Sr, HR 5 november 1968, *NJ* 1969, 78 waarin de HR bepaalde dat voor opzettelijke belediging niet vereist is dat de dader de intentie heeft het eergevoel van de betrokkene te kwetsen, maar het vereiste opzet aanwezig wordt geacht indien de dader heeft begrepen dat de door hem gebezigde woorden geschikt waren om de eer of goede naam aan te tasten. Van het uiten van een beschuldiging als ‘De President van Amerika is een oorlogsmisdadiger!’, is gesteld dat te begrijpen is dat deze geschikt waren om de eer en de goede naam van het toenmalige Staatshoofd van de Verenigde Staten aan te tasten.

<sup>377</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 5, p. 4-5. en nr. 6-8, p. 2.

<sup>378</sup> *Kamerstukken II*, 1975-1976, 11 249, nr. 6-8, p. 3.

nister de Ruitter concludeerde: ‘Het strafrecht kan dus moeilijk vooroplopen. Wel kan worden gesteld, dat een in de samenleving ingezette herwaardering van de wenselijkheid bepaald gedrag strafbaar te blijven stellen vaak al spoedig haar weerslag zal vinden in een meer terughoudend vervolgingsbeleid’.<sup>379</sup>

In navolging van de Commissie-Langemeijer, de Commissie die gevraagd was te adviseren omtrent modernisering of eventuele verwijdering uit het Wetboek van Strafrecht van art. 117 (oud) Sr en de wenselijkheid tot wijziging van de algemene strafrechtelijke bepalingen omtrent belediging (Titel XVI Boek 2 Sr), wenste de regering de strafuitsluitingsgrond niet te beperken tot gevallen waarin objectief in het algemeen belang of tot noodzakelijke verdediging is gehandeld, maar ook te voorzien in straffeloosheid voor de dader die te goeder trouw overtuigd was van zowel de waarheid<sup>380</sup> van de door hem geuite beschuldigingen als van zijn plicht tot publicatie in het algemeen belang, waardoor ‘een onderzoek naar de objectieve juistheid van de beschuldiging - een onderzoek dat bijzonder pijnlijk kan zijn voor degene die door de verdachte beschuldigd is - in beginsel overbodig (is)’. Blijkens de memorie van toelichting is deze strafuitsluitingsgrond een rechtvaardigingsgrond.<sup>381</sup>

‘Bewijstechnisch’ vond er door de introductie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond eveneens een verandering plaats. In het oude stelsel gold ex art. 263 Sr dat de verdachte kon worden ‘toegelaten’ tot het ‘bewijs der waarheid’ en wel ‘wanneer de rechter het onderzoek naar de waarheid nodig acht ter beoordeling van de bewering van den beklaagde dat hij in het algemeen belang of tot noodzakelijke verdediging gehandeld heeft’. De bepaling was te zien als een vermenging van materieel recht en procesrecht, waar in het Wetboek van Strafrecht voorzien werd in een bewijslevering door de verdachte, een vreemde eend in het Wetboek van Strafrecht.<sup>382</sup>

Indien een verdachte opzettelijk iemands eer of goede naam heeft aangerand door de telastlegging (het kwaadspreken, de belastende of de smadelijke uiting(en)) van een bepaald feit met het kennelijke doel om daaraan

<sup>379</sup> *Handelingen II*, 2 februari 1978, p. 658-659.

<sup>380</sup> Eerder werd het belang van vrijheid van meningsuiting gekoppeld aan ‘de ontdekking van de waarheid’. Het accepteren van beperkingen zou tot gevolg hebben dat de samenleving een ‘juiste’ oordeelsvorming wordt ontnomen. Vgl. Mill’s *On Liberty* waar de grenzen van overheidsmacht worden beschreven. Mill betoogde dat de ‘damages’ van de gevolgen van vrijheid van meningsuiting afgewogen dienen te worden tegenover de ‘damages’ die de beperking van de vrijheid van meningsuiting met zich meebrengen. John Stuart Mill, *On Liberty*, D. Spitz (red.), New York, 1982 (1859). E. Barendt, *Freedom of speech*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 8-9. Vgl. Elian (2003), *a.w.*, p. 26.

<sup>381</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 3, p. 4.

<sup>382</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 3, p. 4. Vgl. Van Veen (1969), *a.w.*, p. 297.

ruchtbaarheid te geven voor zover hij ofwel heeft gehandeld tot noodzakelijke verdediging, ofwel te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat het tenlastegelegde waar was en dat het algemeen belang<sup>383</sup> de telastlegging vereiste, is er geen sprake van smaad of smaadschrift. De interpretatie van de bestanddelen van deze bijzondere strafuitsluitingsgrond vindt plaats op basis van contextuele overwegingen, waarbij proportionaliteit en subsidiariteit een belangrijke rol spelen.<sup>384</sup> De geobjectiveerde interpretatie van de bestanddelen heeft tot gevolg dat de waarheid een belangrijke rol speelt naast andere factoren, zoals de aard van de uitlating. Janssens stelt dat er nauwelijks jurisprudentie voorhanden is op dit punt en verwijst naar de strafbaarstelling van belediging om te concluderen dat de waarheid een van de wegingsfactoren is bij de beoordeling van de onrechtmatigheid.<sup>385</sup>

#### *Formulering*

In de parlementaire behandeling van deze bijzondere strafuitsluitingsgrond richt de aandacht zich op de bestanddelen van het artikellid. Het behouden van het woord ‘klaarblijkelijk’ in de strafuitsluitingsgrond vond de regering niet noodzakelijk:

‘Het is niet geheel duidelijk waarom -als de bepaling toch wordt gewijzigd- het woord ‘klaarblijkelijk’ (..) behouden moet blijven. Als dat woord hier enige functie heeft, kan het alleen deze zijn, dat twijfel (omtrent de noodzaak van verdediging) ten nadele van de verdachte strekt. Dit levert dan een inbreuk op het klassieke beginsel ‘in dubiis pro reo’ op. Voor zulk een inbreuk zien de ondergetekenden geen goede rechtsgrond’.<sup>386</sup>

De term ‘te goeder trouw heeft aangenomen’, zoals door de commissie voorgesteld, is in het regeringsvoorstel veranderd in ‘te goeder trouw heeft kunnen aannemen’. De Commissie-Langemeijer merkte met betrekking tot het begrip ‘goede trouw’ op, dat dit ‘zoals in de aard van het strafrecht ligt, overwegend subjectief’ zal moeten worden opgevat, ‘nochtans niet extreem subjectief. De aantijging waarvoor in het geheel geen grond pleit, zal niet als te goeder trouw gedaan kunnen gelden’. Het doel hiervan was de objectivering van het criterium voor uitsluiting van strafbaarheid.<sup>387</sup>

‘Het is wel mogelijk de bepaling zo te formuleren, dat zij enerzijds voorziet in een rechtvaardigingsgrond voor gevallen waarin het algemeen belang inderdaad het

<sup>383</sup> Janssens concludeert op basis van de wetsgeschiedenis en de samenhang met art. 41 Sr dat zowel belangen van derden als ideële belangen mogen worden verdedigd. Janssens (1998) *a.w.* p. 313-314.

<sup>384</sup> In het vierde hoofdstuk van dit boek wordt hier in de paragraaf over de bijzondere strafuitsluitingsgrond en het legaliteitsbeginsel uitgebreid op teruggekomen

<sup>385</sup> Janssens (1998) *a.w.*, p. 325. Zie de paragraaf m.b.t. art. 273 Sr.

<sup>386</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 3, p. 5.

<sup>387</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 4, p. 16.

openbaren van het compromitterende feit eiste, en anderzijds in een verontschuldigungsgrond voor de dader die dat alleen maar (zij het wel te goeder trouw) heeft aangenomen. Daarmee zou echter het beoogde doel -het zo veel mogelijk afsnijden van discussies in foro over de juistheid van de geuite beschuldiging- worden gemist. De verdachte houdt er dan belang bij, het bewijs van die juistheid te leveren, en de gelegenheid daartoe zou hem bezwaarlijk kunnen worden onthouden. Men kan zich afvragen of het wel nodig is als afzonderlijke eis te stellen, dat de dader te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat de door hem geponeerde beschuldiging waar was. Het valt wat moeilijk, zich gevallen voor te stellen waarin hij daar zelf niet in geloofde, maar waarin hij toch wel te goeder trouw meende, of kon menen, dat het algemeen belang met het publiceren van de (onware, althans ongeverifieerde) beschuldiging was gediend. Iemand die zich op het standpunt stelt dat het doel de middelen heiligt, zal men niet licht als te goeder trouw beschouwen (..) Ten aanzien van de terecht geuite beschuldiging geldt derhalve dat de verdachte reeds op de nieuwe strafuitsluitingsgrond een beroep kan doen, wanneer het algemeen belang door de beschuldiging, objectief bezien, weliswaar niet werd gediend maar de verdachte dit redelijkerwijze had mogen aannemen'.<sup>388</sup>

Enkele Kamerleden hadden in eerste instantie hun twijfels omtrent dit voorstel. Zo was hen niet geheel duidelijk dat het wetsontwerp het karakter had van de strafuitsluitingsgrond, zijnde een rechtvaardigingsgrond en niet een verontschuldigungsgrond en daarom wierpen zij de vraag op of de formulering concreet een feitelijke beperking betekende van de toepasbaarheid van de strafuitsluitingsgronden, daar het vanwege de tekst mogelijk zou zijn dat de rechter en/of het openbaar ministerie stellen; 'U kon niet te goeder trouw aannemen..', indien een verdachte heeft gesteld dat 'Ik heb aangenomen dat..'. De formulering 'heeft kunnen aannemen' toont dat kwade trouw geen rol speelt. Bij kwade trouw zou van het werkelijk aannemen van bepaalde feiten geen sprake zijn. Op deze manier zou er in de rechtzaal toch weer een discussie kunnen ontstaan over de juistheid van geuite beschuldigingen.

'Alleen acht de Regering het een voordeel dat zij (..) het bestanddeel waarin de goede trouw [is] vervat, heeft geobjectiveerd (..). Daarmee zou buiten twijfel gesteld zijn, dat het hier een rechtvaardigingsgrond en geen verontschuldigungsgrond betreft. Dit verschil is van betekenis, omdat in geval van verspreiding van belastend materiaal bij een verontschuldigungsgrond voor de auteur de verspreiders niet en bij een rechtvaardigingsgrond wel automatisch vrij uitgaan. (..) [E]n het probleem daargelaten dat de grenzen tussen verontschuldigungsgronden en rechtvaardigingsgronden niet steeds zo haarscherp zijn te trekken, moet niettemin worden opgemerkt dat de objectivering van het te goeder trouw van de waarheid overtuigend zijn als zodanig een verzwaring van de eis is, vergeleken met 'indien hij te goeder trouw heeft aangenomen'. Voor wie voor het eerst met een beschuldiging komt, die veel later weliswaar gegrond blijkt doch aanvankelijk als hoogst onwaarschijnlijk moest worden beschouwd, kan dit een op het eerste gezicht slecht te rechtvaardige bezwaar zijn'.<sup>389</sup>

<sup>388</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 3, p. 5.

<sup>389</sup> *Kamerstukken II*, 1971-1972, 11 249, nr. 5, p. 2.

Het bestanddeel ‘goede trouw’ dient volgens de wetgever te worden geobjectiverend.<sup>390</sup> De jurisprudentie op dit punt laat eenzelfde beeld zien. Vgl. HR 21 juni 1988, *DD* 88.424 en HR 19-9-1988, *NJ* 1989, 146. Opgemerkt moet worden dat dit niet hoeft te betekenen dat er overigens geen eisen meer worden gesteld aan ‘goede trouw’.<sup>391</sup> Ook zal, in het licht van artikel 10 EVRM, goede trouw met betrekking tot de waarheid ‘eerder aangenomen worden naarmate het telastegelegde feit bijdraagt aan het publieke debat’. Hier kom ik later op terug, en wel bij de bespreking van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 266, tweede lid, Sr.

Eveneens zouden de woorden ‘voor zover’ een ongewenste vaagheid veroorzaken. De Minister gaat niet in op de bezwaren die er naar aanleiding van de vervanging van de zinsnede ‘te goeder trouw heeft aangenomen’ door ‘te goeder trouw heeft kunnen aannemen’ zijn geformuleerd; er wordt volstaan met een verwijzing naar de memorie van toelichting. De formulering van ‘voor zover’ heeft volgens de Minister geen ongewenste vaagheid veroorzaakt bij eventuele toepassing van de strafuitsluitingsgrond. Verwezen wordt naar de memorie van toelichting, waarin al gesteld was dat vervanging van deze termen door het woord ‘indien’:

‘het ongewenste gevolg heeft, dat wanneer de verdachte een reeks beschuldigingen heeft geuit en slechts een deel daarvan nodig was voor (bijvoorbeeld) een verdediging tegen aantijgingen die hemzelf of een derde treffen, de overige niettemin gerechtvaardigd zouden moeten worden geacht. Ook al verzekert de inhoud van een grievende beschuldiging de dader met een beroep op het algemeen belang of noodzakelijke verdediging straffeloosheid, dan zal hij toch strafbaar zijn wanneer de vorm nodeloos beledigend was’.<sup>392</sup>

De woorden ‘voor zover de dader heeft gehandeld’ wijzen op een proportionaliteitsvereiste omdat de smaad of het smaadschrift slechts *en voor zover* tot *noodzakelijke* verdediging mag handelen; indien de smaad of het smaadschrift verder gaat dan op basis van de omstandigheden van het geval redelijk zou zijn, is dit bestanddeel niet vervuld. In dit kader kan verwezen worden naar HR 16 juni 1953, *NJ* 1953, 618 waarin de Hoge Raad de motivering van de rechtbank omtrent het aanwezig zijn van opzet om te beledigen accordeerde.

‘Dat de Rechtb. heeft overwogen: ‘indien de dader het beledigende karakter der door hem gebezigde uitdrukkingen noodzakelijkerwijze moet hebben begrepen en

<sup>390</sup> Janssens (1998), *a.w.*, p. 316 e.v. Deze term drukt naar zijn mening naast de objectiverings-eis uit dat ‘de dader meende dat de betichting waar was en in het algemeen belang gedaan’.

<sup>391</sup> Janssens (1998) *a.w.*, p. 327; ‘Indien bijvoorbeeld verzuimd is af te gaan op betrouwbare bronnen (...) zal de rechter niet snel aannemelijk achten dat de pleger van smaad redelijkerwijs heeft kunnen aannemen dat de bewering waar was’.

<sup>392</sup> *Kamerstukken II*, 1971-1972, 11 249, nr. 5, p. 6, *Kamerstukken II*, 1975-1976, 11 249, nr. 6-8, p. 18.



de Rechtb. van oordeel is, dat verd. dit i.c. ook heeft begrepen, omdat het terstond opvalt, dat de met betrekking tot D. en E. gebezigde zinsneden denigrerend zijn'; dat zij aldus haar beslissing omtrent het bewezen zijn van het aan req. telastegelegde opzet op deugdelijke wijze heeft gemotiveerd, in welke motivering het oordeel 'dat de met betrekking tot D. en E. gebezigde zinsneden denigrerend zijn' kennelijk in dien zin is te verstaan, dat die zinsneden de genoemde personen in een ongunstig daglicht stellen en geschikt zijn om hun goede naam en eergevoel aan te tasten' (...) 'dat de rechter vaststellende dat niet aanwezig is bevonden de bijzondere 'strafuitsluitingsgrond van art. 261, lid 3 Sr., omdat verd. -inzoverre hij meende in het algemeen belang of tot of tot noodzakelijke verdediging te moeten schrijven- dit had kunnen doen zonder zich op insinuerende, kleinerende en grievende wijze over E. uit te laten' daarmee op juiste gronden heeft weerlegd het verweer van req., steunende op handelen in het algemeen belang of tot noodzakelijke verdediging, zodat ook dit middel moet worden verworpen'.

De toetsing van 'ter noodzakelijke verdediging' vereist blijkens de jurisprudentie eveneens 'enig realisme, proportionaliteit en belang'.<sup>393</sup>

#### 3.3.4.2. Eenvoudige belediging

##### *Wetstekst*

Artikel 266, tweede lid, Sr

*'Niet als eenvoudige belediging strafbaar zijn gedragingen die ertoe strekken een oordeel te geven over de behartiging van openbare belangen, en die er niet op zijn gericht ook in ander opzicht of zwaarder te grieven dan uit die strekking voortvloeit'.*

##### *Strekking en toepassing*

De delictsomschrijving van art. 266 Sr voorziet in de strafbaarheid van de opzettelijke belediging die niet het karakter van smaad of smaadschrift draagt, hetzij in het openbaar mondeling of bij geschrift of afbeelding, hetzij jegens iemand, in zijn tegenwoordigheid, mondeling of door feitelijkheden, hetzij door middel van een toegezonden of aangeboden geschrift of afbeelding aangedaan. Het delict van art. 266 Sr voorziet derhalve in de situatie dat er geen sprake is van smaad of smaadschrift ex art. 261 Sr. Een uitlating is als beledigend te zien indien zij de strekking heeft een ander bij het publiek in een ongunstig daglicht te stellen en aan te randen in zijn eer en goede naam. Blijkens de memorie van toelichting strekt het woord op-

<sup>393</sup> Janssens (1998), *a.w.*, p. 315. Vgl. EHRM 06 februari 2001, *NJ* 2002, 158. Hof Amsterdam, 22 oktober 1968, *NJ* 1969, 466: 'Het komt toch weinig aannemelijk voor dat door het mede veilen van 'rommel' op de door de oom van verd. georganiseerde veiling de goede naam van de vader van verd. en van hem zelf zou worden geschaad, terwijl (...) al evenmin aannemelijk is dat voor het afwenden van zodanige schade de gewraakte publicatie geboden of zelfs maar doelmatig zou zijn, weshalve reeds om die redenen niet kan worden aanvaard dat verd. met die -trouwens door zijn vader betreurde- publicatie klaarblijkelijk heeft gehandeld ter noodzakelijke verdediging' en, in dezelfde lijn, Hof Leeuwarden, 8 december 1955, *NJ* 1956, 201.

zettelijk tot de uitdrukking van een *animus injuriandi*. Een lichamelijke aanraking is niet vereist; ook kan er beledigd worden door middel van gebaren.<sup>394</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van dit artikel bleek dat sommige Kamerleden het bereik van de delictsomschrijving te groot vonden. Ter illustratie wijs ik op het - niet aangenomen - amendement De Savorin Lohman, waar de toevoeging van het woord 'open' tussen de woorden 'aangeboden' en 'geschrift' wordt voorgesteld; het doel hiervan was om provocaties niet strafbaar te stellen. Er zijn verschillende manieren om te beledigen: het woord (ruim gezien) en de daad (als feitelijkheid). Belediging kan op drie verschillende manieren plaatsvinden, te weten, door het gesproken woord, het geschreven woord of door een afbeelding. Deze drie uitingen kunnen in het openbaar gebezigd worden, in afwezigheid van de beledigde, of rechtstreeks tegen hem gericht zijn, of door woordelijke beledigingen in zijn aanwezigheid en schriftelijke beledigingen door middel van een geschrift dat hem gezonden of gegeven is.

De bijzondere strafuitsluitingsgrond is toegevoegd bij de Wet met betrekking tot nieuwe regels betreffende strafbare belediging. Met deze strafuitsluitingsgrond werd beoogd binnen redelijke grenzen de straffeloosheid van politieke kritiek te bewerkstelligen:

'Al neigt de rechtspraak er ook thans reeds toe, op het terrein van die kritiek meer te tolereren dan bij uitlatingen in de zuiver persoonlijke sfeer, en al brengt de voorgestelde nieuwe bepaling dan ook geen aanzienlijke verandering in de bestaande rechtstoestand, zij zal toch een nog iets meer genuanceerde jurisprudentie kunnen bevorderen. Tegenover het mogelijke bezwaar dat aldus een zekere verruiming van de politieke zeden als het ware wordt gelegaliseerd, is aan te voeren dat wellicht gerechtvaardigde grieven tegen een bepaald beleid (..) met minder risico van strafrechtelijke consequenties kunnen worden geuit'. (..) 'Daar eenvoudige belediging een delict met vage grenzen is, zou er een spanning bestaan tussen het strafbaar stellen van eenvoudige belediging zonder meer, ongeacht het motief waardoor zij werd ingegeven en het grondrecht dat vrije meningsuiting garandeert, dat mede inhoudt het recht om straffeloos kritiek te leveren op de wijze waarop publieke belangen worden behartigd'.<sup>395</sup>

Het uiten van politieke kritiek werd in de parlementaire behandeling van deze wet opgevat als kritiek op de openbare handelingen van degene die een openbaar ambt vervult of die zich in het politieke debat profileert als behartiger van een of meer bepaalde openbare belangen. Hoewel er wel waardering bestond voor de intentie van de regering om politieke kritiek buiten de werking van de strafwet te brengen, was de Tweede Kamer in eerste instantie niet geheel gelukkig met de opname van dit artikellid. De Kamer ging ervan uit dat reële kritiek niet in een beledigende vorm geuit

<sup>394</sup> Smidt II (1891), *a.w.*, p. 413.

<sup>395</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 3, p. 4 en nrs. 6-8, p. 12.

hoefde te worden. Door het opnemen van deze bepaling zou indirect de politieke discussie in de rechtszaal eerder worden geïntroduceerd dan zonder deze bepaling het geval zou zijn.<sup>396</sup> De Kamercommissie voor Justitie merkte voorts op dat de rechter zal moeten beslissen welke formulering een oordeel geeft over de behartiging van openbare belangen en wanneer de gedraging ook anderzijds grievend is. Gedragingen die tot doel hebben een oordeel te geven over de behartiging van openbare belangen, op te vatten als belangen die naar hun aard zijn toevertrouwd aan openbare lichamen of waarvan de behartiging voortvloeit uit de vervulling van een bepaalde ambtelijke hoedanigheid of daarmee gelijk te stellen betrekking, en die er niet op zijn gericht ook in ander opzicht of zwaarder te grieven dan uit die strekking voortvloeit, vallen niet onder de werking van de strafwet. Voor de toepasselijkheid van de bepaling van art. 266, tweede lid, Sr is vereist dat de kritiek proportioneel is<sup>397</sup> en dat deze een openbare aangelegenheid betreft.<sup>398</sup> Kritiek op handelingen die daar geen verband mee houden, vallen niet onder de strafuitsluitingsgrond.<sup>399</sup>

#### *Formulering*

De strafuitsluitingsgrond is, in afwijking van het voorstel van de Commissie-Langemeijer, alleen van toepassing in gevallen waarin het begane feit uitsluitend onder het bepaalde in het eerste lid van art. 266 Sr is te brengen en is in de parlementaire behandeling gekwalificeerd als een rechtvaardigingsgrond. Het formuleren van de strafuitsluitingsgrond bij artikel 266 Sr staat niet op zichzelf, maar is mede betrokken op:

‘(..) de gevallen voorzien in het ontworpen nieuwe artikel 118, met name voor zover het daar-in gaat om het hoofd of een lid van de regering van een bevriende staat die hier te lande ambtshalve op bezoek is, kan de krenkende uitlating wel in het raam van een overigens toelaatbare en misschien zelfs gerechtvaardigde, politieke kritiek zijn geplaatst. Niettemin mag een zekere matiging van de kritiek worden gevergd, zolang degene die daarvan het mikpunt vormt, als gast van de Nederlandse regering in ons land verblijft. Uitlatingen die een krenkend karakter hebben, en die als belediging strafbaar zijn wanneer zij een medeburger betreffen, behoren dan achterwege te blijven. Deze overwegingen hebben ertoe geleid, de hier bedoelde strafuitsluitingsgrond (..) aldus te formuleren dat de toepassing daarvan beperkt blijft tot eenvoudige belediging die niet onder een andere strafbepaling dan die van artikel 266 valt (Vgl. de aanhef ‘Niet als *eenvoudige* belediging strafbaar zijn gedragingen die....’).<sup>400</sup>

<sup>396</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 5, p. 4.

<sup>397</sup> Hiermee hangt ook de wijze waarop een en ander is verwoord samen.

<sup>398</sup> Vgl. HR 30-10-2001, *NJ* 2002, 129.

<sup>399</sup> Janssens (1998), *a.w.*, p. 347-348.

<sup>400</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 3, p. 9. Expliciet worden ook de artikelen 111 en 118 Sr hierin betrokken. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch, 1 oktober 1953, *NJ* 1954, 572 ‘O. dat tenslotte zelfs dan nog wanneer ook het vorenstaande niet juist zou zijn, aangenomen zal moeten worden dat een verdere vervolging van app. niet tot diens veroordeling zal kunnen leiden, wijl alsdan aan app. in het onderhavige geval niet het recht zal kunnen worden ont-

Een andere afwijking ten opzichte van het voorstel van de Commissie-Langemeijer betrof het gebruik van de term ‘gedragingen’ in plaats van de term ‘handelingen’:

‘Al is de belediging door middel van een nalaten nauwelijks denkbaar, het is in strijd met het spraakgebruik om iets wat veelal alleen *mondeling* geschiedt als een *handeling* aan te duiden. (...) Ook overigens is de redactie vereenvoudigd, o.a. door de uitzondering-op-de uitzondering (ingeleid met ‘tenzij’) weg te werken’.<sup>401</sup>

Deze laatste opmerking wordt verduidelijkt in de veertiende noot van de memorie van toelichting. Hierin wordt gesteld dat de door de Commissie-Langemeijer voorgestane vervanging van de zinsnede ‘tenzij de aard ervan of de omstandigheden waaronder zij zijn begaan wijzen op het streven van betrokkene ook...te grieven’ door een bondiger uitdrukking (te weten: ‘en die er niet op zijn gericht ook (...) te grieven’) ‘een subtiel materieel verschil’ oplevert. Volgens de tekst van het wetsontwerp komt het er ‘niet op aan, of het streven van de dader was gericht op excessieve krenking, maar of zijn uitlatingen daartoe in feite strekken’. Vergeleken met het voorstel van de Commissie is het wetsontwerp meer geobjectiveerd, waardoor het karakter van de rechtvaardigingsgrond duidelijker bleek, aldus de regering ‘een subjectief element doet veeleer denken aan een verontschuldigungsgrond’. Eveneens wordt er aandacht besteed aan de term ‘erop gericht zijn’.

De Tweede Kamer vroeg zich af of deze term subjectief of objectief moet worden uitgelegd: ‘Gaaf het erom, of de verdachte de bedoeling had zwaarder te grieven, dan wel of de gedraging naar objectieve maatstaven als zodanig moet worden opgevat (...)’.<sup>402</sup> Enkele Kamerleden vragen zich daarnaast af wat de precieze inhoud van de term ‘openbaar belang’ is. Kamerlid Roethof werpt de vraag op of het gebruik van de term ‘algemeen belang’ niet te prefereren zou zijn. De eerste vraag wordt door de Minister beantwoord met een verwijzing naar de hierboven behandelde noot 14 van de memorie van toelichting. Het gaat er niet om, of de verdachte de bedoeling zou hebben of had zwaarder te grieven, maar of de gedraging als zodanig ‘daartoe in feite strekte’. De term ‘erop gericht zijn’ dient daarom objectief te worden geïnterpreteerd.<sup>403</sup>

zegd om, ondanks het feit dat hem enkel de overtreding van art. 266 Sr en niet ook van art. 261 Sr werd ten laste gelegd, een beroep te doen op het bepaalde in het derde lid van genoemd artikel 261, terwijl dan daarnaast zal worden aangenomen dat app. beroep op de in genoemd lid omschreven strafuitsluitingsgrond terecht werd gedaan’. Vgl. Rosier (1997), *a.w.*, p. 23.

<sup>401</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 3, p. 10.

<sup>402</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 5, p. 4.

<sup>403</sup> *Kamerstukken II*, 1975-1976, 11 249, nr. 6-8, p. 12. Zie, voor de jurisprudentiële ontwikkeling op dit punt de beschrijving van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 273, tweede lid, Sr.

‘De (..) wetswijziging houdt intussen niet in, dat schelden voortaan straffeloos zal zijn, mits het slachtoffer maar op enigerlei wijze met de behartiging van openbare belangen was belast. De beperking is immers gemaakt, dat de uitlating of de gedraging niet erop gericht mag zijn ook in ander opzicht of zwaarder te grieven dan uit de strekking daarvan, namelijk om een oordeel te geven over de behartiging van openbare belangen, voortvloeit’.

De vraag of het gewenst zou zijn de term ‘algemeen belang’ te gebruiken in plaats van de term ‘openbaar belang’ wordt door de Minister ontkennend beantwoord. Verwezen wordt naar verschillende wetten waarin de uitdrukking ‘openbaar belang’ gebruikt wordt. Onder meer worden de Ambtenarenwet, de Provinciewet en de Gemeentewet genoemd. Gedurende de behandeling van de wijziging van art. 113 Provinciewet<sup>404</sup> werd gesteld dat gedacht moest worden aan de belangen van openbare lichamen, zoals Rijk, provincie en gemeente. Er moest ook rekening gehouden worden dat ‘het geven van inlichtingen door de provinciale bestuursorganen, (..), eveneens in strijd met het openbaar belang moest worden geacht indien een niet-aanvaardbare inbreuk zou worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van een of meer burgers’. De Minister concludeerde dat de term ‘openbaar belang’, evenals de term ‘algemeen belang’, niet scherp te omlijnen is, maar dat aan deze term ‘een betekenis moet worden gehecht die afhankelijk is van het verband waarin die uitdrukking wordt gebezigd en de strekking van de wettelijke regeling’. Toch expliciteerde de Minister de term enigszins:

‘De ratio van de voorgestelde strafuitsluitingsgrond is om, binnen zekere grenzen, de straffeloosheid te verzekeren van kritiek op het handelen van een persoon die betrokken is bij de behartiging van openbare belangen -dit is, in het algemeen: iemand die een openbaar ambt vervuld of die zich in de politieke gedachtenwisseling opwerpt als behartiger van openbare belangen.-. Die straffeloosheid houdt in, dat zij ook geldt voor het geval dat die kritiek in een voor anderen beledigende vorm is gegoten. Met dit uitgangspunt voor ogen zou men het begrip ‘openbaar belang’ in het nieuwe tweede lid van artikel 266 kunnen omschrijven als: de belangen die naar hun aard zijn toevertrouwd aan openbare lichamen of waarvan de behartiging voortvloeit uit de vervulling van een bepaalde ambtelijke hoedanigheid of daarmee gelijk te stellen betrekking.. Onder ‘openbare belang’ kan dus ook de bescherming van particuliere belangen vallen, voor zover die bescherming tot de publieke taak moet worden gerekend’. Als belangen die tot de bescherming van de publieke taak kunnen worden gerekend zijn volgens de Commissie Langemeijer werkzaamheden van een parlementaire oppositie en werkzaamheden in de semi-overheidssfeer. De Minister sloot zich hierbij aan; particuliere handelingen konden hiernaast ook een algemeen belang dienen, ‘(..) een inzamelingsactie, buurtwerk, hulp aan bejaarden e.d. Het valt niet in te zien waarom in deze gevallen de belediger vrijuit moet gaan’.<sup>405</sup>

<sup>404</sup> *Kamerstukken II*, 1973-1974, 11 285, nr. 6-8, p. 4-5, *Kamerstukken II*, 1975-1976, 11249, nr. 6-8, p. 5.

<sup>405</sup> *Kamerstukken II*, 1975-1976, 11 249, nr. 6-8, p. 5, *Handelingen II*, 2 februari 1978, p. 658.

Hieruit volgt dat de voorgestelde vervanging volgens de Minister geen verbetering zou zijn. Naar aanleiding van het - verworpen - amendement Roethof dat ertoe strekte de term 'behartiging van openbare belangen' te wijzigen in 'behartiging van het algemeen belang' merkte de Minister de Ruiters op dat de term 'algemeen belang' in dit artikellid ongewenst is omdat zulks, gezien art. 263, derde lid Sr in strijd met het stelsel van de wet zou zijn. In het geval van art. 261 Sr zou het dan gaan om het antwoord op de vraag of de dader handelde in het algemeen belang, terwijl art. 266, tweede lid, Sr de vraag betreft of het slachtoffer van de belediging een openbaar belang behartigde.<sup>406</sup> Overigens is de mogelijkheid om kritiek te uiten op de behartiging van openbare belangen te zien als een kenmerk van een democratische samenleving en de ontwikkeling en het voortbestaan ervan.<sup>407</sup>

#### 3.3.4.4. Tussenconclusie: restvariant

Evenals in de voorgaande varianten het geval was, zijn de overwegingen van de wetgever om tot een beperking van de werking van de delictsoomschrijving over te gaan ofwel het te grote toepassingsbereik van de delictsoomschrijving, ofwel het voldoen aan verdragsverplichtingen, ofwel een veranderd inzicht omtrent de strafwaardigheid van het feit. Soms wordt er *expressis verbis* aangegeven dat een bepaling dient te functioneren als een

<sup>406</sup> *Kamerstukken II*, 1977-1978, 11 249, nr. 17 en *Handelingen II*, 1 februari 1978, p. 710. Zie hieromtrent EHRM 7 december 1976, par. 49 (*Handyside vs United Kingdom*), en het *Sunday Times* arrest (EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146). Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat beperkingen ten opzichte van politieke partijen en volksvertegenwoordigers te worden beoordeeld. Uit EHRM 08 juli 1986, *NJ* 1987, 901 (*Lingens vs Austria*) en EHRM 23 mei 1991, *NJ* 1991, 456 (*Oberschlick vs Austria*) blijkt bijvoorbeeld dat een politicus zich bepaalde inbreuken op zijn persoonlijk leven moet laten welgevalven. Uit het eerstgenoemde arrest blijkt dat de bescherming van een reputatie, gebaseerd op art. 10, tweede lid, EVRM, zich eveneens uitstrekt tot politici, doch dat ook in dat geval de noodzaak van deze bescherming dient te worden afgewogen tegen het belang van een open discussie omtrent politieke onderwerpen. In de tweede zaak werd door het EHRM met betrekking tot politici expliciet gesteld dat van hen een grote mate van tolerantie mag worden betracht indien het uitlatingen over hen betreft, met name indien zij voor kritiek vatbare uitspraken doen of wanneer de gewraakte opmerkingen deel uitmaken van een politieke discussie. De vrijheid van het politieke debat en de kritiek op overheidsbeleid mag echter niet ontaarden in racistische uitlatingen of uitingen die aanzetten tot vreemdelingenhaat. Vgl. ECRM 11 oktober 1979, *BJ* 1980, 525 (*Glimmerveen vs The Netherlands*). Beperkingen ten aanzien van perspublicaties worden eveneens aan een strenge toets onderworpen, waarbij de rol van de pers als voorlichter van de publieke opinie wordt onderstreept. In het verlengde hiervan geldt dat vrijheid van meningsuiting niet enkel de vrijheid om een mening te openbaren omvat, maar tevens de vrijheid om informatie te ontvangen. Zie omtrent beperkingen die opgelegd waren t.a.v. uitgever: EHRM 08 juli 1999, appl.no. 23927/94 (*Sürek & Özdemir vs Turkey*) en EHRM 28 september 1999, appl. no. 22479/93 (*Öztürk vs Turkey*). Eveneens wordt, enkele uitzonderingen met betrekking tot de verantwoordelijkheid van de persdaargelaten, gesteld dat enige mate van overdrijving is geoorloofd. EHRM 29 september 1999, appl. no. 28114/95 (*Dalban vs Roemenië*): van journalisten wordt zorgvuldigheid vereist.

<sup>407</sup> EHRM 8 juli 1986, *NJ* 1987, 901 (*Lingens*).

rechtvaardigingsgrond, en niet als een schulditsluitingsgrond.<sup>408</sup> De verschillende formuleringen als zodanig worden echter niet gemotiveerd. Wel is er veel aandacht besteed aan de bestanddelen van de artikelleden en de wijze waarop zij geïnterpreteerd dienen te worden. In de parlementaire behandeling van de restvariant is weinig aandacht voor de verschillende normadressaten van de artikelleden. Ook in deze variant lijkt impliciet te worden gesteld dat de artikelleden zich tot de rechter richten. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 266, tweede lid, Sr blijkt expliciet dat deze zich tot de rechter richt.

### 3.4 Conclusies

In dit hoofdstuk zijn op basis van grammaticale indelingen drie varianten van bijzondere strafuitsluitingsgronden bij elkaar gezet en voornamelijk wetshistorisch aan de orde gesteld. De wetgever formuleert bijzondere strafuitsluitingsgronden ofwel als strafbaarheidvariant, ofwel als toepassingsvariant, ofwel anderszins. Er is op basis van de parlementaire behandeling van de verschillende bijzondere strafuitsluitingsgronden geen systematiek te vinden in de formulering van bijzondere strafuitsluitingsgronden. De conclusie dat er geen wetgevingstechnische overwegingen bestaan voor de formulering van een bijzondere strafuitsluitingsgrond als een van de drie varianten lijkt op basis van de parlementaire behandeling van de behandelde wettelijke bepalingen gerechtvaardigd. In de parlementaire behandeling wordt veelal aandacht besteed aan de formulering van bepaalde bestanddelen van bepaalde bijzondere strafuitsluitingsgronden, maar die aandacht is telkens toegespitst op de strekking van het desbetreffende wetsvoorstel en het systeem van het wetsvoorstel.

Het opnemen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond is voor de wetgever een middel om strafrechtsbeleid te kunnen voeren. In elke delictsomschrijving wordt een in de maatschappij levende norm juridisch verwoord. De beperking van deze norm is een produkt van de tijd waarin de norm reeds ten tijde van de totstandkoming van de delictsomschrijving een bepaalde inhoud had of heeft gekregen.<sup>409</sup> In het eerste geval wordt de strafbaarheid direct bij de totstandkoming van de strafbepaling beperkt, in het tweede geval wordt de strafrechtelijke norm door de veranderde opzichten omtrent zijn strafwaardigheid later alsnog beperkt. De invoering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond is derhalve niet op willekeur gebaseerd. In het Wetboek van Strafrecht van 1886 en nadien zijn de bijzondere strafuitsluitingsgronden opgenomen die ten tijde van de formulering van de strafrechtelijke

<sup>408</sup> Vgl. de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 266 Sr.

<sup>409</sup> Maar ook van een (wellicht duurzamere) opvatting over wat niet gestraft behoort te worden, zie art 316 Sr.

norm of in een later stadium van het bestaan van die norm recht willen doen aan maatschappelijke omstandigheden. Door middel van bijzondere strafuitsluitingsgronden kan de wetgever ook reageren op maatschappelijke vraagstukken als oorlogsdreiging, draagmoederschap en euthanasie. De beperking van de werking van een delictsomschrijving vermijdt ongewenste gevolgen van strafbaarstelling en kan voldoen aan verdragsrechtelijke verplichtingen. De wetgever kiest er voor om, in plaats van een herformulering van de relevante delictsomschrijving, een artikellid aan een artikel toe te voegen of te herformuleren. De bijzondere strafuitsluitingsgrond heeft derhalve een codificerend karakter, waar het gaat om de wetgevingstechnische reactie op maatschappelijke veranderingen.

Met betrekking tot de normadressaten van de artikelleden is het opvallend dat enkel in de parlementaire behandeling van de strafbaarheidsvariant duidelijk wordt dat de rechter degene is tot wie de de tekst van de destbetreffende bijzondere strafuitsluitingsgrond zich primair richt. In de toepassingsvariant is een enkele bepaling te vinden die zich woordelijk tot de rechter richt (vgl. art. 98c, tweede lid, Sr). Het lijkt erop dat de wetgever er bij de toepassingsvariant en in de restvariant veelal impliciet vanuit gaat dat de tekst van de destbetreffende bijzondere strafuitsluitingsgrond zich tot de rechter richt, met als uitzondering in de restvariant art. 266, tweede lid, Sr. Voorts lijkt de wetgever ervan uit te gaan, in sommige gevallen impliciet, in andere gevallen expliciet, dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond zich mede tot politie en justitie richt teneinde een helder opsporings- en vervolgingsbeleid te kunnen voeren. Als voorbeeld hiervan kan artikel 280, tweede en derde lid, Sr genoemd worden. Voorts valt op dat sommige bepalingen ofwel in het wetboek zijn terechtgekomen om een helder opsporings- en vervolgingsbeleid mogelijk te maken ofwel om de beperking van de werking van de delictsomschrijving in de jurisprudentiële ontwikkelingen in de wet op te nemen op basis waarvan een helder vervolgingsbeleid kan worden gevoerd.

Uit de parlementaire behandeling kan worden afgeleid dat de aanwezigheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond in de strafbaarheidsvariant de rechter verplicht om ofwel ambtshalve, ofwel na een beroep van een verdachte onderzoek te doen naar de toepasselijkheid van het artikellid. Dit onderzoek houdt in dat de rechter dient vast te stellen dat volledig aan de verschillende bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond is voldaan. De interpretatiemogelijkheden van de rechter van de bestanddelen worden verschillend uitgewerkt. In de eerste plaats kan de rechter in sommige gevallen volstaan met het waarderen van de context van de handeling waarvoor een verdachte terecht staat en te kijken of voldaan is aan de door de wetgever gestelde situaties waarbinnen een verdachte niet strafbaar is. In de tweede plaats kan de rechter in sommige gevallen de beweegredenen van de



verdachte vaststellen om tot die handeling te komen en aan de hand daarvan tot een beperking van de werking van de delictsomschrijving te kunnen concluderen.

Verscheidene keren wordt de eis gesteld van objectieve vervulling van bepaalde - subjectieve - bestanddelen van een artikellid. Ik begrijp dit zo dat de rechter met name - al naar gelang de formulering - de maatschappelijke context van een of meer bestanddelen zo dient op te vatten dat een ieder in dezelfde situatie de handeling op dezelfde wijze zou hebben gepleegd. Met andere woorden: het lijkt erop dat de rechter uit dient te gaan van 'de redelijke mens' of, waarvan in het strafrecht vaker uit gegaan wordt, de doorsnee burger als referentiekader bij de interpretatie van (bestanddelen van) het de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Wat deze doorsnee burger in verschillende situaties verweten kan worden is afhankelijk van de eisen die binnen een bepaald tijdsvlak in een samenleving aan hem gesteld worden en de positie die hij in de samenleving bekleedt.<sup>410</sup> Hoe dit ook zij, de rechter dient zijn beslissing omtrent de verschillende te objectiveren bestanddelen vast te stellen aan de hand van vanuit de context als objectief te duiden criteria.

De bijzondere strafuitsluitingsgrond wordt zowel door de wetgever als door bepaalde auteurs gekwalificeerd als een bijzondere rechtvaardigingsgrond. De bijzondere strafuitsluitingsgrond betreft inderdaad omstandigheden die de strafbaarheid van het feit inperken: de bijzondere strafuitsluitingsgrond heeft een formulering gekregen die aansluit bij feiten en omstandigheden waarvan de wetgever van mening is dat deze straffeloos zouden moeten blijven. De feiten en omstandigheden op basis waarvan een gedraging buiten de delictsomschrijving zou vallen, zijn verschillend van aard. De overwegingen die aan een gedraging ten grondslag liggen, tellen soms mee, nu verschillende bijzondere strafuitsluitingsgronden aandacht vragen voor het motief. Het motief is in dergelijke gevallen medebepalend voor de toepasselijkheid van de bijzondere strafuitsluitingsgrond, hetgeen een verklaring zou kunnen zijn voor het gegeven dat sommige auteurs bepaalde bijzondere strafuitsluitingsgronden benoemen als bijzondere schulduitsluitingsgrond. Een voorbeeld van een motief is de 'goede trouw' ex art. 261, derde lid, Sr.<sup>411</sup>

<sup>410</sup> Bezwaren tegen het gebruik van dergelijke ficties daargelaten, zie M.S. Groenhuijsen, 'Schuld en boete; een beschouwing over strafrechtelijke verantwoordelijkheid', in: M.C. Bovens e.a. (red.), *Verantwoordelijkheid: retoriek en realiteit*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, p. 47-54 en H.L.A. Hart, 'Punishment and the Elimination of Responsibility', in: *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, p. 161 e.v.

<sup>411</sup> Een motief is derhalve geen constituerend element voor strafbaarheid, maar kan die strafbaarheid juist wel inperken.

Een van de conclusies op basis van dit hoofdstuk is dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond een gevarieerde verzameling is van juridisch op verschillende wijze vormgegeven artikelliden. Op basis van het voorgaande is ook duidelijk geworden dat de wetgever met de bijzondere strafuitsluitingsgronden in specifieke situaties strafoplegging beoogt tegen te gaan. De wetgever heeft evenwel niet duidelijk gemaakt op welke wijze dit strafrechtsdogmatisch vorm zou kunnen krijgen. Is er hier sprake van de delictomschrijving beperkende clausules of van exceptionele strafuitsluitingsgronden in de klassieke zin des woords, te weten rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden?<sup>412</sup> Uit de parlementaire behandeling van enkele bijzondere strafuitsluitingsgronden (art. 293, tweede lid, art. 280, tweede en derde lid, art. 261, derde lid en art. 266, tweede lid, Sr) blijkt dat de wetgever in sommige gevallen aansluit bij laatstgenoemd onderscheid. De wetgever geeft echter niet voor alle geselecteerde artikelliden aan of deze onder dit onderscheid zijn te scharen. Het lijkt mij mede daarom enigszins prematuur om min of meer automatisch te concluderen dat de wetgever het voor algemene strafuitsluitingsgronden geldende klassiek-dogmatische onderscheid in rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden ook heeft willen doen gelden voor bijzondere strafuitsluitingsgronden, mijn eerder beschreven bezwaren tegen dit onderscheid met betrekking tot de algemene strafuitsluitingsgronden daargelaten. De vraag zal derhalve moeten worden beantwoord welke plaats de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de geldende strafrechtsdogmatiek toekomt. Hierbij dient onderzocht worden of er uit het gemeenschappelijke element van bijzondere strafuitsluitingsgronden - namelijk het tegengaan van strafoplegging - en de verschillende formuleringen daarvan eveneens consequenties voor de verschillende normadressaten in het strafrecht kunnen worden getrokken. Hierbij dient te worden onderzocht wat de positie van de rechtstoepassers ten opzichte van bijzondere strafuitsluitingsgronden is en welke verplichtingen dezen kunnen worden opgelegd indien er sprake is van een bijzondere strafuitsluitingsgrond. Vervolgens dient bekeken te worden wat de positie van bijzondere strafuitsluitingsgronden in enkele strafrechtelijke thema's is, waarbij bijvoorbeeld kan worden gedacht aan het strafvorderlijke beslissingsmodel van de artikelen 348 en 350 Sv. Ook moet het open karakter van enkele bestanddelen van bijzondere strafuitsluitingsgronden in het licht van het legaliteitsbeginsel onderzocht worden. Deze en aanverwante vragen komen in het volgende hoofdstuk aan bod.

<sup>412</sup> Van Veen (1986) *a.w.*, p. 358-359.

## HOOFDSTUK 4

### CONCEPTUALISERING VAN DE BIJZONDERE STRAFUITSLUITINGSGROND IN HET STRAFRECHT

*‘Het is het merkwaardige in het strafrecht, dat men de theorie kan groeperen rond het leerstuk van de wederrechtelijkheid, en rond het leerstuk van de schuld. Omgrenzing van de daarbij gebruikte begrippen bepaalt dan de noodzaak van al dan niet nog andere begrippen in te voeren om de sociale werkelijkheid recht te doen.’*

B.V.A. Röling

#### 4.1. Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is onder meer geconcludeerd dat in de parlementaire geschiedenis geen redenen worden genoemd voor de specifieke formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De aard en de strekking van de bepaling worden van meer belang geacht. De techniek van regel en uitzondering wordt niet genormeerd door bepaalde eisen die er aan de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond worden gesteld. In dit hoofdstuk wordt gepoogd de plaats van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de strafrechtsdogmatiek te definiëren. Hier wordt aandacht geschonken aan de bijzondere strafuitsluitingsgrond en het legaliteitsbeginsel, de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond ten opzichte van een delictsomschrijving en er wordt bekeken welke rol de bijzondere strafuitsluitingsgrond heeft voor rechtstoepassers. Eveneens wordt de vraag worden beantwoord wat het kenmerk van de bijzondere strafuitsluitingsgrond is.

In paragraaf 4.2. wordt beschreven wat de positie is van bijzondere strafuitsluitingsgronden ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de algemene strafuitsluitingsgronden. In paragraaf 4.3. wordt de materiële positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond uitgewerkt. In paragraaf 4.4. wordt aandacht besteed aan de verhouding tussen de bijzondere strafuitsluitingsgrond en het legaliteitsbeginsel. Paragraaf 4.5. behelst de beschrijving en conceptualisering van een bijzondere categorie bijzondere strafuitsluitingsgronden, te weten paragraaf 4.6. beschrijft de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond ten opzichte van de rechtstoepasser. In paragraaf 4.7 wordt gepoogd de formeelrechtelijke positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond te bepalen. Conclusies worden getrokken in 4.8. Nu uit het vorige hoofdstuk blijkt dat de wetgever tamelijk willekeurig te werk is gegaan bij het formuleren van de bijzondere strafuitsluitingsgrond lijkt het me juist

om hier de consequentie aan te verbinden dat er geabstraheerd kan worden van de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgronden. De verschillende besproken varianten hebben niet het inzicht opgeleverd dat de wetgever met de ene variant iets anders heeft beoogt dan met de andere.

## 4.2. Van algemeen naar bijzonder

### 4.2.1. De verhouding tussen algemene en bijzondere strafuitsluitingsgronden

In de memorie van toelichting van het Wetboek van Strafrecht werd opgemerkt dat buiten de algemene strafuitsluitingsgronden van het Eerste Boek het ontwerpwetboek nog bijzondere redenen kent waardoor ten aanzien van bijzondere, of bepaalde misdrijven alle strafbaarheid wordt uitgesloten.<sup>413</sup> De wetgever van 1886 heeft zich hier verder niet over uitgelaten; gedurende de verdere behandeling van het ontwerpwetboek is er niet meer op teruggekomen. Het door de toenmalige wetgever gemaakte onderscheid van de algemene strafuitsluitingsgronden in inwendige en uitwendige oorzaken van ontoerekenbaarheid<sup>414</sup> is in het kader van de bijzondere strafuitsluitingsgrond niet gemaakt. In de parlementaire geschiedenis van enkele bijzondere strafuitsluitingsgronden die later in het Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen heeft de wetgever opgemerkt dat de aanwezigheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond de toepassing van een algemene strafuitsluitingsgrond onverlet laat.

Rommelink hanteert een formeel onderscheid ter hantering van het verschil tussen algemene en bijzondere ‘excepties’ dat zou voortvloeien uit art. 91 Sr. Daaruit blijkt zijns inziens dat algemene strafuitsluitingsgronden ‘algemene gelding in het strafrecht hebben, hetgeen derhalve bij bijzondere excepties niet zo is’.<sup>415</sup> Van Veen is, binnen zijn betoog voor een ruimhartiger gebruik van algemene strafuitsluitingsgronden, van mening dat de dogmatische evolutie die heeft geleid tot het onderscheid van algemene strafuitsluitingsgronden in rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgronden een kloof tussen de algemene en de bijzondere strafuitsluitingsgrond heeft veroorzaakt. De verschillende bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn moeilijk in eenzelfde onderscheid onder te brengen.<sup>416</sup> De bijzondere strafuitsluitingsgrond is naar zijn mening eerder te zien als een clause die de delictsom-

<sup>413</sup> Smidt I (1891), a.w., p. 404.

<sup>414</sup> Smidt II, (1891), a.w., p. 364, 404. Bij inwendige ontoerekenbaarheid werd gedacht aan het gebrek aan oordeel van onderscheid bij kinderen of een ziekelijke storing van de geestvermogens. Uitwendige omstandigheden betroffen overmacht- en noodweersituaties.

<sup>415</sup> Hazewinkel-Suringa/Rommelink (1996), a.w., p. 270.

<sup>416</sup> Van Veen (1986), a.w., p. 351-354 en p. 357-358. Zie hierna, paragraaf 4.5.2.

schrijving beperkt dan een exceptie.<sup>417</sup> De wetgever, zo betoogt Van Veen, laat zich weinig gelegen aan het dogmatische onderscheid in rechtvaardigingsgronden en schulditsluitingsgronden.

In het voorgaande hoofdstuk is inderdaad gebleken dat de dogmatische status van de bijzondere strafuitsluitingsgrond de wetgever weinig zegt. Slechts in enkele uitzonderingsgevallen wordt in de parlementaire geschiedenis het desbetreffende artikellid door de wetgever als een rechtvaardigingsgrond gekwalificeerd. De gedraging mag niet bestraft worden, is daarbij het uitgangspunt van de wetgever. In een bijzondere strafuitsluitingsgrond wordt bepaald dat de delictsomschrijving in voorkomende gevallen niet toegepast kan worden. Deze voorkomende gevallen worden omschreven door de bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Een kenmerk van algemene strafuitsluitingsgronden is dat de abstracte formulering ervan veel ruimte voor interpretatie en rechtsvinding toelaat. De formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond is echter gerelateerd aan een bepaald delict of een bepaalde groep delicten, waar algemene strafuitsluitingsgronden voor alle strafbare feiten gelden. Dat sommige bijzondere strafuitsluitingsgronden een grotere mate van abstractie hebben dan andere staat daar los van. De specifieke binding met een delictsomschrijving of groep van delictsomschrijvingen staat bij de bijzondere strafuitsluitingsgrond voorop. Een beroep op de toepasselijkheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond dient anders opgevat te worden dan een beroep op een algemene strafuitsluitingsgrond. In het eerste geval wordt aan de hand van feiten en omstandigheden die aansluiten bij de bijzondere strafuitsluitingsgrond een beroep gedaan op de niet-strafbaarheid van het feit of de dader, en wel in het licht van een delictsomschrijving. In het tweede geval wordt op basis van feiten en omstandigheden die geen aansluiting vinden bij de delictsomschrijving, doch bij de algemene strafuitsluitingsgrond(en) die van toepassing wordt (worden) geacht straffeloosheid van het feit of de dader bepleit. In dit kader kan gewezen worden op HR 6 februari 2001, *NJ* 2001, 217, m.nt. JdH, waar duidelijk wordt dat een beroep op overmacht in de zin van noodtoestand niet wordt beperkt indien een bijzondere bepaling van toepassing is waar de wetgever voorwaarden voor uitsluiting van strafbaarheid heeft geformuleerd. De Hoge Raad ziet volgens de annotator de bepaling, in casus een vrijstellingsbepaling in de Leerplichtwet, als een daderschapsuitsluitingsgrond. Het is derhalve niet zo dat (een bepaalde interpretatie van) een algemene strafuitsluitingsgrond de bijzondere overbodig zou maken. Dit past geheel in het adagium ‘lex specialis derogat lex generalis’: in de toepassing gaat een bijzondere wet voor een algemene wet. In de verhouding tot de algemene strafuitsluitingsgrond staat de ‘eigenheid’ en het ‘bijzondere’ van de bijzondere strafuitsluitings-

<sup>417</sup> Van Veen (1986), *a.w.*, p. 358.

grond voorop in plaats van het gemeenschappelijke van de algemene en bijzondere strafuitsluitingsgrond. In dit hoofdstuk zal zoals gezegd die eigenheid door de bepaling van de materiële en de formele positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond worden aangetoond.

#### 4.2.2. Bijzondere strafuitsluitingsgronden ten opzichte van elkaar

Voor de beantwoording van de vraag naar de onderlinge verhouding tussen de bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn weinig bronnen voorhanden. Uit de parlementaire geschiedenis van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 266, tweede lid, Sr blijkt dat de wetgever van mening was dat de toepassing van de strafuitsluitingsgrond in casu beperkt moest blijven tot de gevallen 'waarin op het begane feit geen andere strafbepaling dan die van artikel 266 van toepassing is'.<sup>418</sup> Uit de parlementaire behandeling van de artikelen 137c-e Sr blijkt dat de wetsgeschiedenis en de wetssystematiek eraan in de weg stonden de bijzondere strafuitsluitingsgronden van de artikelen 261, derde lid, Sr jo art. 266, tweede lid, Sr van overeenkomstige toepassing te beschouwen op de artikelen 137c-e Sr.<sup>419</sup> Gelijkluidende argumenten werden gebezigd bij de parlementaire behandeling van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 96 Sr.<sup>420</sup>

Consequent doorgeredeneerd zouden de strafuitsluitingsgronden die in de beledigingstitel staan om dezelfde redenen niet van toepassing worden geacht op de artikelen 111-112 Sr en 118 Sr. 'In principe' omdat er ten aanzien van art. 118 Sr door de Hoge Raad inzake art. 117 (oud) Sr<sup>421</sup> met betrekking tot art. 261, derde lid, Sr, een uitzondering lijkt te zijn gemaakt in HR 5 november 1968, *NJ* 1969, 78 m.nt. W.F. Prins.<sup>422</sup> In dat arrest werd overwogen dat er, wat art 117 (oud) Sr betreft, plaats is voor een beroep op handelen in het algemeen belang, mits de bewoordingen van de uiting niet nodeloos krenkend zijn en dus voldoen aan vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. De Hoge Raad oordeelde:

'dat het Hof, gelet op de in het derde middel aangehaalde overweging, kennelijk van oordeel is dat naar de bedoeling van de wetgever met betrekking tot art. 117 Sr. voor een beroep op handelen in het algemeen belang alleen plaats is als zich een der in art. 261, derde lid, Sr. vermelde beledigingsvormen voordoet, de geschiedenis van gemeld artikel biedt echter aan dit oordeel geen steun. Gelet op die

<sup>418</sup> *Kamerstukken II*, 1970-1971, 11 249, nr. 3, p. 9.

<sup>419</sup> Zie voorts HR 11-03-1986, *NJ* 1986, 613.

<sup>420</sup> Vgl. par. 3.3.1.1. en 3.3.4.3.

<sup>421</sup> 'Opzettelijke belediging van een regeerend vorst of ander hoofd van een bevrienden staat aangedaan, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van ten hoogste driehonderd gulden', Smidt II (1891), *a.w.*, p. 49.

<sup>422</sup> J.M.A.V. Moons, 'Het rapport van de werkgroep inzake art. 117 Sr (Cie Langemeijer) over het voorgestelde tweede lid van art. 266 Sr', *Tijdschrift voor strafrecht*, 1969, nr. 6, p. 301-309.

geschiedenis, behoort het artikel geen beletsel te zijn voor het leveren van kritiek op regeringsdaden van vreemde staatshoofden, mits met zodanige kritiek het algemeen belang geacht kan worden te zijn gediend. Derhalve moet worden aangenomen, dat wat art. 117 Sr betreft, voor een beroep op handelen in het algemeen belang plaats is ongeacht de betreffende beledigingsvorm. Het middel bestrijdt mitsdien terecht 's Hofs vorenbedoelde overweging, maar zulks behoeft niet tot vernietiging van de bestreden uitspraak te leiden. Immers de verwerping van gemeld beroep is mede gegrond op 's Hofs bovenvermeld oordeel dat het voor het mobiliseren en beïnvloeden van de publieke opinie geenszins noodzakelijk was de toevlucht te nemen tot het bezigen van de bewezenverklarde aanduidingen en daartoe andere – geoorloofde - middelen aan rekw. hebben opengestaan, gemeld beroep is op deze grond terecht verworpen omdat het bezigen van nodeloos krenkende aanduidingen nimmer met een beroep op een handelen in het algemeen belang kan worden gerechtvaardigd.'

Uit de memorie van toelichting bij de artikelen 117 en 118 (oud) Sr blijkt dat het woord 'belediging' dient te worden verklaard door middel van de bepalingen in de beledigingstitel.<sup>423</sup> Er dient aldus in de eerste plaats sprake te zijn van, bijvoorbeeld, eenvoudige belediging ex art. 266 Sr, voordat er, bijvoorbeeld, in een vervolging ex art 118 Sr aangevangen kan worden. In die vervolging kan derhalve het bestanddeel 'algemeen belang' ex art. 261, derde lid, Sr (waarbij de proportionaliteit- en subsidiariteitsvereisten van toepassing zijn) een rol spelen, zo lijkt de constructie te zijn. De wetgever van 1886 bood de mogelijkheid voor de creatie van een dergelijke constructie. Wellicht is de verklaring voor de constructie ook te vinden in de strekking van het bestanddeel waar het om gaat, te weten: 'algemeen belang' in relatie tot de delictomschrijving. Het betreft hier het belang van de vrijheid van meningsuiting.<sup>424</sup> Een term als algemeen belang is dermate open geformuleerd dat de betekenis daarvan geen vaststaand gegeven is.<sup>425</sup> Daarnaast is het, het legaliteitsbeginsel in aanmerking nemend, wenselijk dat er eenduidigheid in de interpretatie van strafrechtelijke begrippen bestaat. Belediging ex art. 118 Sr hoeft derhalve geen ander soort belediging te zijn dan belediging ex art. 266 Sr.

Er kan omtrent bijzondere strafuitsluitingsgronden ten opzichte van elkaar en van andere delicten concluderend, op basis van het summiere materiaal, het volgende worden gesteld. De wetgever besluit door middel van een bijzondere strafuitsluitingsgrond tot niet-strafbaarheid van verschillende soor-

<sup>423</sup> Smidt II (1891), *a.w.*, p. 50. 'Het begrip belediging moet worden verklaard uit Titel XVI. Even als in het opschrift van dien titel is belediging hier een nomen generis waaronder smaad, smaadschrift, laster, eenvoudige belediging en lasterlijke aanklagt begrepen zijn'.

<sup>424</sup> Vgl. Janssens (1998), *a.w.*, p. 56 en 210.

<sup>425</sup> Dergelijke min of meer open bestanddelen worden in een volgende paragraaf uitgebreider besproken. Zie bijvoorbeeld in het kader van de term 'algemeen belang' de in het derde hoofdstuk behandelde bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 273, tweede lid, Sr en de eveneens in het derde hoofdstuk beschreven verschillende open bestanddelen in bepaalde bijzondere strafuitsluitingsgronden van bepaalde beledigingsdelicten.

ten gedragingen. Deze niet-strafbaarheid is gekoppeld aan een enkel delict of een groep soortgelijke delicten. Individuele bijzondere strafuitsluitingsgronden gelden in principe uitsluitend voor het delict of de delicten waar zij blijkens hun formulering expliciet betrekking op hebben. Indien daar uitzonderingen op zijn, zijn deze uitzonderingen het gevolg van formulering(en) die daartoe de mogelijkheid biedt of bieden en een basis hebben in de wetsgeschiedenis.

Dat de wetgever een bijzondere strafuitsluitingsgrond kennelijk ook voor groepen van delicten ook via een achterdeur kan laten gelden bleek gedurende de parlementaire behandeling van de Wet terroristische misdrijven. De CDA-fractie wilde weten in welk geval een verschil in bedoeling tussen de samenspanners van een terroristisch misdrijf aan strafbaarheid aan de weg staat. De Minister antwoordde als volgt: 'Dat is het geval indien dit verschil dusdanig is dat niet meer van een overeengekomen misdrijf kan worden gesproken. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als het karakter van dat misdrijf nog volstrekt niet vast staat, en kan variëren van een bomaanslag tot een ontvoering. Overigens wijs ik erop dat in die situatie nog wel strafbaarheid kan ontstaan uit hoofde van andere strafbaarstellingen, zoals het - van overeenkomstige toepassing verklaarde - artikel 96, tweede lid, Sr'. Zoals bekend is op art. 96, tweede lid, art. 96, derde lid van toepassing: *Niet strafbaar is hij van wie blijkt, dat zijn oogmerk enkel gericht is op het voorbereiden of bevorderen van staatkundige veranderingen in algemene zin.*<sup>426</sup> Een expliciete verwijzing naar de bijzondere strafuitsluitingsgrond ontbreekt, maar gezien de discussie lijkt het onwaarschijnlijk dat de aard en de strekking van deze bijzondere strafuitsluitingsgrond in de voorbereiding van het antwoord niet even in oenschouw zou zijn genomen.

### **4.3. Conceptualisering van de materiële grondslag van de bijzondere strafuitsluitingsgrond**

#### **4.3.1. Inleiding**

Uit de parlementaire geschiedenis van de geselecteerde bepalingen volgt dat de functie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond primair is gelegen in een beperking van het bereik van de delictomschrijving(en) waarop deze betrekking heeft. De reden hiervoor is gelegen in inzichten of verandering van inzichten omtrent de strafwaardigheid van bepaalde strafbare gedragingen onder specifieke omstandigheden. Nu de bijzondere strafuitsluitingsgrond in voorkomende gevallen zowel objectieve (op het feit gerichte) als subjectieve (op de dader gerichte) bestanddelen kan bevatten, of een combinatie van beide, is het niet in alle gevallen duidelijk of het in een concrete casus gaat om een bijzondere rechtvaardigingsgrond, een bijzondere schulduitsluitingsgrond of, zoals Remmelink het verwoordde, een 'pu-

<sup>426</sup> Wijziging en aanvulling van het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met terroristische misdrijven (Wet terroristische misdrijven), *Handelingen I*, 2003-2004, 28 463, C en D en E, m.n. *Handelingen I*, 2003-2004, 28 463, E, p. 3.



re' strafuitsluitingsgrond.<sup>427</sup> De eerder vastgestelde terminologische verwarring maakt het probleem duidelijk. In deze paragraaf wordt gepoogd de materiële positie van deze beperkingen van strafbaarheid vast te stellen, om, mede op basis hiervan, in een volgende paragraaf de formeelrechtelijke positie(s) vast te kunnen stellen.

#### 4.3.2. Dogmatische grondslagen voor de bijzondere strafuitsluitingsgrond

In het voorgaande hoofdstuk is onder meer geconcludeerd dat de reden van de wetgever om een bijzondere strafuitsluitingsgrond aan een delictsoomschrijving toe te voegen gelegen is in de wens het bereik van de delictsoomschrijving te beperken. Indien de vastgestelde of aannemelijk geworden feiten en omstandigheden zoals deze in de bijzondere strafuitsluitingsgrond zijn verwoord zich voordoen 'zou er geen strafoplegging mogen volgen'. Ik hanteer de door de wetgever en de in de literatuur gebruikte formulering. De vraag rijst of deze formulering echter wel de meest geëigende is. Het zou wel eens zo kunnen zijn dat de formulering 'mag er niet tot strafbaarheid worden geconcludeerd' of 'zou er van strafbaarheid geen sprake mogen zijn' de lading beter dekt. Hier kom ik in een volgende paragraaf op terug. De wetgever zelf geeft de dogmatische grondslag van de bijzondere strafuitsluitingsgrond niet aan. In overeenstemming met de gedachte die overheerste ten tijde van de vaststelling van het Wetboek van Strafrecht van 1886, kan gesteld worden dat de latere strafwetgever voornamelijk een werkbaar, praktijkgericht, Wetboek heeft willen handhaven en de rechtspraak en wetenschap de vrije hand heeft willen geven. Naar mijn mening biedt de strafrechtsdogmatiek twee concepten die in aanmerking zouden kunnen komen om de grondslag van de bijzondere strafuitsluitingsgrond te verduidelijken.

De relevantie en de waarde van deze concepten voor de bijzondere strafuitsluitingsgrond blijken uit de inzichten die er op verschillende punten in de discussie omtrent deze concepten worden verstrekt. Beide concepten knopen op hun eigen manier aan bij de constatering dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond ofwel een reactie is op veranderde inzichten omtrent strafwaardigheid ofwel steunt op het inzicht dat bepaalde handelingen niet onder het bereik van de delictsoomschrijving vallen. Het betreft de concepten subsocialiteit en (ontbreken van) materiële wederrechtelijkheid. Zowel het concept subsocialiteit als het concept (ontbreken van) materiële wederrechtelijkheid bieden verschillende aanknopingspunten om de bijzondere strafuitsluitingsgrond op een bepaalde manier te interpreteren en op basis van die interpretatie een materiële grondslag vast te stellen. Subsocaliteit is overigens eerder met deze vorm van de techniek van regel en uitzondering in verband gebracht door Knigge en Vellinga.<sup>428</sup>

<sup>427</sup> Hazewinkel-Suringa/Rommelink, (1996), *a.w.*, p. 268.

<sup>428</sup> Knigge (1987), *a.w.*, p. 297, Vellinga (1985), *a.w.*, p. 359-360.

Toegegeven moet worden dat het wellicht een verwrongen constructie lijkt om subsocialiteit en ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid als concept op de bijzondere strafuitsluitingsgrond toe te passen. De wetgever van 1886 nam immers enkele bijzondere strafuitsluitingsgronden in het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht op zonder de concepten te kennen. De latere wetgever heeft zich er evenmin over uitgesproken. Toch meen ik dat de concepten door de inzichten en de discussie die zij in de dogmatiek op bepaalde punten hebben opgeleverd, bruikbaar zijn voor de conceptualisering van de dogmatische positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De toepassing van de twee concepten op de in het voorgaande hoofdstuk verkregen perspectieven kan verschillende inzichten in de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond verschaffen. Ondanks de vaststelling dat het concept niet rechtsreeks op praktisch niveau op een juridisch verschijnsel toegepast kan worden, kan (of, kunnen bepaalde elementen van) het concept of de discussie omtrent het concept echter wel bruikbaar zijn om het verschijnsel nader vorm te geven en daarna eveneens op praktisch niveau te bepalen.<sup>429</sup> Het theoretische concept werkt hier derhalve als kader waarbinnen en waardoor het juridische fenomeen geïnterpreteerd en ‘vertaald’ wordt.

#### 4.3.3. Subsocaliteit

##### 4.3.3.1. Inleiding

In deze paragraaf wordt begonnen met een schets van het concept ‘(ontbreken van) subsocialiteit’ als factor in de bepaling van de positie van de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond. Er wordt aandacht besteed aan de ontwikkeling die het concept in de strafrechtsdogmatiek heeft doorgemaakt en de verschillende standpunten die er ten aanzien van dit concept zijn ingenomen. Uiteindelijk wordt de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het licht van de beschreven ontwikkeling geplaatst.

##### 4.3.3.2. Subsocaliteit als concept

In zijn afscheidsrede *Ter effening* heeft Vrij zich gebogen over de vraag welke voorwaarden vervuld dienen te zijn ‘wil men mogen straffen’.<sup>430</sup> De kern van zijn betoog is dat er naast de elementen ‘onrechtmatigheid’ en ‘schuld’ een derde element in de dogmatische structuur van het strafbare feit als algemene voorwaarde voor strafbaarheid opgenomen zou moeten

<sup>429</sup> Vgl. P.C. Bogert, ‘De juiste beslissing of een gemiste kans? Omtrent het schrappen van de wettelijke verankering van de niet-strafbaarheid van bezit van kinderpornografie’, *Delikt en Delinkwent*, 2003, nr. 1, p. 16-18.

<sup>430</sup> M.P. Vrij, *Ter effening. Het subsociale als het derde element van het delict*, J.B. Wolters’ Uitgeversmaatschappij N.V., Groningen-Batavia, 1948, p. 1.

worden, te weten: subsocialiteit.<sup>431</sup> Dit element zou zich volgens Vrij richten op het gevaar dat door het plegen van het strafbare feit in het leven zou worden geroepen. De straf keert zich in zijn visie tegen het gevaar, dat weggenomen diende te worden. Onder ‘gevaar’ wordt door Vrij een bepaalde - verstoorde - maatschappelijke toestand verstaan. Het plegen van een delict heeft een nivellering van de maatschappij tot gevolg, wat als ‘onmaatschappelijkheid’ wordt bestempeld. Deze onmaatschappelijkheid, de subsociale toestand, is niet te begrijpen als schuld of onrecht, maar zou daaruit voortvloeien.<sup>432</sup>

Vrij noemde vier verschillende sociaal-psychologische ‘beroeringen’ die door de straf, als reactie op de gevolgen die het delict in de maatschappij heeft gehad,<sup>433</sup> geëffend zouden worden: recidivegevaar, slachtoffergevoelens, generale preventie (‘het tegengaan van navolgingsdrang van derden’) en de maatschappelijke onrust die door het delict teweeg is gebracht (‘ontdaanheid van vierden’).<sup>434</sup> Deze beroeringen zouden door middel van de erkenning van subsocialiteit als een element van het strafbare feit in de strafrechtsdogmatiek de inzichten van de Moderne Richting in de strafrechtspiegeling een plaats kunnen geven. Subsocaliteit is derhalve op te vatten als een werking of gevolg van een strafbaar feit. Indien er sprake is van een gedraging van ‘onrecht met schuld’, dient volgens Vrij de beoordeling hiervan plaats te vinden op basis van het vereiste dat dit de samenleving zodanig moet ‘hinderen en bezwaren, dat het haar van belang wordt over te gaan tot vervolging, maar die vervolging zou haar niet nog meer moeten hinderen en bezwaren, zodat het weer van groter belang wordt, haar achterwege te laten. Zij moet door de ‘onrecht met schuld’ opgeschrikt en verontrust worden met een verstoring en deining die niet overtroffen mag worden door die, welke zij van een bestraffing zou krijgen te ondervinden’.<sup>435</sup> De erkenning van subsocialiteit als derde element zou betekenen dat de wetgever de aanwezigheid ervan zou veronderstellen, waardoor deze niet als een bestanddeel in een delictsomschrijving uitdrukking zou behoeven en onder meer zou functioneren als een vervolgingsuitsluitingsgrond.<sup>436</sup> Subsocaliteit zou dienen ter overbrugging van het niet-overeenstemmen van een delict en de straf die daarop volgt en het ontwikkelen van een wetenschappelijk begrip ‘strafbaar feit’.<sup>437</sup>

<sup>431</sup> Vrij (1948), *a.w.*, p. 12. Vgl. eveneens Kooijmans (2002), *a.w.*, p. 230.

<sup>432</sup> Vrij (1948), *a.w.*, p. 13-14.

<sup>433</sup> Th.W. van Veen, *De straf als instrument*, oratie RUG, Van Gorcum & Comp., Assen, 1969, p. 5.

<sup>434</sup> Vrij (1948), *a.w.*, p.17. Vgl. G.E. Mulder, ‘Het subsociale – werking, of bestanddeel van het delict?’, *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1957, p. 221 e.v en Knigge (1987), *a.w.*, p. 289-300.

<sup>435</sup> Vrij (1948), *a.w.* p. 16 -17. Zie Mulder (1957), *a.w.* p. 232, m.b.t. de opportuniteitsvraag.

<sup>436</sup> M.P. Vrij, ‘Wat het vonnis betoogt’, *Tijdschrift voor Strafrecht*, LXII (1953), p. 54-75.

<sup>437</sup> Knigge (1987), *a.w.*, p. 291.

#### 4.3.3.3. Subsocialiteit: enkele bezwaren en opvattingen omtrent de meerwaarde ervan

##### *Bezwaren tegen subsocialiteit*

De gedachte van subsocialiteit als derde element naast schuld en wederrechtelijkheid heeft weinig aanhang gekregen. R Emmelink vatte enkele bezwaren die met het concept verbonden zijn samen door erop te wijzen dat de mate van aanwezigheid van subsocialiteit afhankelijk is van de feitelijke gang van zaken, hetgeen iets anders is dan ‘omstandigheden, die vast met het feit verbonden zijn en die de wetgever geacht moet worden stilzwijgend te hebben ‘einkalkuliert’’.<sup>438</sup> Daarnaast hebben omstandigheden die wel aan het strafbare feit gerelateerd zouden kunnen worden hun eigen procesuele consequenties.

Van Veen heeft gewezen op de verschillende gevolgen die (het ontbreken van) subsocialiteit voor de straftoemeting zou kunnen hebben. In voorkomende gevallen - gedacht wordt hierbij aan de door het gevolg gekwalificeerde delicten - is het mogelijk dat alternatieven voor strafverzwaring uit beeld blijven, nu de straf zich richt op ‘beteugeling van de subsociale invloed’.<sup>439</sup> Dit zou strafcumulatie in plaats van modulatie tot gevolg hebben, nu de maatschappelijke reactie al is verdisconteerd in de straf zoals deze naar aanleiding van de schuld en de wederrechtelijkheid wordt bepaald. Er wordt dan ook gekeken naar aspecten van (het ontbreken van) subsocialiteit die niet in een causaal verband staan met het voltooide delict. Het subsociale is derhalve op te vatten als het strafrechtelijk relevante aspect van schuld en wederrechtelijkheid.<sup>440</sup>

Ten slotte was Röling van mening dat de visie dat de straf naast onrecht en schuld ook de vier verschillende sociaal-psychologische ‘beroeringen’ zou moeten effenen, eigenlijk niet zoveel verschilt van de interpretatie van straf als vergelding van schuld ‘omdat de schuld werkingen heeft die maatschappelijk niet te verdragen zijn’. Voorts is Röling van mening dat in de vergelding van schuld het herstel van de rechtsorde is gelegen. ‘Er is geen plaats voor vergelding van schuld naast neutralisering der sociaal-psychologische werkingen. De Staat heeft geen doen met vergelding van schuld, zolang schuld niet rechtsordeverstorend werkt’.<sup>441</sup> Het hanteren van

<sup>438</sup> Hazewinkel-Suringa/R Emmelink (1996), *a.w.*, p. 252.

<sup>439</sup> Th. W. van Veen, ‘De betekenis van het ‘subsociale’ voor het straffen en het strafrecht’, *Tijdschrift voor Strafrecht*, LXI (1952), p. 122-138, m.n. p. 135-136.

<sup>440</sup> Th. W. van Veen, ‘Vrij’s subsocialiteit: het functioneren van de straf’, in: J.F. Glastra van Loon, e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1973, p. 485-499, m.n. p. 487.

<sup>441</sup> Röling (1953), *a.w.*, p. 267-268.

subsocialiteit als concept in de strafrechtsdogmatiek heeft naar zijn mening een betrekkelijke waarde. Ook al zou duidelijk worden dat bij, bijvoorbeeld, door het gevolg gekwalificeerde delicten de in een maatschappij te weeggebrachte verontwaardiging en verontrusting beslissende momenten zouden kunnen zijn, ‘(..) ook hier kan die werking gezien worden als een werking van de schuld, als juridisch, op sociaal-psychologische situatie betrokken, begrip nu eenmaal slechts verbonden is aan wat tot uiting is gekomen’. Nu schuld (en wederrechtelijkheid) een gradueel te bepalen begrip is (zijn),<sup>442</sup> moet volgens Remmelink geconcludeerd worden dat de behoefte aan het derde, nieuwe, element niet anders gezien worden dan als een concept dat ‘niet anders kan bewerken dan de belichting van wat van oudsher een aspect der schuld geweest is’.<sup>443</sup>

### *Opvattingen omtrent de meerwaarde van subsocialiteit als concept*

Langemeijer zag - in het kader van zijn bezwaren jegens een bepaald gebruik van de elementen schuld en wederrechtelijkheid om niet te hoeven straffen en de vereenzelving van wederrechtelijkheid en schuld met respectievelijk objectieve en subjectieve elementen<sup>444</sup> - de meerwaarde van het concept (van het ontbreken van) subsocialiteit voornamelijk in de verschillende inzichten die het verstrekte. In de eerste plaats heeft Vrij, volgens Langemeijer, door subsocialiteit als derde element naast wederrechtelijkheid en schuld te poneren, ‘langs indirecte weg (..) bijgedragen tot de bestrijding van de neiging om schuld en wederrechtelijkheid te zien als de positiefrechtelijke uitdrukking van wat vóór de strafbaarstelling de onduelbaarheid en laakbaarheid of althans beider resultante de strafwaardigheid was’. Langemeijer ziet de laakbaarheid dan ook als wezenskenmerk van het subsociale.<sup>445</sup> Ten tweede zouden er, ook indien voldaan is aan een delictsomschrijving en aan de elementen wederrechtelijkheid en schuld, redenen kunnen zijn voor niet-bestrafing, gelegen buiten de verschillende erkende en bekende strafuitsluitingsgronden. Een derde meerwaarde noemt Langemeijer het inzicht dat indien een feit beantwoordt aan een delictsomschrijving, dit niet noodzakelijkerwijs hoeft te betekenen dat er vervolgd dient te worden. Langemeijer constateert dat het ‘theoretisch ook denkbaar zou zijn een toetsing van het onder de strafbepaling vallende feit aan een uit de geest van het strafrecht - die wellicht zonder wetswijziging veranderen kan - afgeleide strafwaardigheid’ [te kunnen maken].<sup>446</sup> Het concept bracht het inzicht dat ‘ook waar men de strafbaarheid niet mag ontkennen de moge-

<sup>442</sup> Röling (1953), *a.w.*, p. 270.

<sup>443</sup> Röling (1953), *a.w.*, p. 277.

<sup>444</sup> G.E. Langemeijer, ‘Subsocialiteit’, ‘Materiële wederrechtelijkheid’, ‘Zumutbarkeit’, *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1950, p. 8-9.

<sup>445</sup> Langemeijer (1950), *a.w.*, p. 12. Zie ook Mulder (1957), *a.w.*, p. 230 e.v.

<sup>446</sup> Langemeijer (1950), *a.w.*, p. 13-14.

lijkheid van het ontbreken van subsocialiteit en dientengevolge niet-vervolgving overweging kan verdienen'.<sup>447</sup>

Schuyt is van mening dat bij bepaalde vormen van burgerlijke ongehoorzaamheid subsocialiteit kan ontbreken. De afwezigheid van de verschillende door Vrij geschetste sociaal-psychologische beroeringen zorgt er dan voor dat niet aangenomen kan worden dat er sprake is van een 'maatschappelijke minustoestand'.<sup>448</sup> Een verdachte die een beroep doet op het ontbreken van subsocialiteit dient zijns inziens aan te tonen dat zijn bedoelingen gewetensvol zijn 'en dat hij zich onderscheidt van criminele ongehoorzaamheid'. Hiervoor zouden verschillende kenmerken als aanknopingspunt dienen: de handeling is illegaal (juridische dimensie), de handeling is gewetensvol (morele dimensie), er is sprake van een betekenisverband tussen het bekritiseerde object en de gekozen handelwijze (rationele dimensie), de handeling is weloverwogen, de handeling geschiedt openlijk, men werkt vrijwillig mee aan arrestatie en vervolging, daarnaast aanvaardt men het risico van een straf en heeft men van te voren legale middelen geprobeerd (dimensie van de aanvaarde verplichting jegens het staatsgezag), er is geweldloosheid en de rechten van anderen worden zoveel mogelijk in acht genomen (dimensie van aanvaarde verplichting tegenover medeburger(s)).<sup>449</sup> Deze vereisten zijn leidraad geweest in Rb.'s-Gravenhage, 22 december 1972, NJ 1973, 264, betreffende de bezetting van het Bureau van de Inspectie van de Geestelijke Volksgezondheid. De vrijspraak van verdenking van lokaalvredebreuk werd gemotiveerd door de conclusie dat 'de actie van de 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 telastegelegde feiten in *dit* opzicht bewezen zijn' (mijn curs., pcb). Hier is een leidraad die door de auteur gekoppeld werd aan subsocialiteit door de rechter gebruikt in een oordeel omtrent de wederrechtelijkheid van een handeling.

#### 4.3.3.4. Subsocaliteit: relevantie voor de bijzondere strafuitsluitingsgrond

Subsocialiteit werd als concept geïntroduceerd om het ontbreken van maatschappelijke onrust die een strafbaar feit in het algemeen in de gemeenschap teweegbrengt en de reactie die daarop dient te volgen of volgt, een plaats te geven binnen de strafrechtsdogmatiek en de strafrechtspleging. Ook al heeft het concept in de strafrechtsdogmatiek niet de plaats gekregen

<sup>447</sup> Langemeijer (1950), *a.w.*, p. 17.

<sup>448</sup> Schuyt (1976), *a.w.*, p. 383.

<sup>449</sup> Schuyt (1976), *a.w.*, p. 310 e.v.

die Vrij het had toebedacht,<sup>450</sup> het concept heeft aandacht weten te vragen voor enkele tot dan toe onderbelichte zaken. De door middel van dit concept verkregen inzichten in het functioneren van de strafrechtpleging in de maatschappij, de rol die laakbaarheid van gedragingen voor het opportuniteitsbeginsel zouden kunnen hebben, het gebruik van de straf als instrument en het optreden van de rechtstoepassers hebben volgens Van Veen bijgedragen aan de visie waarin het strafrecht wordt gezien als middel om de maatschappij te beïnvloeden, de functionalisering van het strafrecht.<sup>451</sup> Van Veen ziet de discussie omtrent de strafwaardigheid van een aantal delicten eveneens in dit kader.

‘Meer dan in Vrij’s tijd zijn delen van het klassieke strafrecht zelf in discussie gekomen. Te noemen zijn de strafwaardigheid van een aantal zedendelicten, de abortus, de belediging, (...) het overtreden van de opiumwet. Wanneer op zo verschillend terrein de houdbaarheid van bestaande strafbaarstellingen wordt betwijfeld, krijgt het strafrecht steeds meer een instrumenteel gezicht. Als immers strafbaarstellingen er evengoed niet als wel kunnen zijn, als dat van wisselend inzicht blijkt af te hangen en van winnend inzicht, dan gaat het kennelijk minder om de onrechtmatigheid en de schuld van degene die zich aan het onrechtmatige gedrag schuldig maakt, dan om een instrument, dat gebruikt wordt in die gevallen waarin ongewenst gedrag tot onrechtmatig en strafbaar wordt verklaard. Hoe meer beweging er is in het strafbaar stellen, in de grens tussen wat wel en wat niet strafbaar gesteld wordt, hoe instrumenteler en functioneler het strafrecht er uit gaat zien.’<sup>452</sup>

In de discussie omtrent subsocialiteit is eveneens gewezen op de band tussen subsocialiteit en het later te behandelen concept betreffende bescherming van rechtsgoederen. Mulder, constaterend dat de zin van subsocialiteit gelegen is in enerzijds het verduidelijken van het de overheid toekomende recht tot straffen en anderzijds het ‘in een helder daglicht stellen’ van het sociale karakter van het strafrecht, ziet het rechtsgoed als een ‘hulpmiddel bij de teleologische interpretatie van de strafwet’. Wijzend op de rechtspraak van de Hoge Raad over art. 272 Sr waaruit blijkt dat naar aanleiding van een onderzoek naar de aard van het beroep en de eisen die in dat beroep gesteld worden, bepaald wordt of het algemeen belang geheimhouding noodzakelijk maakt, stelt Mulder dat ‘de subsocialiteit van de geïncrimineerde handeling dus een fundamentele rol (speelt) voor de beslissing of die handeling al dan niet strafbaar is. Er wordt echter niet gelet op de subsociale *werkingen* van de concrete gedraging, maar enkel onderzocht, of de gedraging *naar haar aard* deze werking heeft’. Subsocaliteit

<sup>450</sup> De Hullu (2000), *a.w.*, p. 367-368, concludeert dat ‘de subsocialiteit komt in het huidige stelsel van strafuitsluitingsgronden goed tot uiting, een extra voorziening lijkt daarvoor niet nodig’.

<sup>451</sup> Van Veen (1969), *a.w.*, p. 8, Van Veen (1973), *a.w.*, p. 488. Vgl. Knigge (1987), *a.w.*, p. 295.

<sup>452</sup> Van Veen (1973), *a.w.*, p. 492.

zal dan aansluiten bij de aanvaarde regels van het maatschappelijk segment waar het ambtsgeheim (al dan niet) is geschonden.<sup>453</sup>

Het bovenstaande sluit aan bij het begrip ‘normconcretisering’. Een verdachte handelt binnen een bepaalde context waarvan men kennis moet dragen om de handeling als zodanig ‘naar haar werkelijke betekenis’ te kunnen waarderen. Bij de bepaling van de context wordt de sociale rol en datgene wat daaruit voortvloeit, de relevante rechten en verplichtingen (datgene wat geveerd mag worden en waartoe een verdachte gehouden is), van de verdachte beschouwd. De invulling van de sociale rol staat niet op zich, maar vindt plaats in een dynamisch geheel van semi-autonome sociale velden waar uitgemaakt wordt wat datgene is wat geveerd kan en mag worden in een specifieke situatie. De sociale context van de handeling kan dan, naast juridische overwegingen gebaseerd worden op een uitleg van de wetsgeschiedenis en dienen als bouwsteen voor een oordeel omtrent de nuancering van een algemene regel.<sup>454</sup>

De bijzondere strafuitsluitingsgrond zou tegen de achtergrond van het voorgaande benoemd kunnen worden als een objectieve en algemene reactie of een anticipatie van de wetgever op het ontbreken van subsocialiteit van het hoofddelict in een bepaalde situatie. Als een reactie, nu een overweging om een bijzondere strafuitsluitingsgrond op te nemen een verandering van inzicht is omtrent de strafwaardigheid van bepaalde gedragingen jegens een bepaald delict. Als een anticipatie, daar de andere overweging om een bijzondere strafuitsluitingsgrond op te nemen het inzicht is dat er geen maatschappelijk belang is voor een bepaalde categorie gevallen, te verwoorden in een bijzondere strafuitsluitingsgrond, om deel uit te maken van de gevallen die wel door het delict bestreken zouden worden. De bijzondere strafuitsluitingsgrond is in beide gevallen op te vatten als de legislatieve begrenzing van de vrijheid van rechtstoepassers jegens het hanteren van strafrechtelijke en strafvorderlijke bevoegdheden of de straf als instrument, hetgeen in het kader van de opdracht die art. 1 Sr stelt positief te waarderen is. De bijzondere strafuitsluitingsgrond is derhalve de wetgevende invulling van (ontbreken van) subsocialiteit en daarmee een afwijzing van al te casusgerichte open disposities als ontbreken van subsocialiteit. Hiermee is echter slechts een deel van de vraag met betrekking tot de materiële positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond beantwoord. De vraag hoe bovenstaande overwegingen in het beslissingsmodel van de rechter tot uitdrukking kunnen komen is daarmee nog niet beantwoord. Subsocaliteit als zodanig is een concept dat heden ten dage ver afstaat van de rechtspraktijk. Daarin komt het overeen met een tweede concept dat deels in het verlengde van subsocialiteit ligt, namelijk het concept ‘ontbreken van

<sup>453</sup> Mulder (1957), *a.w.*, p. 228-229.

<sup>454</sup> Vermunt (1984), *a.w.*, p. 714-715.



de materiële wederrechtelijkheid'. Dit concept is vanwege de band met het wederrechtelijkheidsconcept dogmatisch beter hanteerbaar is en de inzichten die subsocialiteit voor de bijzondere strafuitsluitingsgrond biedt verduidelijken en een plaats kan geven.

#### 4.3.4. Ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid

##### 4.3.4.1. Inleiding

Een discussie die de kern van het strafrecht raakt is de discussie omtrent (het ontbreken van de) materiële wederrechtelijkheid. Anders gezegd: de discussie omtrent de vraag of het de rechter verboden is te straffen ten gevolge van verondersteld ontbreken van de wederrechtelijkheid van het gedrag. Uitspraken omtrent wederrechtelijkheid worden vormgegeven door de rechtstheoretische of rechtsfilosofische inzichten waarvan men uitgaat. Daarnaast raken opvattingen omtrent wederrechtelijkheid aan vragen met betrekking tot het doel van de strafwet en hoe deze functioneert of zou moeten functioneren. In het verlengde hiervan is er in het hiernavolgende aandacht voor de relatie tussen de strafwet, de maatschappij waarin hij geldt en de veranderingen in die maatschappij. Eerder is onder meer geconcludeerd dat het concept van de afwezigheid van de materiële wederrechtelijkheid als grondslag van straffeloosheid niet te hanteren is, met name vanwege de constitutionele vragen en bezwaren die de hantering van dit concept in de strafrechtspraktijk zou opwerpen.<sup>455</sup> Dit neemt niet weg dat het concept nuttige inzichten kan verschaffen voor de bepaling van de dogmatische positie van het onderzoeksobject.

##### 4.3.4.2. Formele en materiële wederrechtelijkheid

'Materiële' wederrechtelijkheid impliceert dat er eveneens 'formele' wederrechtelijkheid bestaat. Het laatstgenoemde verwijst naar de 'Tatbestandsmäßigkeit', de formele toets van een gedraging aan de verschillende bestanddelen van een delictsomschrijving. De vaststelling dat een gedraging voldoet aan de formulering van de delictsomschrijving zou een gedraging strafbaar maken, tenzij er sprake is van rechtvaardigingsgronden.<sup>456</sup> Het onderscheid tussen formele en materiële wederrechtelijkheid kan volgens Van Veen niet voor alle gevallen opgaan. Hierbij moet worden gedacht aan de gevallen waarin een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid gemotiveerd wordt met de overweging dat de delicts-

<sup>455</sup> Een lagere rechter wil soms nog wel eens een beroep op ontbreken van materiële wederrechtelijkheid aanvaarden. Zie het door Schuyt (1976) besproken lokaalbezettings-vonnis en Rb. Rotterdam, 9 mei 2005, NJ 2005, 310.

<sup>456</sup> D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht, Eerste deel, algemene leerstukken*, bijgewerkt door W.P.J. Pompe, P. Noordhoff N.V. Groningen-Batavia, 1937, p. 120-128.

omschrijving niet voor de bewezenverklarde gedraging geschreven is.<sup>457</sup> Dan is er geen sprake van de toepassing van een rechtvaardigingsgrond, maar wordt de delictomschrijving niet van toepassing geacht. Op een meer abstract niveau hebben ook Ter Heide en Van Eikema Hommes zich tegen het concept ‘formele wederrechtelijkheid’ gekeerd.

### *Ter Heide omtrent formele en materiële wederrechtelijkheid*

De strafrechtspleging dient zich volgens Ter Heide te richten op de verschillende sociale rollen en normen die bij gedragingen horen. Het sociale gedrag van een individu, voor zover dit waarneembaar is, zou het uitgangspunt van de straf moeten zijn, niet de schending van een rechtsgoed en een uitspraak over een mens op basis van juridische, psychologische of ethische vooronderstellingen. Straffen is hier ‘de confrontatie met de maatschappelijke zinloosheid of onzinnigheid van het gedrag’. De straf functioneert in de optiek van Ter Heide derhalve als een referentiepunt voor ‘sociaal inadequaat gedrag’ waardoor aanpassing aan de verwachtingen van andere participanten aan een sociale constructie wordt ‘afgedwongen’. ‘Wederrechtelijkheid’ is volgens hem op te vatten als ‘de schuldige schending van een rolverwachting in een situatie, daar waar de wet actielijn is’. ‘Materiële wederrechtelijkheid’ geeft zijn inziens de sociale zinvolheid van de strafbejegening aan, ook op het terrein van de vervolgbaarheid.<sup>458</sup> Het concept maakt het mogelijk gedrag op zijn sociale adequaatheid te beoordelen. Indien een handeling aan ‘legitieme rolverwachtingen’ voldoet, is niet-straffen geïndiceerd. ‘Materiële wederrechtelijkheid paralyseert in dergelijke gevallen de formele wederrechtelijkheid’.<sup>459</sup>

Ter Heide verwerpt de formeel-juridische benadering, omdat zij tekort zou schieten in de bepaling van het sociaal gewenste.

‘(..) De wederrechtelijkheid als onwettelijkheid is hierdoor gedéjuridiseerd: is hiertegen het bezwaar te maken dat de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten? Het antwoord moet ontkennend luiden: de rechter toetst niet de wet aan de billijkheid, maar intrapoleert in het wettelijk systeem van rechtvaardigingsgronden, en maakt daardoor de strafbejegening zinvol. Deze gronden vormen een systeem waardoor deze intrapolatie geoorloofd wordt. Déjuridisering betekent niet het opzijzetten 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. Hieruit volgt eveneens dat nooit in abstracto is te definiëren wat materieel wederrechtelijk is (..) het ‘moeten’ hangt af van de rol en de omstandigheden van het geldende stelsel’.<sup>460</sup>

<sup>457</sup> Van Veen (1980), *a.w.*, p. 7.

<sup>458</sup> J. ter Heide, *Vrijheid. Over de zin van straf*, Bert Bakker N.V., Den Haag, 1965, p. 117-125.

<sup>459</sup> Ter Heide (1965), *a.w.*, p. 130-133.

<sup>460</sup> Ter Heide (1965), *a.w.*, p. 133.

## Opvatting van Van Eikema Hommes

Van Eikema Hommes is van mening dat de strafwet de strafnorm is. De wederrechtelijkheid bestaat uit de verwerkelijking van de delictsomschrijving: ‘Wederrechtelijkheid in strafrechtelijke zin is strijd met het strafwettelijke voorschrift’. Het formele onrechtmatigheidsbegrip schiet naar zijn mening tekort, daar reeds bij de ‘Tatbestandsmässigkeit’ het delicts karakter dient te worden vastgesteld, en de vraag of een gedraging een delict is zonder wederrechtelijkheidsoordeel niet zou kunnen worden beslist.<sup>461</sup>

‘De onhoudbaarheid van de formele rechtmatigheidsleer in de zin van de ‘Indizwirkung’ der ‘Tatbestandsmässigkeit’ blijkt zonneklaar hieruit dat zij de eigenlijke recht- en onrechtmatigheidsvraag verschuift naar de leer der rechtvaardigingsgronden. Daar komen dan (binnen het kader van een rechtmatigheidsleer) de materiële onrechtmatigheidscriteria aan de orde (voor zover men althans ook de rechtvaardigingsgronden niet puur formeel opvat). (..) De strafwet zelf moet als norm worden opgevat. En aangezien alle rechtsnormen op materiële rechtsbeginselen en afweging van rechtsbelangen berusten moet de onrechtmatigheid resp. de strafrechtelijke wederrechtelijkheid, als strijd met de rechtsnorm, in materiële zin worden opgevat. Dit betekent dat de vraag of een gedraging aan de strafwettelijke delictsomschrijving beantwoordt (‘Tatbestandsmässigkeit’) slechts aan de hand van materiële onrechtmatigheidscriteria kan worden beantwoord.’<sup>462</sup>

Het bezwaar tegen verschillende theorieën over de materiële wederrechtelijkheid ziet Van Eikema Hommes in de ‘buiten-juridische fundering’ van de onrechtmatigheid. Zijn uitgangspunt is dat, ook al is het rechtsaspect onlosmakelijk verbonden met niet-juridische aspecten, het rechtsaspect een eigen aard bezit van waaruit de materiële wederrechtelijkheid dient te worden begrepen.

‘Onrechtmatigheid in materieel-juridische zin is een *verstoring van het labiele evenwicht der rechtsbelangen in strijd met de daarvoor geldende rechtsnormen binnen een materieel rechtsgebied*. Strafrechtelijk betekent dit, dat een *strafbaar feit is: een inbreuk op een publiek rechtsbelang door overschrijding van de dit rechtsbelang beschermende strafrechtsnorm*. Dit impliceert, dat een strafbaar feit maar niet enkel is de formele beantwoording der gedraging aan de strafwettelijke delictsomschrijving, maar tegelijk de aantasting van het door het strafwettelijk voorschrift beschermde publieke rechtsbelang (..). Wanneer dus een handeling formeel beantwoordt aan de delictsomschrijving, maar niet is een aantasting van de van de publieke rechtsbelangen, die de strafwet beoogt te beschermen, *dan is er geen delict*. Het is dan onjuist om van de veronderstelde strafrechtelijke weder-

<sup>461</sup> Van Eikema Hommes (1983), *a.w.*, p. 299-302. De schrijver baseert zich deels op de relevante Duitse dogmatiek, wat niet verwonderlijk is, gezien de rol die deze dogmatiek heeft gespeeld in de ontwikkeling van het concept ‘wederrechtelijkheid’. Ik beperk me hier tot het voor de bijzondere strafuitsluitingsgrond relevante.

<sup>462</sup> Van Eikema Hommes (1983), *a.w.*, p. 303, Van Eikema Hommes (1980), *a.w.*, p. 168-169.

rechtelijkheid uit te gaan en vervolgens te zoeken naar rechtvaardigingsgronden'.<sup>463</sup>

De consequentie die Van Eikema Hommes hieraan voor het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie verbindt, is dat het openbaar ministerie zich dient af te vragen of een gedraging, die formeel aan een delictomschrijving beantwoordt, ook materieel een schending of aantasting is van een strafrechtelijk beschermd rechtsbelang. De zeldzaamheid van het honoreren van een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid verklaart Van Eikema Hommes dan ook uit het vervolgingsbeleid van het OM. Hierin zou een zodanige aandacht voor materiële wederrechtelijkheid zijn dat indien er sprake is van een gedraging die formeel aan een delictomschrijving valt, maar waar geen sprake is van een 'inbreuk op het strafwettelijk beschermde publieke rechtsbelang', niet tot vervolging van deze gedraging zal worden overgegaan.<sup>464</sup>

De term 'strafrechtelijk beschermd publiek rechtsbelang' kan gezien worden als een soort 'umbrella-concept' waarbinnen de term 'rechtsgoed' valt. Zoals in het eerste hoofdstuk is gezegd, beschikt de wetgever over verschillende methoden om een gedraging strafbaar te stellen. Rechtsgoederenbescherming is daar een van. Inzicht in het hoe en waarom van rechtsgoederenbescherming is noodzakelijk om de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond te kunnen duiden, nu de bijzondere strafuitsluitingsgrond, zoals later zal blijken, mede de aard en omvang van de strafwet bepaalt. Daarom wordt er in de volgende subparagraaf aandacht geschonken aan de term 'rechtsgoed'.

#### 4.3.5. Rechtsgoederen: een duiding

Indien een 'strafrechtelijk beschermd rechtsbelang' gezien wordt als een 'rechtsgoed', moet het begrip 'rechtsgoed' gedefinieerd worden. Hier wordt uitgegaan van de interpretatie die Vermunt aan het begrip heeft gegeven. Deze auteur heeft verschillende elementen van een dergelijke definitie van het begrip geformuleerd.<sup>465</sup> In de eerste plaats 'moet het gaan om 'zaken' die beschermwaardig zijn vanuit het oogpunt van een democratische samenleving'. Een definitie van het begrip 'rechtsgoed' enkel en alleen vanuit een wetgevingsperspectief wordt door Vermunt afgewezen, nu dit als onvolledig moet worden beschouwd. Deze gedachte is ingegeven door de overweging dat in rechterlijke beslissingen principieel plaats moet worden ingeruimd voor de sociale werkelijkheid 'als een zich steeds weer

<sup>463</sup> Van Eikema Hommes (1983), *a.w.*, p. 303-304.

<sup>464</sup> Van Eikema Hommes (1983), *a.w.*, p. 308, Van Eikema Hommes (1980), *a.w.*, p. 178. Dit was begin jaren 80 van de vorige eeuw. Inmiddels is het beleid van het OM via richtlijnen tamelijk dichtgetimmerd.

<sup>465</sup> Vermunt (1984), *a.w.*, p. 139.

voltrekkend maatschappelijk proces'. Ten tweede moet 'deze beschermwaardigheid zijn ingegeven door de wijze waarop deze 'zaken' in de samenleving reëel werkzaam zijn'. Hierbij gaat het om een dubbele koppeling tussen de wetgever en de maatschappij. Binnen het interactieproces tussen wetgever en maatschappij is het de samenleving die de wetgever 'waardeoordelen aandraagt die aan de basis van zijn beslissingen dienen te liggen', met de restrictie dat 'wanneer bepaalde zaken, hoe positief zij ook door de samenleving worden gewaardeerd, van dien aard zijn, dat aantasting door of bedreiging ervan als daadwerkelijk storende factor op het proces van 'samen-leven' inwerkt, zij 'beschermwaardig te noemen' (zijn). De bepaling of een 'zaak' als beschermwaardig moet worden aangemerkt is volgens Vermunt in eerste instantie de taak van de wetgever, 'in laatste instantie' van de rechter.<sup>466</sup> Ten derde stelt Vermunt vast dat het begrip een positiefrechtelijk begrip is, wat de 'vormzijde' van het begrip 'rechtsgoed' is. Dit, om de rol van de wetgever als spreekbuis van de wil van het volk 'zoals deze tot zij besluitvorming komt langs de weg van de parlementaire democratie' te benadrukken. Hiervan moet de 'inhoudzijde' worden onderscheiden. Het is ten slotte de rechter die over de actuele inhoud en grenzen van het rechtsgoed het 'laatste oordeel' geeft.

Omtrent dit rechterlijk oordeel kan het volgende worden opgemerkt. Aan de rechter wordt in deze de vraag gesteld of naar zijn oordeel de gedraging het rechtsgoed heeft geschonden. Deze vraag behelst op haar beurt de impliciete vraag of de rechter zich een beeld kan vormen omtrent 'de inhoud en de grenzen van het rechtsgoed, zoals deze zijn te duiden ten tijde van de deliktshandeling: heeft de handeling een aantasting gerealiseerd van een 'goed' voorzover dat wegens zijn maatschappelijke betekenis door het recht wordt beschermd?'. 'Wanneer bijvoorbeeld een rechtsgoed in de loop der tijd aan 'Sozial-Wert' heeft ingeboet, zal de rechter (...) er niet aan voorbij kunnen gaan dit gegeven in zijn oordeel te betrekken: verlies aan 'Sozial-Wert' betekent verenging van de grenzen van het rechtsgoed, zodat bijgevolg de handeling minder snel gezegd kan worden het rechtsgoed te hebben aangetast' (...) 'zelf zie ik de gebondenheid van de rechter aan de wet niet verder reiken dan dat zij hem - inderdaad dwingend - voorschrijft in welke - in algemene zin aangeduide gevallen - hij zich de vraag naar het verbinden moet stellen.' Of zich in concreto zo'n geval voordoet is een vraag waarop het antwoord door de wet niet is voorgegeven. Het antwoord zal door de rechter moeten worden gegeven, die daartoe zijn beslissingsmomenten ontleent aan de actualiteit van de samenleving, waarbinnen het gehalte aan 'soziale Bedeutung' van het rechtsgoed wordt ingevuld'.<sup>467</sup> Als voorbeeld van deze invulling noemt Vermunt de problematiek met betrekking tot hulpverlening aan minderjarigen in het licht van art. 280 Sr. De

<sup>466</sup> Vermunt (1984), *a.w.*, p. 140-144.

<sup>467</sup> Vermunt (1984), *a.w.*, p. 163-164.

rechter die in dergelijke zaken beslist met voorbijgaan aan de maatschappelijke realiteit schiet tekort. Indien de wetgever niet reageert op maatschappelijke veranderingen, hoeft dat niet te betekenen dat de rechter niet tot actualisering van het juridische begrip ‘ouderlijke macht’ is gehouden.<sup>468</sup>

Resumerend: de wetgever gebruikt de sociale betekenis van een ‘zaak’, ofwel het maatschappelijk belang dat aan de strafrechtelijke bescherming wordt gegeven, om deze zaak door middel van legislatief ingrijpen als ‘rechtsgoed’ te benoemen. Vervolgens is het aan de rechter deze bescherming, op basis van de actualiteit, nader vorm te geven. De wetgever en de rechter hebben in deze visie beiden de verplichting te reageren op maatschappelijke veranderingen inzake de wijze waarop een rechtsgoed strafrechtelijke bescherming dient te hebben. Met deze opvatting over het begrip ‘rechtsgoed’ is een concrete, voor het onderzoek naar de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond belangrijke, invulling gegeven aan het door Van Eikema Hommes geformuleerde begrip ‘strafrechtelijk beschermd publiek rechtsbelang’, als onderdeel van zijn waardering van het concept ‘ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid’. Zijns inziens dwingt dit concept de rechter tot duiding van gedrag in het licht van zijn context als een, volgens de leer van ‘ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid’, noodzakelijke voorwaarde voor strafbaarheid. In dit concept zal de bijzondere strafuitsluitingsgrond die hiervoor is geduid als bewuste handeling van de wetgever om het in een delictsomschrijving beschreven en als strafbaar aangewezen gedrag in zijn context te houden, niet nodig zijn. De strekking van de bijzondere strafuitsluitingsgrond kan dan immers telkens reeds in de rechterlijke beslissing omtrent de strafbaarheid besloten liggen. Het enkele bestaan van de bijzondere strafuitsluitingsgrond duidt er dus op dat de wetgever niet met een delictsomschrijving wil volstaan, maar ter verbinding van gedrag en context ook niet naar algemene concepten als ‘ontbreken van materiële wederrechtelijkheid’ wil grijpen. De bijzondere strafuitsluitingsgrond is de wetgevingstechnische vormgeving van ‘ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid’.

#### 4.3.6. Op glad ijs: Het EVRM en de bijzondere strafuitsluitingsgrond

In het bovenstaande is gerefereerd aan de verplichting tot actualisering van de strafwet. Er bestaat nog een ander argument om de verplichting met betrekking tot de actualisering van de strafwet te onderstrepen. Bovenstaande sub-paragraaf beperkte zich tot de vraag wat de taken van de wetgever en de rechter (zouden kunnen) zijn, zonder aandacht te besteden aan eventuele verdragsverplichtingen die terzake kunnen zijn. Hierna wordt aandacht besteed aan de rol die het EVRM kan spelen ten opzichte van de bijzondere

<sup>468</sup> Vgl. eveneens HR 20 november 2001 NJ 2003, 632, m.nt. prof.mr. R. de Lange en PMe

strafuitsluitingsgrond. Hiervoor heb ik in het kader van het legaliteitsbeginsel en rechtsvinding het punt van de verdragsconforme interpretatie van de strafwet ter sprake gebracht.<sup>469</sup> De vraag waar het hier om gaat is, of er door het EVRM kwaliteitseisen kunnen worden gesteld ten aanzien van de bijzondere strafuitsluitingsgrond.

De vraag kan eveneens gesteld worden of de bijzondere strafuitsluitingsgrond, gezien vanuit het oogpunt van het EVRM, in bepaalde gevallen überhaupt wel noodzakelijk is, nu betoogd kan worden dat voor strafbaarheid mede vereist is de toegankelijkheid, voorzienbaarheid en voorspelbaarheid daarvan. In de jurisprudentie omtrent bepaalde delicten, bijvoorbeeld euthanasie, wordt de strafbaarheid immers mede bepaald naar aanleiding van de vraag of er voldaan was aan de verschillende, eveneens aan de hand van het antwoord op in de jurisprudentie ontwikkelde, formele en materiële vereisten. In dergelijke gevallen zou de wetgever zich passief kunnen opstellen, ware het niet dat het dan net zo goed de andere kant op zou kunnen gaan, indien er in een door het EHRM beoordeelde zaak vereisten worden geformuleerd die weer als uitgangspunt voor wetgeving dienen te worden genomen.

De door Rozemond geconstateerde, uit het EVRM voortvloeiende, verplichting tot adequate bescherming van rechtsgoederen is te beschouwen als een verdragsverplichting.<sup>470</sup> In de literatuur wordt onderscheiden tussen positieve en negatieve verdragsverplichtingen. Het onderscheid is gebaseerd op aard en strekking van het desbetreffende verdragsrecht en de consequenties die hieruit voortvloeien voor de verdragssluitende Staat. De be-

<sup>469</sup> Paragraaf 2.3 en Rozemond (1999), *a.w.*, p. 118-119.

<sup>470</sup> Vgl. R. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance'-test – Deel I', *NJCM bulletin*, 20 mei 1995, p. 560-561, en, van dezelfde auteur, Deel II van dezelfde tekst, *NJCM bulletin*, 20 juni 1995, p. 727-749 en P. van Dijk, 'Positive Obligations' Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the 'Masters' of the Convention?', in: M. Castermans e.a. (red.), *The Role of the Nation-State in the 21<sup>st</sup> Century. Human rights, International Organisations and Foreign Policy. Essays in Honour of Peter Baehr*, Kluwer Law International, 's-Gravenhage/London, 1998, p. 17-33. Zie P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, third edition, 1998, p. 3-10. Zie ook A.H.J Swart, 'De Nederlandse strafrechtspleging in een internationaal krachtenveld', in M. Moerings, e.a. (red.), *Hoe punitief is Nederland?*, Gouda Quint, Arnhem, 1994, p. 131 e.v. Aan de problematiek die in het verlengde van deze vraag ligt, namelijk de mate waarin aan die opdracht wordt voldaan, ofwel het antwoord op de vraag of het EVRM als een minimum- of een maximumkader voor wetgeving te zien is, wordt in deze studie voorbijgegaan. Ook de vraag naar de mate van implementatie van arresten van het EHRM wordt hier niet behandeld. Het gaat hier enkel om de opdracht als zodanig, niet om de mate waarin hier gevolg aan dient te worden gegeven. Zie *EHRM* 13 juni 1979, *Markx vs België* (A-31) en (o.a.) *EHRM* 25 februari 1982, *Campbell & Cosans vs UK* (A-48), waar het Hof stelt dat de verdragsstaten op grond van art. 1 EVRM de verplichting hebben de rechten en vrijheden van het verdrag in hun wetgeving te beschermen en, indien nodig, hun materiële rechtsstelsel aan te passen aan de eisen van het verdrag.

oordeling door het EHRM van het voldoen aan deze verplichtingen heeft verschillende vormen en vindt plaats op grond van overwegingen betreffende de inhoud van het recht, de margin of appreciation (de beleidsruimte die een Staat in casu wordt gelaten), de fair-balance-test (de balans tussen een algemeen belang en een individueel belang), en/of de beperkingscriteria van het grondrecht in casu. De verschillen tussen en hantering van deze handvatten zijn afhankelijk van de rechtsvraag en de omstandigheden van het geval. Een verdragspartij dient aan dergelijke positieve of negatieve verplichtingen te voldoen. De wijze waarop dit gebeurt wordt door middel van het handhavingsmechanisme van het EVRM getoetst. In de kern gaat het hier om een dubbele toets. Enerzijds wordt getoetst of de relevante strafbaarstelling voldoet in het kader van de beperkingen die daaraan volgens het verdrag kunnen worden gesteld, anderzijds wordt getoetst of de strafbaarstelling wel in overeenstemming is met de strekking van het verdragsrecht. De rechter zou tot strafbaarheid kunnen concluderen als dit in het kader van de rechtsgoederenbescherming in casu, indien en voorzover de in het EVRM vervatte rechten en vrijheden van toepassing zijn, geëigend is. Artikel 1 EVRM verplicht de verdragssluitende staten een ieder die zich binnen de jurisdictie van een verdragssluitende staat bevindt de rechten en vrijheden van de eerste Titel van het EVRM te garanderen. De verplichting geldt derhalve niet alleen voor de rechter. Ook de wetgever van een verdragssluitende staat heeft zich te vergewissen van de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen. Het betreft hier derhalve tevens de vraag naar de wijze waarop de wetgever omgaat met de impliciete opdracht die het EVRM stelt. Ik spreek van een impliciete opdracht, nu art. 1 EVRM zich niet uitlaat over de opdracht als zodanig en de manier waarop de vervulling van de opdracht plaats dient te vinden.<sup>471 472</sup> Hiernaast geldt dat wetgeving slechts aangepast dient te worden indien deze een schending van het verdrag teweegbrengt. De wijze waarop een in het EVRM vervat recht of vrijheid wordt gehandhaafd kan door middel van een strafbaarstelling plaatsvinden. Deze strafbaarstelling kan *in het kader van de beperkingscriteria* getoetst worden aan het door het EVRM gestelde vereiste ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’. Vaste rechtspraak van het EHRM laat zien dat dit begrip in concreto vorm wordt gegeven door middel van criteria als *dwingende maatschappelijke noodzaak* (‘pressing social need’) en de *proportionaliteit* van een inmenging in een recht ten opzichte van het nagestreefde doel, waarbij rekening wordt gehouden met aan de staat toe-

<sup>471</sup> Lawson (1995), *a.w.*, p. 560-561. Vgl. De Hullu, (2000), *a.w.*, p. 327-329.

<sup>472</sup> De impliciete opdracht is hier wellicht het best te omschrijven als het bij het vaststellen en evalueren van wet- en regelgeving de verschillende verplichtingen van het EVRM tot een van de uitgangspunten van vast te stellen of na evaluatie te verbeteren wet- en regelgeving te nemen. Vgl. B.E.P. Myer, *Bij een vijftigste verjaardag. Aantekeningen over het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de Nederlandse strafrechtspleging*, oratie VU, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2001, p. 22-23.



komende beoordelingsmarges. Voor een normatief standpunt dat de wetgever in het kader van de ‘noodzaak in een democratische samenleving’ aandacht zou dienen te geven aan veranderde inzichten omtrent strafbaarheid waar het gaat om delicten die de rechten en vrijheden van het EVRM raken, is iets te zeggen, als de relevante beperkingscriteria daar aanleiding voor geven.

Een voorbeeld van dit verschil van inzicht tussen samenlevingen met betrekking tot de ‘pressing social need’ om iets al dan niet strafbaar te stellen is de korte discussie zoals die in het Europees Parlement is gevoerd over de WTL, waar gesteld werd dat art. 2 EVRM, waarin het recht op leven is beschermd, een wet als de WTL in de weg zou staan. Gedurende de parlementaire behandeling heeft de regering meerdere malen naar voren gebracht dat dit onjuist is, nu het EVRM geen aanknopingspunten zou bieden voor de opvatting dat dit Verdrag zou verplichten tot bescherming van het recht op leven tegen de uitdrukkelijke en weloverwogen wil van de betrokkene. Eveneens zou uit art. 2 EVRM niet kunnen worden afgeleid dat de overheid in het kader van een wettelijke regeling omtrent levensbeëindiging op verzoek het oordeel over de zorgvuldigheid waarmee een arts heeft gehandeld, niet aan deskundigen zou kunnen of mogen overlaten.<sup>473</sup> Inmiddels heeft de zaak *Pretty vs United Kingdom* duidelijk gemaakt dat euthanasie als zodanig niet kan worden gelegitimeerd op basis van enig verdragsrecht, in het bijzonder niet art. 2 EVRM.<sup>474</sup> In casu betrof het een - inmiddels overleden - vrouw met een terminale spierziekte (Motor Neuron Disease) die een eind aan haar leven wilde maken, doch daar zelf fysiek niet meer toe in staat was. Haar spierziekte beperkte haar leven dusdanig dat van ‘kwaliteit van het leven’ haars inziens niet meer gesproken mocht worden. Zo kon zij bijvoorbeeld slechts nog communiceren via technologische hulpmiddelen en was zij van de hals tot en met de voeten verlamd. Het enige wat zij nog zelfstandig kon was ademen. De verwachting luidde dat zij binnen niet al te afzienbare tijd zou sterven. Haar echtgenoot was bereid de thanische handeling te verrichten, maar nu dit in het Verenigd Koninkrijk strafbaar was, werd de bevoegde autoriteit, de Director of Public Prosecution, eerst om toestemming gevraagd hierop in dit geval een uitzondering te maken. Deze toestemming werd geweigerd en de zaak is tot de hoogste instantie uitgevochten. Het EHRM oordeelde naar aanleiding van de klacht met betrekking tot art. 2 EVRM, waarin het recht op leven wordt beschermd, o.a.

<sup>473</sup> Vgl. *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 691, nr. 6, p. 9 en 26. Vgl. D. Voorhoof, ‘Freedom of Communication and the Protection of Privacy: Balancing Freedom Rights. Regulation and Self-Regulation. The position of the Council of Europe’, *Legal Expertise*, 1994, MS, Roundtable conference on ‘Media and Privacy: the Right Not To be Known’ en Michael Kleopfer, ‘Freedom within the press’ and ‘Tendency protection’ under art. 10 of the European Convention on Human Rights, Ducker & Humblot, Berlijn, 1997.

<sup>474</sup> EHRM 29 april 2002, *NJ* 2004, 543 m.t. EAA (*Pretty v. the United Kingdom*).

'39 The Court is not persuaded that 'the right to life' guaranteed in Article 2 can be interpreted as involving a negative aspect. (...) Article 2 of the Convention is phrased in different terms. It is unconcerned with issues to do with the quality of living or what a person chooses to do with his or her life, to the extent that these aspects are recognized as so fundamental to the human condition that they require protection from State interference, they may be reflected in the rights guaranteed by other Articles of the Convention, or in other international human rights instruments. Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose rather than life. (...) 41 The applicant has argued that a failure to acknowledge a right to die under the Convention would place those countries which do permit assisted suicide in breach of the Convention. It is not for the Court in this to attempt to assess whether or not the state of any law in any other country fails to protect the right to life. As it recognized in the case of *Keenan*, the measures which may reasonably be taken to protect a prisoner from self-harm will be subject to the restraints imposed by other provisions of the Convention. (...). Similarly, the extent to which a State permits, or seeks to regulate, the possibility for the infliction of harm on individuals at liberty, by their own or another's hand, may raise conflicting considerations of personal freedom and the public interest that can only be resolved on examination of the concrete circumstances of the case. (...) However, even if circumstances prevailing in a particular country which permitted assisted suicide were found not to infringe Article 2 of the Convention, that would not assist the applicant in this case, were the very different proposition – that the United Kingdom would be in breach of its obligations under Article 2 if it did not allow assisted suicide – has not been established'.<sup>475</sup>

Na een onderzoek van de beperkingscriteria van art. 8, tweede lid, EVRM, komt het Hof tot de conclusie dat de klacht ongegrond is; de relevante wetgeving van het Verenigd Koninkrijk was noodzakelijk in een democratische samenleving en de uitkomst van de procedure was derhalve gerechtvaardigd. Echter, eveneens kan gesteld worden dat er in de eerste plaats in art. 8 EVRM een zelfbeschikkingsrecht ter zake van levensbeëindiging bestaat. In de tweede plaats brengt art. 2 EVRM niet met zich mee dat iemand een recht heeft het leven te doen beëindigen (euthanasie) of behulpzaam te zijn bij beëindigen daarvan (hulp bij zelfdoding). Dit brengt echter niet met zich mee dat een Verdragspartij niet in wetgeving betreffende euthanasie en hulp bij zelfdoding kan voorzien. Het EHRM geeft hier aan met de

<sup>475</sup> Eveneens wordt met betrekking tot art. 8 EVRM vastgesteld dat (par. 62) 'The Court would observe that the ability to conduct one's life in a manner of one's own choosing may also include the opportunity to pursue activities perceived to be a physically or morally harmful or dangerous nature for the individual concerned. The extent to which a State can use compulsory powers or the criminal law to protect people from the consequences of their chosen lifestyle has long been a topic on moral and jurisprudential discussion, the fact that the interference is often viewed as trespassing on the private and personal sphere adding to the vigour of the debate . (par.64) (...) In an era of growing medical sophistication combined with longer life expectancies, many people are concerned that they should not be forced to linger on in old age or in states of advanced physical or mental depritude which conflict with strongly held ideas of self and personal identity'.

maatschappelijke ontwikkeling mee te gaan. Hoe het Hof met op dergelijke ontwikkelingen gestoelde wetgeving om zal gaan is echter een andere vraag.<sup>476</sup>

In het voorgaande is gesteld dat het EHRM oog heeft voor veranderingen in maatschappelijke opvattingen. Hieruit vloeit voort dat indien in een samenleving op basis van verandering van inzicht veranderingen in jurisprudentie plaatsvinden omtrent de inhoud van een norm of de mate van bescherming van een rechtsgoed, de noodzaak van het bereik van de strafbaarstelling onder specifieke omstandigheden wordt heroverwogen, waardoor deze in die specifieke omstandigheden kan vervallen. Aandacht voor definiëring van strafbaarheid vanwege het voldoen aan bepaalde verdragsverplichtingen sluit niet uit dat er eveneens gronden zijn om aandacht te besteden aan gronden voor straffeloosheid in specifieke omstandigheden. Er kunnen bezwaren hieromtrent worden geformuleerd. Het is namelijk nog niet helemaal duidelijk of ruime beoordelingscriteria als ‘dringende sociale behoefte’ of ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ voldoende geschikt zijn om niet alleen als beperkingsclausulering op een grondrecht maar eveneens als beoordeling van een strafbaarstelling te functioneren. Een oordeel daarover is, zoals eveneens in het tweede hoofdstuk ten aanzien van rechtsvinding is geconstateerd, afhankelijk van de visie op het legaliteitsbeginsel.<sup>477</sup> Veranderingen van inzicht zijn mede gerelateerd aan veranderingen in de publieke moraal. Een voorbeeld waarin een strafbaarstelling wordt beoordeeld in het licht van een publieke moraal is de zaak *Laskey, Jaggard en Brown vs United Kingdom*, waarin een vervolging en veroordeling wegens sadomasochistische activiteiten door het EHRM niet in strijd met art. 8 EVRM wordt geacht. Het Hof gaat voorbij aan het argument van de klagers dat de gedragingen deel uitmaken van een persoonlijke moraal, welke niet kan worden onderworpen aan staatsregulering. Eveneens wordt betoogd dat de onderhavige gedragingen als ‘private sexual behaviour’ zijn te benoemen. Het Hof stelt vast dat het een staatstaak is:

‘to seek to regulate, through the operation of the criminal law, activities which involve the infliction of physical harm. This is so whether the activities in question occur in the course of sexual conduct or otherwise. The determination of the level of harm that should be tolerated by the law in situations where the victim consents is in the first instance a matter for the State concerned since what is at stake is related, on the one hand, to *public health considerations* and to the general deterrent effect of the criminal law, and, on the other, to *the personal autonomy of the individual*’ (mijn curs. pcb).

<sup>476</sup> B.H. ter Kuile, *Nederlandse Euthanasiewetgeving. Een juridische beschouwing*, SI-EUR-reeks deel 30, Kluwer, Deventer, 2002, p. 65-73 en 125 e.v.

<sup>477</sup> Vgl Rozemond (1999), *a.w.*, p. 117-130, Mevis (2000), *a.w.*, p. 33-34.

Het Hof stelt vervolgens vast dat de gedragingen van de klagers ‘involved a significant degree of injury or wounding, which could not be characterized as trifling or transient. This, in itself, suffices to distinguish the present case from those applications which have previously been examined by the Court concerning consensual homosexual behaviour in private between adults where no such feature was present’.<sup>478</sup>

Een ander voorbeeld betreffende de beoordeling van een strafbaarstelling in het licht van een publieke moraal is de zaak *Dudgeon vs UK*.<sup>479</sup> Het betrof hier de vervolging van een homoseksuele man, van wie de seksuele voorkeur naar buiten was gekomen gedurende een huiszoeking terzake van een drugsmisdrijf.<sup>480</sup> De Sexual Offences Act zoals deze gold in Noord Ierland, wetgeving die in andere delen van het Verenigd Koninkrijk al was veranderd, verbood in de artikelen 12 en 13 zekere homoseksuele activiteiten tussen volwassenen in de privé-sfeer. Paragraaf 17: ‘The 1956 Act (...) made it offence for any person to commit buggery with another person or an animal (section 12) and an offence for a man to commit an act of ‘gross indecency’ with another man (section 13). In 1967 werd de werking van de artikelen 12 en 13 door middel van de toevoeging van enkele bestanddelen beperkt door middel van een leeftijdscriterium; de artikelen waren voortaan enkel van toepassing op gedragingen waarbij een persoon jonger dan 21 jaar bij betrokken zou zijn. De juridische discussie in dit arrest betreft onder meer de balans tussen ‘private morality’ en ‘public concern’, waarbij ‘private morality’ verwijst naar de effectuering van het recht op een privéleven en ‘public concern’ verwijst naar de taak van de staat het recht te gebruiken ter bescherming van de maatschappij en maatschappelijk zwakkeren en veranderingen in de noodzaak in een democratische samenleving van een strafbaarstelling.<sup>481</sup> Omtrent dat laatste punt het volgende, nu dit beslissend was voor het antwoord op de vraag omtrent de - in dit geval aangenomen - schending van art. 8 EVRM.

<sup>478</sup> EHRM 19 februari 1997, *Laskey, Jaggard & Brown vs United Kingdom*, appl. no. 21627/93, 21826/93 en 21974/93, vanaf r.o. 37.

<sup>479</sup> EHRM 22 oktober 1981 (*Dudgeon vs UK*), appl. no. 00007525/76

<sup>480</sup> Bij de huiszoeking werden persoonlijke geschriften en dagboeken waar homoseksuele activiteiten werden beschreven in beslag genomen.

<sup>481</sup> ‘It cannot be maintained in these circumstances that there is a ‘pressing social need’ to make such acts criminal offences, there being no sufficient justification provided by the risk of harm to vulnerable sections of society requiring protection or by the effects on the public. On the issue of proportionality, the Court considers that such justifications as there are for retaining the law in force unamended are outweighed by the detrimental effects which the very existence of the legislative provisions in question can have on the life of a person of homosexual orientation like the applicant. Although members of the public who regard homosexuality as immoral may be shocked, offended or disturbed by the commission by others of private homosexual acts, this cannot on its own warrant the application of penal sanctions when it is consenting adults alone who are involved.’ Vgl. het standpunt van de Britse regering, par. 24.

Beide arresten maken duidelijk dat door middel van het concept ‘pressing social need’ het EHRM een strafbaarstelling toetst aan de op dat moment geldende waarden. Welke deze waarden zijn hangt af van de analyse van het Hof. Er kan niet op voorhand een vaste maatstaf gegeven worden, gezien de min of meer Common-law achtige wijze van rechtsvinding en de werkwijze van het Hof bij de beoordeling van een samenleving en de staat van het recht aldaar.<sup>482</sup>

De eerder gestelde vraag of door het EVRM kwaliteitseisen worden gesteld aan de bijzondere strafuitsluitingsgrond kan nu als volgt worden beantwoord. Het EVRM gebiedt tot actualisering van de strafwet. Toegespitst op de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de maatschappelijke en juridische reactie op verandering van maatschappelijke opvattingen bestaat er het vereiste dat de wetgever het publieke debat blijft volgen. Ondanks dat er goede argumenten zijn om een normatieve uitspraak te doen omtrent de rol van het EVRM ten opzichte van de bijzondere strafuitsluitingsgrond, geven de ter zake doende juridische bronnen nog te weinig aanknopingspunten om duidelijke consequenties ervan te kunnen formuleren. De discussie omtrent rechtsvinding en verdragsverplichtingen is mede relevant voor het bepalen van de straffeloosheid op basis van specifieke omstandigheden. Wellicht is dit aspect in de literatuur onderbelicht gebleven als ervan uitgegaan wordt dat straffeloosheid in het algemeen, abstraherend van derdenbelangen, niet gezien wordt als een beperking van een recht of vrijheid en daardoor op minder bezwaren stuit dan strafbaarheid.

#### 4.3.7. Ontbreken van materiële wederrechtelijkheid en de bijzondere strafuitsluitingsgrond

Het probleem dat bij het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid speelt is gelegen in de spanning tussen het eigen inzicht van de justitiabele en het rechterlijk of wettelijk oordeel. De inzichten kunnen volstrekt legitiem of sociaal verantwoord zijn, maar dat hoeft niet te betekenen dat deze op de juiste wijze of in het juiste forum geuit worden. De rechter ontkomt er in bepaalde gevallen niet aan een beslissing omtrent een dergelijk inzicht te nemen en de wijze waarop deze beslissing tot stand is gekomen en is uitgevoerd nader te normeren. De euthanasiepraktijk is hiervan het beste voorbeeld. De nadere normering is niet op te vatten als een antwoord op een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid, maar als een normering in het kader van een beroep op een algemene wettelijke rechtvaardigingsgrond. Indien voldaan is aan de nadere normering, is er

<sup>482</sup> P. Mendelts. *Interpretatie van grondrechten. Grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten*, diss. UU, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 2002, p. 225 e.v., waar gesteld wordt dat het Hof maatschappelijke opvatting interpreteert, zonder maatstaven aan te dragen voor de bepaling van de reikwijdte van een grondrecht.

voldaan aan de clausulering in de toepassing van de toepasselijke rechtvaardigingsgrond. De normering is daarnaast op te vatten als het toetsbaar maken van het handelen. Een positief antwoord van de rechter of een andere rechtstoepasser op de vraag of er in casu sprake is van ontbreken van materiële wederrechtelijkheid impliceert dat de opvatting op basis waarvan gehandeld is in de maatschappij algemeen als de juiste aanvaard wordt *op zichzelf rechtens toelaatbaar zou zijn*, waardoor er geen sprake is van een strafbaar feit.<sup>483</sup> De bijzondere strafuitsluitingsgrond heeft, welke formulering er ook gebezigd wordt, de functie het te ruim geachte bereik van de delictsom-schrijving te beperken. De wetgever reageert in bepaalde gevallen door middel van een bijzondere strafuitsluitingsgrond op maatschappelijke discussies of is al direct zelf van mening dat het bereik van een delictsom-schrijving zonder een dergelijke strafuitsluitingsgrond te groot zou zijn. Door het bereik van de delictsom-schrijving op voorhand of achteraf te beperken geeft de wetgever een nadere afbakening van de mate van de strafrechtelijke bescherming van een rechtsgoed. De wederrechtelijkheid van de gedraging wordt door middel van de bijzondere strafuitsluitingsgrond mede vastgesteld.<sup>484</sup> Gedragingen waarvan vast komt te staan dat deze binnen het toepassingsbereik van de bijzondere strafuitsluitingsgrond vallen, worden *rechtens toelaatbaar geacht* en worden geacht buiten de relevante delictsom-schrijving te vallen. De bijzondere strafuitsluitingsgrond is derhalve te zien als een factor in de bepaling van wat rechtens geldt en heeft in deze redenering een andere functie dan de algemene strafuitsluitingsgrond.

De bijzondere strafuitsluitingsgrond is op te vatten als een wederrechtelijkheidbeperkende factor in de structuur van een strafbaar feit. Deze bevinding sluit deels aan bij wat Langemeijer ‘veroorlopende rechtsnormen’ heeft genoemd. Langemeijer stelt dat veroorlopende rechtsnormen als uitzonderingen op een gebod of een verbod slechts zin hebben indien het niet mogelijk is het gebod of verbod ‘met zo perfecte scherp-te formuleren, dat reeds daardoor elke twijfel, hoever het precies reikt, is uitgesloten’.<sup>485</sup> Echter, Langemeijer stelt wel dat in het strafrecht door normen met een veroorlopende strekking, met name uitgedrukt door middel van de formulering ‘Niet strafbaar is hij die’, de niet-strafbaarheid met geoorloofdheid gelijkgeschakeld mag worden: ‘Ons wetboek van strafrecht bewijst het ten overvloede; het zal bij niemand opkomen te beweren dat art. 37 Sr aan de niet toerekeningsvatbare verlov geeft om strafbare feiten te begaan’. Nu er

<sup>483</sup> De precedentwerking van een dergelijke beslissing is groot. Vgl. Th.W. van Veen, ‘Ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid, de rechter aan zijn grens?’, *RM Themis*, 1971, p. 3-6.

<sup>484</sup> Langemeijer (1950), *a.w.*, p. 13.

<sup>485</sup> G.E. Langemeijer, ‘De betekenis van veroorlopende normen in het strafrecht voor het privaatrecht’, in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.) *Naar eer en geweten. Liber Amicorum J. Remmelink*, Gouda Quint Arnhem, 1987, p. 301 e.v., waar de wisselwerking tussen strafrechtelijke en civiele aansprakelijkheid centraal staat.

hier om bovenstaande redenen van uitgegaan wordt dat de gedraging, indien voldaan is aan de vereisten van de bijzondere strafuitsluitingsgrond, rechtens toelaatbaar wordt geacht, is het wellicht duidelijk dat de - overigens juiste - opmerking van Langemeijer betrekking heeft op de algemene strafuitsluitingsgronden. Hier wordt op teruggekomen in de paragraaf waar de processuele positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond wordt behandeld.

De conclusie is dat de wetgever door middel van de bijzondere strafuitsluitingsgrond een uitspraak doet omtrent de wederrechtelijkheid van een gedraging en de mate van rechtsgoederenbescherming. De maatschappelijke context waarop het rechtsgoed betrekking heeft, krijgt met een latere toevoeging of herformulering van een bijzondere strafuitsluitingsgrond een rol binnen de strafrechtspleging, zij het dat deze rol zich beperkt tot de verandering welke zich in deze context heeft afgespeeld en het antwoord van de wetgever daarop.

#### 4.3.8. Synthese: materieelrechtelijke plaatsbepaling

De overwegingen van de wetgever om een bijzondere strafuitsluitingsgrond te formuleren, zijn terug te voeren op de wens het toepassingsbereik van een delictsom-schrijving te beperken. Hiermee komt de politieke meerderheid in sommige gevallen in een bepaalde mate<sup>486</sup> tegemoet aan maatschappelijke veranderingen en daarop gebaseerde gewijzigde inzichten omtrent onder meer de strafwaardigheid van een bepaald delict. In andere gevallen bestond er ten tijde van de formulering van de delictsom-schrijving een politieke consensus omtrent het gewenste bereik van de delictsom-schrijving. Redenen daarvoor worden ontleend aan de wens tot bescherming van rechtszekerheid en de bescherming van politieke vrijheden en burgerrechten<sup>487</sup>, beperking van de gevolgen van een bepaalde gedraging<sup>488</sup> en het voldoen aan internationale verplichtingen. Al deze omstandigheden kunnen redenen zijn om de figuur van de bijzondere strafuitsluitingsgrond te gebruiken.<sup>489</sup> In alle gevallen wordt een gedraging die voldoet aan de bewoording van de bijzondere strafuitsluitingsgrond opgevat als een gedraging die geen schade toebrengt aan het rechtsgoed dat door de delictsom-schrijving wordt beschermd, vanwege de nadere omschrijving van de rechtsgoederenbescherming. Kenmerkend voor de bijzondere strafuitslui-

<sup>486</sup> Vgl. de euthanasiewetgeving. Euthanasie is niet volledig gedecriminaliseerd.

<sup>487</sup> Zie paragraaf 3.3.1.1. met betrekking tot het voorbereiden of bevorderen van staatkundige veranderingen in algemene zin en paragraaf 3.3.1.6. m.b.t. bekendmaking van bedrijfsgegevens.

<sup>488</sup> Zie paragraaf 3.3.1.4. betreffende getuigen en deskundigen bij een tweegevecht en paragraaf 3.3.1.11., waar het schadebeperking bij vernieling van computergegevens betreft.

<sup>489</sup> Meer genuanceerd gesteld: als reactie op strafbaarstelling en nuancering daarvan vanwege het voldoen aan internationale verplichtingen vgl. 3.3.2.9. en 3.3.1.10.

tingsrond is derhalve dat het een bepaling is die de reikwijdte van een norm aangeeft en inhoudelijk iets over de norm zegt. De strafrechtelijke norm als zodanig wordt afgebakend. Hiermee wordt echter niet gezegd dat de rechter niet door middel van de kwalificatiebeslissing of een beslissing omtrent de toepasselijkheid van een algemene rechtvaardigingsgrond de strafrechtelijke aansprakelijkheid anderszins zou kunnen of mogen beïnvloeden; de wetgever geeft slechts aan onder welke omstandigheden de delictomschrijving niet toegepast mag worden, waardoor er eveneens geen straf kan worden opgelegd. Het is aan de rechtstoepasser uit te maken of deze omstandigheden zich voordoen, zich hebben voorgedaan en/of deze nader geclausuleerd moeten worden. Uit het bovenstaande blijkt dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond enerzijds is op te vatten als:

*de legislatieve begrenzing van de vrijheid van de rechtstoepasser jegens het hanteren van strafrechtelijke bevoegdheden of de straf als instrument en anderzijds als een wederrechtelijkheidsbeperkende of -definiërende factor in de structuur van een strafbaar feit.*

In beide typeringen wordt de toepassing van de delictomschrijving beperkt door een nadere typering van het delict. De twee overwegingen kunnen niet los van elkaar gezien worden. Indien de wetgever een gedraging, een doen of nalaten, als rechtens juist aanmerkt (er is immers geen rechtens relevant belang geschonden) door de wederrechtelijkheid van de gedraging nader te definiëren of te beperken, beïnvloedt hij daarmee de handelingsvrijheid van de rechtstoepasser. Het interpretatiekader van de rechtstoepasser met betrekking tot de reikwijdte van de bescherming van het rechtsgoed wordt door middel van de bijzondere strafuitsluitingsgrond door de wetgever nader genormeerd. De rechter wordt gebonden aan een politiek compromis dat hij, afhankelijk van de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond, nader vorm kan geven, maar in elk geval in overweging dient te nemen bij zijn rechtsvorming. Hij wordt derhalve gebonden aan een beslissing omtrent een omstandigheid die niet of in mindere mate tot zijn oordeel staat, of de beslissing wordt althans binnen een juridisch kader genormeerd. Het sterkst speelt dit bij bijzondere strafuitsluitingsgronden die het gevolg zijn van een lange wetgevingsprocedure vanwege de politieke en maatschappelijke gevoeligheid van het onderwerp. Indien de rechter in deze gevallen gronden aanwezig acht om af te wijken van het politieke compromis, zijn deze onderworpen aan de plicht tot motivering en daardoor in hoger beroep en cassatie toetsbaar.<sup>490</sup> Hiermee wordt aan verschillende (met na-

<sup>490</sup> Zie hieromtrent o.a. P. Rijkema, 'Politieke rechtspraak en de kunst van het temperen', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 2001, nr. 1, p. 67 e.v. en P.W. Brouwer, 'Politieke rechtspraak en juridische argumentatie', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 2001, nr. 3, p. 216 e.v.



me constitutionele) bezwaren die er bestaan in de strafrechtpraktijk te voeren - en eventueel door de rechter te honoreren - verwerpen over het (ontbreken van) subsocialiteit en/of het (ontbreken van) materiële wederrechtelijkheid bestaan tegemoet gekomen. De responsiviteit met maatschappelijke inzichten blijft namelijk steeds een relevante factor in het bepalen van de strafbaarheid. Enkel een beperkende interpretatie van een delictomschrijving voldoet in voorkomende gevallen niet. De gehanteerde concepten '(ontbreken van de) materiële wederrechtelijkheid' en '(ontbreken van de) subsocialiteit' zijn noties met betrekking tot de responsiviteit van de strafwet op maatschappelijke inzichten, noties die echter om verschillende redenen moeten worden afgewezen. De bijzondere strafuitsluitingsgrond past - anders dan de twee gebruikte concepten - in een streven de strafwet in overeenstemming te laten zijn met de op enig moment levende maatschappelijke inzichten. De bijzondere strafuitsluitingsgrond is beperkt in toepassing, want deze is toegesneden op een enkel of enkele delict(en) en is vanwege de concrete vormgeving helder geformuleerd, bepaalde - niet problematische - uitzonderingen daargelaten. Hierdoor wordt voorkomen dat de rechter via een delictomschrijving de grens tussen strafbaarheid en straffeloosheid teveel ad hoc vaststelt. Een ander punt is, dat door middel van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in beginsel wordt vermeden dat er vage en complexe delictomschrijvingen zouden bestaan indien er voor werd gekozen op bestanddeelniveau de maatschappelijke inzichten een plaats in de strafwet te geven. Daardoor zou immers rechtsonzekerheid kunnen ontstaan.<sup>491</sup>

Het lijkt er op dat hiermee een extra argument is gegeven voor de stelling dat in Nederland een algemeen constitutioneel toetsingsrecht voor de rechter wordt afgewezen of beperkt wordt opgevat. Een andere conclusie zou geformuleerd kunnen worden ten opzichte van de hierboven kort beschreven wisselwerking tussen de bijzondere strafuitsluitingsgrond en het EVRM. Het bestaan van een bijzondere strafuitsluitingsgrond kan gezien worden als de verbinding tussen de wet en de maatschappij en is daardoor een factor die in de beoordeling van een strafbaarstelling met betrekking tot de vast te stellen 'dringende sociale behoefte' of 'noodzakelijk in een democratische maatschappij' mee kan wegen, of te zien is als een door de wetgever gewenste beperking van het interpretatiekader van de beperkingsgronden van het EVRM.

<sup>491</sup> Vgl. *Kamerstukken II*, 1990-1991, 22 008, nr. 2, p. 28 (*Nota Zicht op wetgeving*, waar verschillende kwaliteitseisen voor overheidsoptreden via wetgeving worden beschreven en geconcludeerd wordt dat de formulering van elementen van delictomschrijvingen een zorgvuldig werk is).

## 4.4. De bijzondere strafuitsluitingsgrond en het legaliteitsbeginsel

### 4.4.1. Inleiding

Met de typering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond als enerzijds de legislatieve begrenzing van de vrijheid van de rechtstoepasser jegens het hanteren van strafrechtelijke bevoegdheden of de straf als instrument en anderzijds als een wederrechtelijkheidsbeperkende of -definiërende factor in de structuur van een strafbaar feit is nog geen eenduidig begrip gehanteerd dat zou kunnen dienen om de bijzondere strafuitsluitingsgrond te (kunnen) duiden. Om de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond goed vast te kunnen stellen is het nodig de formeelrechtelijke positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond aan te geven.<sup>492</sup>

Om hiertoe over te kunnen gaan moet eerst aandacht besteed worden aan de verhouding tussen het legaliteitsbeginsel en de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Deze verhouding speelt op twee niveaus. In de eerste plaats met betrekking tot de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Hierbij kan worden gedacht aan het artikellid in zijn geheel, maar ook aan de verschillende bestanddelen van het artikellid. In de tweede plaats is er de vraag naar de consequenties die er door de rechtstoepasser uit de bijzondere strafuitsluitingsgrond getrokken moeten worden, zie hiervoor paragraaf 4.6. De vraag naar de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond zal zowel op bestanddeelniveau als op artikellidniveau behandeld worden.

In deze paragraaf wordt de bijzondere strafuitsluitingsgrond gezien vanuit het legaliteitsbeginsel en het daarmee samenhangende lex certa-beginsel. Uit het lex certa-beginsel vloeit voort dat de wet betrokkenen zekerheid biedt omtrent het inzicht in hun strafrechtelijke rechtspositie, of, anders gezegd, het inzicht in de strafwaardigheid van gedrag dient te bieden. Dit verplicht de wetgever duidelijkheid te verschaffen omtrent de reikwijdte van de wet en de verhouding met andere wetten. De wet dient overzichtelijk en begrijpelijk te zijn, systematisch in elkaar te zitten en wat betreft inrichting en terminologie in harmonie met overige wet- en regelgeving te zijn. In het onderstaande wordt aandacht besteed aan de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de consequenties die de aanwezigheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor rechtstoepassers heeft.

<sup>492</sup> Hiermee wordt bedoeld op de processuele positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond; ofwel de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het beslissingsmodel van de artikelen 348/350 Sv.

#### 4.4.2. De formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond

*'An art whose medium is language will always show a high degree of critical creativeness, for speech is itself a critique of life: it names, it characterizes, it passes judgment, in that it creates.'*

Thomas Mann

In hoofdstuk twee, paragraaf 2.3. is aandacht geschonken aan de ontwikkelingen in het materiële strafrecht op het gebied van rechtsvinding en het legaliteitsbeginsel. Nu het legaliteitsbeginsel met zich brengt dat de gebondenheid aan de wet toegespitst is op de vestiging van strafbaarheid en vastgesteld is dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond ertoe dient om het niet opleggen van straf te bewerkstelligen, is het opnemen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond in de wet uiteraard niet in strijd met het legaliteitsbeginsel. Immers, de toepassing van een bijzondere strafuitsluitingsgrond strekt ten voordele van een verdachte. Dat hoeft niet te betekenen dat het legaliteitsbeginsel geen waarde heeft voor de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond.

De strafwet dient een zekere mate van bestendigheid en duurzaamheid te hebben. Het Wetboek van Strafrecht en de aldaar te vinden bepalingen dienen tevens een mate van openheid te hebben die de rechtstoepasser in staat stelt de strafwet te actualiseren, indien dat nodig blijkt. De wetgever dient ermee rekening te houden dat de strafwet in verschillende tijdsspannen op verschillende wijzen geïnterpreteerd wordt. De bijzondere strafuitsluitingsgrond maakt, mede gezien zijn plaatsing in de nabijheid van een of meer delictsomschrijvingen en zijn toepasselijkheid op een of meer strafbare feiten, deel uit van de strafwet. Hierdoor is de opdracht van de rechtstoepasser met betrekking tot de duurzaamheid van de strafwet niet alleen te koppelen aan de actualisering van delictsomschrijvingen, maar ook aan de ontwikkeling van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De interpretatievrijheid van de rechtstoepasser is mede afhankelijk van de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond kan recht doen aan de opdracht aan de wetgever in het kader van het legaliteitsbeginsel. De bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond hebben qua formulering een verschillend karakter. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen bestanddelen. Sommige hebben een open karakter, andere een gesloten karakter.

Hieronder zal worden gesproken over 'open' geformuleerde en 'gesloten' geformuleerde bestanddelen. Het onderscheidend criterium tussen deze categorieën is de mate waarin de rechtstoepasser de vrijheid heeft om de bestanddelen in de categorieën nader in te vullen. In de categorie met de 'open' geformuleerde bestanddelen is deze vrijheid groter dan in de catego-

rie met de ‘gesloten’ geformuleerde bestanddelen. Met artikelleden die een gesloten formulering hebben, wordt bedoeld op artikelleden die aansluiten bij overige wet- en regelgeving. Nu deze laatste categorie bijzondere strafuitsluitingsgronden in verschillende opzichten een bijzondere categorie bijzondere strafuitsluitingsgronden blijkt, is ervoor gekozen deze in een aparte paragraaf (4.5.) uitgebreid te behandelen. Een overweging om dit zo te doen is het meer technische karakter van deze bestanddelen, vanwege de band met andere wet- en regelgeving. In deze paragraaf zal een subparagraaf over het legaliteitsbeginsel te vinden zijn.

#### 4.4.2.1. Min of meer ‘open’ geformuleerde bestanddelen

In deze subparagraaf wordt aandacht geschonken aan de bestanddelen die een open karakter hebben. Dergelijke bestanddelen kunnen aansluiten bij het motief van de verdachte. Een voorbeeld hiervan is het gebruik van het woord ‘oogmerk’, zoals dat gebezigd wordt in art. 96, derde lid, Sr, waarin bepaald is dat degene wiens oogmerk gericht is op het voorbereiden of bevorderen van staatkundige veranderingen in algemene zin niet strafbaar is.<sup>493</sup> Andere bestanddelen waaruit eveneens het belang van het motief voor de al dan niet toepasselijkheid van de bepaling blijkt, zijn de bijzondere strafuitsluitingsgronden waarin verschillende bestanddelen een tamelijk open formulering hebben. Hierbij kan gedacht worden aan ‘in de redelijke overtuiging (...) het Nederlandse belang niet te schaden’ (art. 103a Sr), ‘te goeder trouw’ (art. 273, tweede lid, Sr), ‘te goeder trouw heeft kunnen aannemen’ (art. 261, derde lid, Sr). Uit de parlementaire geschiedenis van deze bestanddelen blijkt dat het wordt vereist dat de interpretatie van deze bestanddelen op een objectiverende manier dient plaats te vinden. Al naar gelang de omstandigheden van het geval en de tijdsspanne waarin men leeft, zal deze objectiverende interpretatie van de bestanddelen strenger dan wel soepeler zijn. Dit geldt eveneens voor de bepaling van de strekking die aan de woorden ‘algemeen belang’ (art. 273, tweede lid, jo art. 261, derde lid, Sr) en ‘openbaar belang’ (art. 266, tweede lid, Sr) in concrete gevallen gegeven zal moeten worden.

De binding met het civiele recht is zowel op bestanddeelniveau als op artikellidniveau te zien. Op artikellidniveau valt te denken aan artikelleden die verwijzen naar een rechtssubjectiviteit die op civielrechtelijke wijze vorm wordt gegeven: de ouder, de voogd, een familielid. Voorbeelden hiervan zijn de familiebetrekkingen bij de verzwijging van een voorgenomen misdrijf en de hulp aan daders bij misdrijven en het niet-voldoen aan verplichtingen als getuige, deskundige of tolk.<sup>494</sup> Op bestanddeelniveau valt hier te denken aan bestanddelen waar een vorm van goede trouw wordt geformuleerd.

<sup>493</sup> Andere voorbeelden zijn art. 98c, tweede lid, Sr en art. 350a, vierde lid, Sr.

<sup>494</sup> Vgl. de paragrafen 3.3.2.2., 3.3.2.5., en 3.3.2.6.

leerd. Dergelijke bestanddelen worden mede op basis van de civiele jurisprudentie van de Hoge Raad ingevuld. Uit de behandeling van de civielrechtelijke jurisprudentie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 273, tweede lid, Sr, jurisprudentie die eveneens van toepassing is op de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 261, derde lid, Sr, blijkt een sterk objectiverend karakter, waar proportionaliteit en subsidiariteit een belangrijke rol spelen.

De term ‘algemeen belang’ is ook een voorbeeld van een open bestanddeel. Een bezwaar tegen het gebruik van een term als ‘algemeen belang’ als zodanig in een bijzondere strafuitsluitingsgrond kan zijn dat de concretisering van de term in casu onder meer afhankelijk is van het (waarde)oordeel van de rechtstoepasser. Indien in een rechtsvraag de concretisering van het algemeen belang de bepaling van de omvang van een grond- en/of mensenrecht vorm geeft, dient er voor gewaakt te worden deze concretisering en de door de wetgever gewenste objectivering (te ver) te politiseren, d.w.z. te interpreteren naar aanleiding van een bepaalde levensbeschouwelijke of politieke gezindheid. Referentiepunten zijn eerder de relevante maatschappelijke en parlementaire discussies en de stand van het recht en de ontwikkeling daarvan.<sup>495</sup>

Hiernaast kan gewezen worden op de relatie tussen het bestanddeel ‘algemeen belang’ en het ‘algemeen belang’ zoals dat verwoord is in art. 167, tweede lid, Sv dat bepaalt dat van vervolging kan worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend. Is het ‘algemeen belang’, zoals dat verwoord is in een bijzondere strafuitsluitingsgrond van een andere aard dan het algemeen belang van art. 167, tweede lid Sv en het daarbij geldende leerstuk van het opportuniteitsbeginsel. Het algemeen belang van art. 167, tweede lid, Sv zijn gerelateerd aan de kosten en de verschillende andere effecten van opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten en subsocialiteit. Het algemeen belang zoals dat in bepaalde bijzondere strafuitsluitingsgronden<sup>496</sup> voorkomt zou nader ingevuld kunnen worden in het kader van een specifiek delict. Dat zou kunnen, maar een beter argument is het om het algemeen belang van art. 167, tweede lid, Sv van een andere orde te achten vanwege de typisch strafvorderlijke functie die het heeft ten opzichte van de interpretatie van het ‘algemeen belang’ zoals dat in voornoemde bijzondere strafuitsluitingsgronden is verwoord.

In het laatste geval gaat het om maatschappelijke en/of persoonlijke overwegingen met betrekking tot of interpretaties van het ‘algemeen belang’ in een bijzondere strafuitsluitingsgrond. In het eerste geval gaat het om de toetsing van de validiteit en wenselijkheid van de argumenten die geleverd

<sup>495</sup> Zie eveneens Janssens (1998), *a.w.*, p. 331-341.

<sup>496</sup> Art. 261, derde lid Sr, jo. art. 273, tweede lid, Sr.

kunnen worden of gedurende het opsporingsonderzoek geleverd. Indien het openbaar ministerie van mening is dat de inhoud van het beroep op de bijzondere strafuitsluitingsgrond ofwel niet in overeenstemming is met het geldende recht, ofwel dat het openbaar ministerie een rechterlijke uitspraak omtrent de interpretatie van het bestanddeel in dit specifieke geval wil, dan moet het daartoe de mogelijkheid hebben. Indien het openbaar ministerie tot vervolging overgaat, acht het de bijzondere strafuitsluitingsgrond in dit geval niet van toepassing. Vervolgens wordt door middel van de rechterlijke toets een en ander duidelijker. Anders gezegd: het ‘algemeen belang’ van de rechtsontwikkeling is van een andere orde dan het ‘algemeen belang’ zoals dat geformuleerd wordt naar aanleiding van een verweer op een mogelijk strafbare gedraging. Verschillende rechtstoepassers kunnen derhalve verschillende oordelen hebben omtrent de betekenis en de invulling van een bepaald bestanddeel.

Eerder heeft Janssens gewezen op de rol die de algemene zorgvuldigheidsnorm speelt, en aandacht besteed aan het verschil tussen de afweging van belangen op basis van een algemene zorgvuldigheidsnorm (beslechting van een conflict tussen tegen elkaar procederende burgers) en een belangenafweging binnen een strafrechtelijke context (rechtshandhaving).<sup>497</sup> Ten aanzien van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 261, derde lid, Sr concludeert hij dat een beroep op het verantwoorde gebruik van de vrijheid van meningsuiting veronderstelt, dat er sprake kan zijn van een zwaarwegender belang dan het belang van het slachtoffer om gevrijwaard te blijven van beledigingen. ‘De strafrechter zal dan op materieelrechtelijk niveau alle belangen die in het concrete geval in het geding zijn tegen elkaar af moeten wegen. En dan kan tot op zekere hoogte gebruik worden gemaakt van civielrechtelijk getinte afwegingsfactoren.’<sup>498</sup>

#### 4.4.2.2. Contextuele interpretatie

Het ging in het bovenstaande niet zozeer om de constatering dat de vrijheid van meningsuiting en bestanddelen van een bepaalde bijzondere strafuitsluitingsgrond met zich meebrengen dat het civiele recht een rol speelt bij de bepaling van straffeloosheid of de vestiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het gebruik van dergelijke bestanddelen in bijzondere strafuitsluitingsgronden biedt de rechtstoepasser in ieder geval de mogelijkheid de toepassing van de strafwet tot op zekere hoogte te laten aansluiten bij andere rechtsnormen. Duidelijk is, dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond omstandigheden formuleert bij aanwezigheid waarvan niet gestraft mag worden. De wetgever bepaalt dat een handeling slechts geoorloofd is indien er voldaan wordt aan deze omstandigheden. De gedraging vindt plaats bin-

<sup>497</sup> Janssens (1998), *a.w.*, p. 310.

<sup>498</sup> Janssens (1998), *a.w.* p. 310.

nen een bepaalde context. De rechter heeft, naast de vereiste objectivering, ook overwegingen van proportionaliteit en subsidiariteit geformuleerd om de gedraging te toetsen.<sup>499</sup>

Uit de objectiveringseis en de verschillende eisen met betrekking tot proportionaliteit en subsidiariteit is te concluderen dat de contextafhankelijkheid van de toets van de rechtstoepasser niet geheel vrij is. De toets van de rechtstoepasser (de concretisering van de abstracte formulering) of de bijzondere strafuitsluitingsgrond in casu, bij een open formulering, toegepast kan worden, betreft een tijdsgebonden beoordeling van de omstandigheden van het geval. De vaststelling van de verschillende gronden voor het niet opleggen van straf heeft derhalve een open karakter, waar het de context betreft waarin de bijzondere strafuitsluitingsgrond zijn toepassing vindt. Aldus dient met open bestanddelen in een bijzondere strafuitsluitingsgrond aangeslotente worden bij datgene wat participanten in een maatschappelijk segment van elkaar mogen en kunnen verwachten. Deze constatering kan dogmatisch op drie manieren worden ingekaderd. De drie kaders kunnen in onderling verband worden gezien en liggen deels in elkanders verlengde.

In de eerste plaats kan verwezen worden naar de functionele leer van Ter Heide, waar hij stelt dat het gaat om de beoordeling of bepaalde gedragingen binnen het rollenspel tussen de participanten in het maatschappelijk segment als ‘sociaal adequaat’ zijn te benoemen.<sup>500</sup> In dit kader kan eveneens de civielrechtelijke algemene zorgvuldigheidsnorm, voor het strafrecht door middel van bepaalde open bestanddelen in de bijzondere strafuitsluitingsgrond een rol vervullen.<sup>501</sup>

Het tweede kader wordt geboden door Nieboers zogenoemde normgerichte gedragsleer, waarin de betekenis van de gedraging bepaald wordt en de toetsing van de gedraging plaatsvindt door middel van de normen die voor de gedraging gelden.<sup>502</sup> In beide dogmatische kaders wordt aansluiting gevonden bij de in casu geldende normen ten aanzien waarvan bepaalde houdingen en bepaalde gedragingen mogen worden verwacht. ‘Deze aanvullende (..) normen beklemtonen de omstandigheid dat het strafrecht geen

<sup>499</sup> Deze criteria zijn met name te vinden in de jurisprudentie van de verschillende beledigingsdelicten. Vgl. Janssens (1998), *a.w.*, p. 311-339 en de parlementaire behandeling van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 273 Sr.

<sup>500</sup> Ter Heide (1965), *a.w.*, p. 128-133.

<sup>501</sup> Zie L.T. Wemes, ‘Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid’, in: A.M. Hol en C.J.J. Stolker (red.) *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Kluwer, Deventer, 1995, p. 67 e.v., die onder meer stelt: ‘Het mag als een min of meer historisch gegeven gelden, dat wanneer er strafrechtelijke problemen rijzen, kennelijk oplossingen worden aangedragen door het civiele recht’. Zie eveneens Demeersseman (1985) *a.w.*, p. 9 e.v.

<sup>502</sup> W. Nieboer, ‘Strafrechtelijke zorgplichten’, in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Gouda Quint, Arnhem, 1985, p. 255-270, m.n. p. 260 e.v.

geïsoleerd normenstelsel is, maar zijn ankers heeft in een ruimere normatieve context', stelt Nieboer.<sup>503</sup>

Het derde kader betreft het werk van Glastra van Loon. Rechtsnormen kunnen beschouwd worden als gepositieerde en niet-gepositieerde regels. In het eerste geval spreken we van geschreven regels die juridisch op verschillende manieren worden benoemd<sup>504</sup>, in het tweede geval van ongeschreven regels of beginselen. Glastra van Loon maakt geen onderscheid tussen rechtsnorm en rechtsregel, maar stelt dat 'normen' en 'regels' begrippen zijn die inwisselbaar zijn. (Deels) tegenover 'norm' of 'regel' wordt 'voorschrift' of 'bevel' geplaatst.<sup>505</sup> Waar 'normen' handelingen tussen mensen, horizontale relaties derhalve, vorm en betekenis geven en derhalve bepalen 'hoe verkeerspartners zich jegens elkaar behoren te (of mogen) gedragen, dat wil zeggen hoe de één mag verwachten dat een ander zich ten opzichte van zijn gedragingen zal gedragen'<sup>506</sup>, veronderstelt een 'bevel' of 'voorschrift' een bevoegdheid dit bevel te mogen geven en gaat men hierbij uit van een verticale relatie tussen adressant en geadresseerde.<sup>507</sup>

De relevantie van deze overwegingen met betrekking tot de bijzondere strafuitsluitingsgrond bestaat in het volgende. Vanuit deze drie kaders kan vanuit een sociaal-wetenschappelijk perspectief het volgende gezegd worden. Door middel van de open bestanddelen worden verschillende regels en normen van een variëteit van semi-autonome sociale velden in staat gesteld in communicatie te treden met de rechtstoepasser. Via de wisselwerking die ontstaat wordt de mogelijkheid geschapen dat deze elkaar onderling beïnvloeden.<sup>508</sup> De rechtstoepasser zal de geldende regels van de interactiepro-

<sup>503</sup> Nieboer, (1985), *a.w.*, p. 261.

<sup>504</sup> Bijvoorbeeld als wet, verordening of verdrag.

<sup>505</sup> 'Ik heb gesteld dat regels geen species zijn van een genus 'geboden' of bevelen in de ruime zin'. Zij kunnen (en bij vele, vooral rechtsregels is dit zo) zowel een gebiedende als een normatieve functie of hoedanigheid bezitten, maar deze laatste is niet op de eerste gebaseerd en valt er ook niet mee samen. Zij kunnen ook dit gebiedende element missen, zoals bij de meeste rechtsregels. Alleen met behulp van een begripsmatige *constructie* van een vage gebiedende autoriteit kan aan zulke regels een gebodskarakter worden toegekend'. J.F. Glastra van Loon, 'Regels en bevelen', in: *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Boom, Meppel, 1980, p. 25-35.

<sup>506</sup> J.F. Glastra van Loon, 'Het begrip rechtsregel', in: J.F. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Boom, Meppel, 1980, p. 57-78.

<sup>507</sup> J.F. Glastra van Loon, *Norm en handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen*, Haarlem, 1956, p. 206-218. Vgl. eveneens 't Hart (1994), *a.w.*, p. 167 e.v. en M. Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel. Een onderzoek naar de betekenis van straf en strafbegrip en de waarde van het procesbeginsel naar aanleiding van de consensuele afdoening van strafzaken*, diss. EUR, SI/Kluwer, 2002, p. 46 e.v.

<sup>508</sup> S. Falk Moore, 'Law and social change: The semi-autonomous social field as an appropriate subject of study', *Law and Society Review* (7), 1973, p. 719-746. Juridischer: via interpretatie vindt communicatie plaats.



cessen in de semi-autonome sociale velden interpreteren en zich een oordeel moeten vormen naar aanleiding van deze regels en de aard en strekking van zowel de bijzondere strafuitsluitingsgrond als de delictsomschrijving. Concreet: de rechter dient bij het al dan niet toepassen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de interpretatie van bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond eveneens aandacht te hebben voor de omstandigheden van het geval.

#### 4.4.2.3. Contextuele interpretatie en legaliteit

De bijzondere strafuitsluitingsgrond kan worden gepositioneerd tussen de door Glastra van Loon beschreven concepten ‘norm’ en ‘bevel’. Het betreft derhalve normen met zowel een imperatief als een normatief aspect.<sup>509</sup> De bijzondere strafuitsluitingsgrond als juridische neerslag van maatschappelijke normen heeft een gebiedende (bevel) en een normatieve (norm) functie, welke de rechter of een andere rechtstoepasser op basis van het legaliteitsbeginsel verplicht (als bevel) om door middel van het toetsingskader van de open bestanddelen de wederzijdse verwachtingen te definiëren en de betamelijkheid van het handelen aan deze verwachting(en) (als norm) over en weer te toetsen. De invulling van een bestanddeel als ‘goede trouw’ zoals dit civielrechtelijk is in te vullen, vormt zich bijvoorbeeld binnen een interactieproces tussen participanten in het maatschappelijk verkeer. Binnen dat interactieproces worden regels gemaakt, die een invulling van ‘goede trouw’ kunnen geven.<sup>510</sup> Deze toets blijkt duidelijk uit de vereisten met betrekking tot zorgvuldigheid, proportionaliteit en subsidiariteit zoals bij verschillende bijzondere strafuitsluitingsgronden wordt vereist.<sup>511</sup>

Het is de vraag of de hierboven geschetste contextuele interpretatie die uit het open karakter van bepaalde bestanddelen voortvloeit in het licht van het legaliteitsbeginsel als bezwaarlijk is aan te merken. Dit is afhankelijk van hoe men het begrip rechtszekerheid, als component van het legaliteitsbeginsel, invult. Loth pleit, in het kader van de vraag naar de actuele betekenis van het rechtszekerheidsbeginsel, voor meer aandacht voor de toepassingscontext van de strafwet. ‘De norm is niet gelegen in de strafbepaling zonder meer, maar in de concretisering van die strafbepaling in een handlingscontext, of anders gezegd, in de wederzijdse gerechtvaardigde verwachtingen van burgers’.<sup>512</sup> Indien het model van de toepassingscontext gevolgd wordt ten aanzien van de open geformuleerde bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond zijn de objectiveringseis van de wetgever en de door de rechter geformuleerde criteria met betrekking tot subsidiari-

<sup>509</sup> Hildebrandt (2002), *a.w.*, p. 68.

<sup>510</sup> Glastra van Loon (1980), *a.w.*, p. 74-76.

<sup>511</sup> Vgl. de bijzondere strafuitsluitingsgronden van art. 273 Sr en de beledigingsdelicten.

<sup>512</sup> Loth (2000), *a.w.*, p. 91.

teit en proportionaliteit<sup>513</sup> beter te begrijpen. De waardering van de gedraging vindt hier plaats op basis van criteria welke aansluiten bij de omstandigheden van het geval. De beoordeling van de toepasselijkheid van de bijzondere strafuitsluitingsgrond is derhalve mede afhankelijk van datgene wat in de gegeven context als de juiste gedraging kan worden aangemerkt. Binnen die context zal aansluiting moeten worden gezocht met de bestaande normen van het maatschappelijk segment in casu, normen die bij de participanten van dat segment bekend mogen worden verondersteld.<sup>514</sup> Zoals Loth suggereert kan er een beroep op rechtsdwaling worden gedaan om oneffenheden te voorkomen. Indien er redenen zijn om aan te nemen dat de kennis van het desbetreffende normstelsel tekortschiet of niet juist is, dienen de feiten en omstandigheden vastgesteld en getoetst te worden alvorens een beroep op rechtsdwaling al dan niet gehonoreerd wordt.

Dat de rechtstoepasser zich onder omstandigheden genoodzaakt ziet die normen nader te (laten) omschrijven of in te vullen hoeft niet af te doen aan enige bezwaren met betrekking tot het legaliteitsbeginsel, nu deze nadere invulling of omschrijving plaatsvindt binnen een beroep op de toepasselijkheid van de bijzondere strafuitsluitingsgrond, een beroep dat is toegesneden op de feiten en omstandigheden van het geval, inclusief het in casu geldende normenstelsel. Het is de vraag of het bezwaarlijk is dat de open formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond de inzichtelijkheid van de gesloten geachte delictsomschrijving kan aantasten, hetgeen in strijd kan zijn met het legaliteitsbeginsel. Het antwoord hierop is te vinden in de wetgevingspraktijk; de wetgever kan eveneens in delictsomschrijvingen open formuleringen gebruiken. Een voorbeeld hiervan is te vinden in art. 328ter Sr, het bestanddeel 'in strijd met de goede trouw'. Dit bestanddeel dient contextueel, naar het relevante normenstelsel in casu, te worden ingevuld. Gekeken dient te worden of de gedraging in de context waarbinnen deze zich afspeelt ongebruikelijk is.<sup>515</sup> Het moge zo zijn dat ten aanzien van dit bestanddeel in een delictsomschrijving geconcludeerd kan worden dat dit op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel,<sup>516</sup> met betrekking tot het niet-opleggen van straf hoeft dit nog niet het geval te zijn.

Hier is te zien dat de wetgever er in voorkomende gevallen geen moeite mee heeft het relevante normenstelsel waarin de delictsomschrijving speelt mee te laten wegen bij het antwoord op de vraag of de strafwet van toepassing is. In de parlementaire stukken is het wat de wetgever betreft haast vanzelfsprekend dat er voor een bijzondere strafuitsluitingsgrond gekozen

<sup>513</sup> Vgl. criteria met betrekking tot de beoordeling of publicatie van informatie een onrechtmatige daad kan opleveren, zie de bespreking van art 273, tweede lid, Sr.

<sup>514</sup> Loth (2000), *a.w.*, p. 93-94.

<sup>515</sup> *Noyon-Langemeijer-Remmelink*, suppl. 98, aant. 4 bij art. 328ter Sr.

<sup>516</sup> De Roos (1987), *a.w.*, p. 139-142.

wordt in plaats van het opnemen van een of meer bestanddelen in de delictsomschrijving zelf, die de aard en de strekking van de bijzondere strafuitsluitingsgrond verwoorden. Dit heeft een wetgevingstechnische achtergrond: het inpassen van een of meer bestanddelen in een delictsomschrijving kan een dusdanige redactie van de delictsomschrijving teweeg brengen dat de formulering niet overzichtelijk en/of duidelijk meer is, waardoor interpretatieproblemen zouden kunnen ontstaan. Van een beperkte en scherp geformuleerde delictsomschrijving is in een dergelijk geval geen sprake meer. Daarentegen betreft de bijzondere strafuitsluitingsgrond niet de toepassing van een delictsomschrijving, maar de toepassing van een bepaling die strafoplegging in de weg staat, een bepaling ten voordele van de verdachte. De verschillende wettelijke algemene strafuitsluitingsgronden hebben een open redactie, waardoor deze in de concrete omstandigheden van het geval kunnen worden ingevuld. In ogenschouw dient te worden genomen dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen de keuze voor een bestanddeel en een strafuitsluitingsgrond. In het geval van een bestanddeel dient het openbaar ministerie het bestanddeel ten laste te leggen en bewijsmateriaal aan te dragen waardoor de rechter het bestanddeel al dan niet kan bewijzen of bewezen kan achten. Bij een strafuitsluitingsgrond is dit niet nodig, nu deze ‘slechts’ aannemelijk moet worden en bevrijdend werkt. De functie van een algemene of bijzondere strafuitsluitingsgrond, het strekken ten voordele van de verdachte (die zich erop beroept), is derhalve op het eerste gezicht een andere dan dat van een bestanddeel.

#### 4.4.3. Afsluiting

In bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn open formuleringen te vinden. Deze open formuleringen betreffen soms civielrechtelijke begrippen, en soms betreft het begrippen die naar de omstandigheden van het geval ingevuld moeten worden. Er zijn bezwaren tegen het gebruik van open geformuleerde bestanddelen in de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De bezwaren betreffen de onzekerheid die ontstaat omtrent het toepassingsbereik van de bijzondere strafuitsluitingsgrond en in het verlengde daarvan onzekerheid omtrent het bereik van de strafwet. Hier is tegen in te brengen dat een oordeel hieromtrent afhankelijk is van een standpunt omtrent de mate van rechtszekerheid die de strafwet zou moeten hebben. Hierboven is betoogd dat de min of meer open formulering van artikelen of bestanddelen van bijzondere strafuitsluitingsgronden in het licht van het legaliteitsbeginsel niet bezwaarlijk hoeft te zijn, vanwege de bevrijdende functie die de bijzondere strafuitsluitingsgrond vervult. Daarnaast sluit de bijzondere strafuitsluitingsgrond aan bij het relevante normstelsel in casu, geeft deze aan welke gedragingen rechtens toelaatbaar zijn en fungeert deze als richtlijn voor de rechtstoepasser. De functie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond met betrekking tot actualisering van de

strafwet wordt verwezenlijkt door twee mogelijkheden: open interpretatie van (bestanddelen van) de bepaling of via de in de volgende paragraaf te behandelen proceduralisering van rechtsgoederenbescherming.

## **4.5. Proceduralisering van rechtsgoederenbescherming**

### 4.5.1. Inleiding

In deze paragraaf worden bepaalde ‘gesloten’ bestanddelen in de bijzondere strafuitsluitingsgrond behandeld. Deze gesloten geformuleerde bijzondere strafuitsluitingsgronden blijken een bijzondere categorie te betreffen. Het gaat in de meeste gevallen om proceduralisering. Niet alle gesloten bestanddelen betreffen echter proceduralisering, zie bijvoorbeeld de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 151c, tweede lid, Sr. Deze categorie en in het bijzonder het gebruik ervan levert tegen de achtergrond van het legaliteitsbeginsel enkele vragen op die hieronder aan de orde komen. Wat onder proceduralisering wordt verstaan wordt in deze paragraaf uitgelegd. In het onderstaande wordt begonnen met enkele algemene opmerkingen over proceduralisering in het strafrecht (4.5.2.). Vervolgens wordt beschreven welke bijzondere strafuitsluitingsgronden in aanmerking komen om hier behandeld te worden en wordt van deze artikelleden de systematiek met de relevante bijzondere wet geschetst (4.5.3.). Ten slotte worden er enkele strafrechtsdogmatische kanten (4.5.4) en proceduralisering ten opzichte van het legaliteitsbeginsel belicht (4.5.5). Er bestaan eveneens gesloten geformuleerde bestanddelen die niet onder proceduralisering vallen.<sup>517</sup> Deze bestanddelen van bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn in het voorgaande hoofdstuk besproken. Hier ligt de nadruk op de bijzondere categorie bijzondere strafuitsluitingsgronden.

### 4.5.2. Algemene opmerkingen betreffende proceduralisering

Bij proceduralisering in het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht gaat het om de juridische formulering van vast te stellen omstandigheden die in een bijzondere wet nader worden geconcretiseerd of aangevuld. Deze omstandigheden bepalen of een bijzondere strafuitsluitingsgrond van toepassing is. Het verschil met de overige bijzondere strafuitsluitingsgronden is, dat de bepalingen die in deze categorie onder zijn te brengen verwijzingen naar bijzondere wetten bevatten. Het betreft hier de incorporatie in het strafrecht van een procedure waar de bijzondere strafuitsluitingsgrond ofwel aansluiting heeft bij, ofwel het sluitstuk vormt van een bijzondere wet. Het gaat hier, zoals gezegd, om een bijzondere vorm of een specifieke ca-

<sup>517</sup> Hierbij valt te denken aan bestanddelen van bijzondere strafuitsluitingsgronden als art. 192, tweede lid, Sr.

tegorie bijzondere strafuitsluitingsgronden. Dergelijke bijzondere strafuitsluitingsgronden beperken in voorkomende gevallen de strafbaarheid van het delict door bepaalde voorwaarden voor straffeloosheid te stellen die in een bijzondere wet nader worden geconcretiseerd. De grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid worden in deze gevallen aangegeven door de bestanddelen van deze bijzondere strafuitsluitingsgronden die verwijzen naar procedures, regelingen en definities die in een bijzondere wet, het juridisch kader, nader worden omschreven. Daarin ligt het verschil met de overige bijzondere strafuitsluitingsgronden. Die worden namelijk niet *expressis verbis* (nader) gereguleerd door een direct met de bijzondere strafuitsluitingsgrond verbonden wettelijke regeling. Om te toetsen of er sprake is van proceduralisering van rechtsgoederenbescherming zijn derhalve in de eerste plaats bijzondere wetgeving in formele zin en in de tweede plaats een daarbij aansluitende bijzondere strafuitsluitingsgrond als nuancering van strafbaarheid als criteria te noemen. Deze toetsstenen constitueren een formeel standpunt ten aanzien van deze vorm van juridisering: er is sprake van proceduralisering indien de wetgever zich uitgesproken heeft door middel van wetgeving en nadere regelgeving.

Door middel van proceduralisering worden in de eerste plaats afwegingen tussen individuele en maatschappelijke belangen op een juridische wijze mogelijk gemaakt en gekanaliseerd. In de tweede plaats biedt proceduralisering de mogelijkheid om verschillende maatschappelijke terreinen (medische wereld, jeugdhulpverlening) en de inzichten die daarin leven, ondanks de juridische controle die op die terreinen wordt uitgeoefend, in een wisselwerking met het juridische te stellen. Zo kunnen de stand van de medische wetenschap en de behoeften vanuit, bijvoorbeeld, de jeugdhulpverlening veranderingen in wet- en regelgeving teweeg brengen. Ook hier worden derhalve de verschillende semi-autonome sociale velden, de verschillende onderdelen van een maatschappij, in staat gesteld in communicatie te treden met de wetgever, waardoor de mogelijkheid wordt geschapen dat deze elkaar onderling beïnvloeden. Indien gekeken wordt naar de regelgeving, is het bijkomend voordeel van de verwijzing naar, bijvoorbeeld, een algemene maatregel van bestuur, dat deze sneller en eenvoudiger kan worden aangepast, bijvoorbeeld aan actuele ontwikkelingen of beleidsprioriteiten, dan een wet in formele zin.

Het inzicht dat er in het Wetboek van Strafrecht deels materieelrechtelijke, formele of andersoortige bepalingen te vinden zijn is niet nieuw. Zo heeft Nijboer, in het kader van een studie inzake de systematische grondslag van het Wetboek van Strafrecht, eerder gewezen op de aanwezigheid van dergelijke bepalingen in het Algemeen Deel van het Wetboek van Straf-

recht.<sup>518</sup> Ook Loth signaleerde eerder het verschijnsel van gelede strafbaarstelling, waarin een strafbaarstelling verspreid is over een aantal regelingen die een onderlinge samenhang hebben.<sup>519</sup> Proceduralisering als oplossing voor vraagstukken op verschillende levensbeschouwelijk terreinen is ook eerder ter sprake gebracht. Zo heeft Wöretshofer gesteld dat ten aanzien van levensbeschouwelijke vraagstukken die zich moeilijk voor compromissen lenen de wetgever kan trachten 'zich te beperken tot wetgeving, waarin de nadruk op procedurele aspecten wordt gelegd en materiële normen slechts uit de strekking van de regeling kunnen worden afgeleid'.<sup>520</sup> Daarnaast is er het bredere kader. Met een proceduralisering van rechtsgoederenbescherming is niet gezegd dat de keuze om dit juridische fenomeen in bepaalde gevallen, met name bij euthanasie en abortus, te hanteren niet waardeneutraal is. Het impliceert echter wel een politieke consensus op basis waarvan een min of meer waardeneutraal kader wordt geschapen waardoor mensen in staat worden gesteld een keuze te maken naar hun eigen inzicht. Het is het handelen naar dat inzicht dat mogelijk gemaakt en gereguleerd wordt.<sup>521</sup>

Een overweging om tot proceduralisering over te gaan kan eveneens gelegen zijn in een verandering van inzicht over de strafwaardigheid van een bepaald delict. Een dergelijke overweging kan, zoals eerder is gebleken, een van de overwegingen zijn om een bijzondere strafuitsluitingsgrond op te nemen. Veranderende inzichten over strafwaardigheid impliceren een verandering van de maatschappelijke norm waar de juridische norm niet aan voorbij kan gaan of, blijkend uit de jurisprudentiële rechtsontwikkeling, niet aan voorbij is gegaan. Het probleem dat bij verandering van maatschappelijke normen speelt is de juridisch-systematische betekenis van deze verandering, ofwel het inpassen van veranderende inzichten in het bestaande juridische stelsel. Ten tijde van de behandeling van de abortuswetgeving heeft de wetgever vastgesteld dat medische criteria en algemene strafuitsluitingsgronden op een zodanige wijze werden geïnterpreteerd dat het bereik van de delictomschrijving beperkt werd.<sup>522</sup> Met betrekking tot het euthanasievraagstuk is eenzelfde tendens gesignaleerd.<sup>523</sup> Of dergelijke ontwikkelingen positief te waarderen zijn, blijkt af te hangen van het uit-

<sup>518</sup> Nijboer, (1987), *a.w.*, met name p. 15-17, 32-42, 132 en 229 e.v.. Nijboer wijst op enkele artikelen in het Wetboek van Strafrecht, zoals bijvoorbeeld de artikelen 9a Sr en 14 Sr.

<sup>519</sup> Loth (2000), *a.w.*, p. 88.

<sup>520</sup> Wöretshofer (1992), *a.w.*, p. 307-314.

<sup>521</sup> Een voorbeeld hiervan biedt de euthanasiediscussie. Weyers beschrijft in haar dissertatie het verloop van deze discussie in vier fasen en de aanloop naar het politieke compromis. Het moreel beladen onderwerp is gaandeweg bespreekbaar en hanteerbaar geworden door middel van samenwerking en gematigdheid van opvattingen. H.A.M. Weijers, *Euthanasie: het proces van rechtsverandering*, diss. RUG, 2002, m.n. p. 354 e.v..

<sup>522</sup> *Kamerstukken II*, 1978-1979, 15 475, nrs. 1-4, p. 1 en 9-11.

<sup>523</sup> Kelk, (1997), *a.w.*, p. 619-627.

gangspunt dat gehuldigd wordt ten aanzien van de wijze waarop deze juridisch zouden moeten worden opgelost.<sup>524</sup> In een positieve of een negatieve waardering hebben beide invloed op de wijze waarop het imperatief van de delictomschrijving nader ingevuld wordt. De in de paragrafen 2.3 en 4.3 van het tweede respectievelijk vierde hoofdstuk van dit boek beschreven discussie omtrent rechtsvinding en de gebondenheid aan de strafwet kan derhalve ook op dit punt verder gevoerd worden. Maatschappelijke veranderingen dragen bij aan de ontwikkeling van het recht. De rechter kan een veranderd inzicht, of een geherformuleerde maatschappelijke norm, inpassen in het juridisch stelsel. De wetgever kan al dan niet reageren op veranderingen in juridische normen die het gevolg zijn van ontwikkelingen in de rechtspraak. Indien de wetgever daartoe termen aanwezig ziet, kan dit gebeuren door proceduralisering van rechtsgoederenbescherming. In dat geval behelst ook hier de bijzondere strafuitsluitingsgrond de binding van de rechtstoepasser aan het politieke compromis. Het politieke compromis, de resultante van een proces van meningsvorming en meningsuiting, bestaat in deze gevallen uit de vastgestelde bijzondere wet en de daarin vervatte juridische normen. Uit de taak van de rechter vloeit voort dat hij het door de wetgever versterkte systeem verder vormgeeft. Proceduralisering kan gezien worden als de strafrechtelijke pendant van de in het bestuursrecht gebruikte wetgevingstechniek van gelede of gespreide normstelling.

Toegegeven moet worden dat het systeem (een kaderwet, bevoegdheidsbepalingen, uitvoeringsregelingen, al dan niet met een nadere normstelling, verwijzing naar andere regelingen, derhalve een complex stelsel van geboden en/of verboden waar vaak nog een vergunnings- dan wel ontheffingsstelsel voor geldt) als zodanig verwantschap vertoont met deze bestuursrechtelijke figuren. Gelede normstelling betreft de figuur dat toepasselijke rechtsregels in combinaties van met elkaar samenhangende regelingen zijn te vinden. De juridische norm waar het om gaat wordt, op grond van een algemene regeling in een formele wet, in verschillende wettelijke regelingen door verschillende bestuursvormen nader vorm gegeven of uitgewerkt. De reden hiervoor is dat het, gezien de aard van bepaalde wet- en regelgeving, in veel gevallen ondoenlijk is om in de formele wet alle voor het beleid relevante aspecten te regelen of behandelen.<sup>525</sup> Kenmerkend hiervoor is dat voorschriften niet in een wet in formele zin zijn te vinden, doch op-

<sup>524</sup> Vgl. Albert R. Jonsen en Stephen Toulmin, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, University of California Press, Berkley, 1988, p. 306-332 e.v.

<sup>525</sup> Ofwel dat de normstelling in verschillende fasen plaatsvindt, vgl. de trits formele wet/ uitvoering door middel van algemene maatregel van bestuur/ verordening. J.B.J.M. ter Berge, *Besturen door de overheid*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1996 geeft als voorbeeld het volgende systeem: de Wet milieubeheer, het Besluit aanwijzing gevaarlijke afvalstoffen, Provinciale milieuverordening, inzamelvergunning gevaarlijke afvalstoffen. Vgl. P. de Haan e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Deel 1, Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, Kluwer, Deventer, vijfde druk, 2001, p. 279-280.

genomen zijn in bijvoorbeeld beschikkingen. De inhoud van de normstelling zelf is niet meer duidelijk in de wet terug te vinden. Buruma heeft in dit kader over de strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten gesteld dat de in het bestuursrecht gebruikte wetgevingstechniek ten aanzien van gelede normstelling - en daaruit voortvloeiend de bestuursafhankelijkheid van normen - tot gevolg heeft dat er achter een strafbepaling een stelsel van regelgeving en normstelling staat dat aansluit bij de strafbepaling.<sup>526</sup>

Er bestaat echter wel een verschil tussen enerzijds gelede normstelling als vorm van bestuursrechtelijke wet- en regelgeving en anderzijds bepalingen in een bijzondere wet waar een bijzondere strafuitsluitingsgrond aansluiting bij heeft, dan wel de voortzetting of het sluitstuk ervan vormt. In het geval van gelede normstelling kan geconstateerd worden dat de wetgever procedures verschaft om tot (nadere) materiële normstelling te komen op basis van beleidstechnische redenen zoals, bijvoorbeeld, in het kader van een decentralisatiestreven. De overwegingen van de wetgever om een bijzondere strafuitsluitingsgrond als aanvulling of sluitstuk van een bijzondere wet in het Wetboek van Strafrecht te incorporeren is niet in de eerste plaats gebaseerd op de ontwikkeling van juridische normen, doch op de wens van de wetgever de werking van een bestaande juridische norm te beperken door nadere bepaling van de omstandigheden die daarvoor door de verschillende bestanddelen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond zijn verwoord. Dat interpretatie van bepaalde bestanddelen een juridische norm nader vorm kan geven is een kwestie van rechtsvinding, niet van een op een bepaald moment door een wetgever gewenste juridische normstelling.

Eveneens kan hier gewezen worden op overwegingen om een verschijnsel beheersbaar te maken door het deels te decriminaliseren. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de opiumwetgeving en het drugsbeleid. In de Opiumwet (OW) is er sprake van een gedifferentieerd handhavingstelsel door middel van het onderscheid dat wordt gemaakt tussen harddrugs (Lijst I) en softdrugs (Lijst II). De verschillende lijsten verwijzen wel naar een verschil in strafwaardigheid, maar dat is iets anders dan een delictsgebonden nuancering van strafbaarheid. Daarnaast is, door middel van de vaststelling van vervolgingsrichtlijnen en lokaal beleid<sup>527</sup> gebaseerd op verschillende maat-

<sup>526</sup> Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, diss. RUL, Gouda Quint, Arhem, 1995, p. 96-116. Zie eveneens H.D. Stout, *De betekenissen van de wet. Theoretische beschouwingen over het principe van wetmatigheid van bestuur*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1994, p. 81.

<sup>527</sup> Aanwijzing Opiumwet, *Stcrt.* 27 december 2000, nr. 250, p. 26. Vgl. de AHOJG-criteria (geen grootschalige reclame, geen handel in harddrugs, geen overlast in de buurt, geen verkoop aan en toegang van jeugdigen in de coffeeshop en geen verkoop van hoeveelheden softdrugs groter dan vijf gram) die functioneren als richtlijn voor het al dan niet gedogen van coffeeshops en op basis waarvan bepaald wordt of tegen een coffeeshop strafrechtelijk opgetreden wordt. Vgl. art 13b, eerste lid, OW, de begrensde bevoegdheid van de burgemeester



schappelijke ontwikkelingen<sup>528</sup> een vorm van decriminalisering ten aanzien van softdrugs ontwikkeld waarbij de strafrechtelijke handhaving zich beperkt tot optreden tegen overtredingen van bepalingen die de strekking en de grenzen van dit gedoogbeleid aangeven, overlast en criminaliteit. Uitgangspunt blijft een integrale aanpak op basis van een combinatie van medische zorg, resocialisatie en preventie. Ook dergelijke nuanceringen van de strafbaarheid zijn niet als proceduralisering te zien, daar de wetgever zich er niet over heeft uitgesproken.<sup>529</sup>

Proceduralisering van rechtsgoederenbescherming zit dicht aan tegen twee andere juridische fenomenen: de vervolgingsrichtlijnen van het openbaar ministerie en wetsverwijzingen. Met betrekking tot de vervolgingsrichtlijnen van het openbaar ministerie geldt dat er weinig tot geen verschil is tussen procedures die vervat zijn in een bijzondere strafuitsluitingsgrond en de vervolgingsrichtlijnen. In beide gevallen worden op basis van een inzicht omtrent strafwaardig gedrag feiten en omstandigheden gesteld die de norm als zodanig nader definiëren. Hier wordt in paragraaf 4.7.3 op teruggeko- men. Het moge duidelijk zijn dat proceduralisering een ideale vorm van de bijzondere strafuitsluitingsgrond is. De wetgever houdt zijn hand vrij om materiële wijzigingen op een gemakkelijke manier in het strafrecht te laten doorklinken.

#### 4.5.3. Voorbeelden van proceduralisering in het Bijzonder deel van het WvSr

De verschillende bijzondere strafuitsluitingsgronden die in deze paragraaf beschreven worden zijn die van de artikelen 139a-c Sr, art. 280 Sr, art. 293 Sr en art. 296 Sr. Nu in het vorige hoofdstuk aandacht is besteed aan de

bestuursdwang toe te passen indien in voor het publiek toegankelijke lokalen en daarbij behorende erven een middel ex art. 2 of 3 OW wordt verkocht, afgeleverd of verstrekt, of daartoe aanwezig is. Dit instrument ter bestuurlijke handhaving van het gemeentelijke drugsbeleid strekt ertoe negatieve effecten van de aanwezigheid van coffeeshops en de daarin plaatsvindende activiteiten te kunnen reguleren.

<sup>528</sup> T. Blom, *Drugs in het recht, het recht onder druk. Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtelijke handhaving van de Opiumwet, de daarbij gehanteerde opsporingsmethoden en het recht op privacy van burgers. Deel 1, Ontwikkeling van de strafrechtelijke handhaving*, Diss. EUR, SI/Gouda Quint, 1998, p. 29-98.

<sup>529</sup> In de Opiumwet zijn voorbeelden van proceduralisering te vinden: het ontheffingsstelsel van de artikelen 8 tot en met 8i OW en de artikelen 3a jis. 6 en 7 OW. Met name het ontheffingsstelsel is exemplarisch voor proceduralisering. Vgl. de Wet van 13 juli 2002 tot wijziging van de Opiumwet, *Stb.* 2002, 520, waarmee o.a. het eerdere verlofstelsel van de Opiumwet werd veranderd in een ontheffingsstelsel. Een ander voorbeeld van proceduralisering is te vinden in het Vuurwerkbesluit. Vgl. art. 1.2.2, tweede lid, Vuurwerkbesluit in verband met de in art. art. 24, derde lid van de Wet milieugevaarlijke stoffen gestelde regels en 1.3.1., derde lid, 2.1.2, tweede lid en 2.1.3., vijfde lid Vuurwerkbesluit m.b.t. consumentenvuurwerk. In beide gevallen is de verbodsbepaling afhankelijk van een voorbehoud, dat bestanddeel is gemaakt van de verbodsbepaling.

strekking van deze bepalingen, wordt in deze descriptieve paragraaf nader ingegaan op de samenhang met de bijzondere wetten waarop deze strafuitsluitingsgronden betrokken zijn.

*Art. 139a, derde lid, sub 3, jis. art. 139b, tweede lid en art. 139, derde lid, sub 3, Sr*

Zoals in paragraaf 3.3.2.3. van het derde hoofdstuk van dit boek gesteld betreffen de delictsomschrijvingen van de artikelen 139a-c Sr de bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het gebruik van afluister- en opnameapparatuur en schending van het telefoon- en telegraafgeheim. Ten behoeve van de staatsveiligheid en de opsporing van strafbare feiten kan dit worden beperkt.<sup>530</sup> Art. 139a, derde lid, sub 3, Sr bepaalt dat de delictsomschrijving van art. 139a, eerste en tweede lid, Sr niet van toepassing is indien er sprake is van een Ministeriële last tot afluisteren als bedoeld in de WIV 2002, in gevallen waarin zulks nodig is. De bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 139b Sr bepaalt dat op de delictsomschrijving van het eerste lid van art. 139a, derde lid, sub 1 en 3 van overeenkomstige toepassing is. Op het tweede lid van artikel 139b Sr wordt in dezelfde bijzondere strafuitsluitingsgrond art. 139c, tweede lid, Sr van overeenkomstige toepassing verklaart. In art. 139c, tweede lid, sub 3, Sr worden eveneens de hieronder te beschrijven procedure en de samenhang met de WIV 2002 als omstandigheden voor straffeloosheid gesteld. Art. 139c, derde lid, sub 3, Sr, noemt ook de strafvordering als grond voor straffeloosheid. Zoals eerder opgemerkt wordt hiermee gedoeld op de verschillende mogelijkheden tot afluisteren, bijvoorbeeld door middel van een telefoontap, zoals geregeld in het Wetboek van Strafvordering en de aldaar beschreven procedure(s). De Ministeriële last heeft, zoals gezegd, lang gefunctioneerd als bevoegdheidsverlenende bepaling.<sup>531</sup> Gedurende de vaststelling van de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 wordt niet gesproken van een regeling van inlichtingenmiddelen, doch van bijzondere bevoegdheden. Dit wordt verklaard door te wijzen op de aanpassing van de taken en bevoegdheden van de verschillende veiligheidsdiensten en de naamswijziging van deze diensten om die taken duidelijker tot uitdrukking te kunnen brengen. Eerdergenoemde bevoegdheden konden enkel door de Binnenlandse Veiligheidsdienst worden uitgeoefend. Gedurende de voorbereiding van de WIV 2002 is de vraag opgeworpen of er situaties zouden kunnen zijn die het kunnen rechtvaardigen dat alle inlichtingendiensten over dergelijke be-

<sup>530</sup> Art. 13, tweede lid, Grondwet.

<sup>531</sup> Vgl. *Kamerstukken II*, 1997-1998, 25 877, nr. 3, p. 40-41, waar na een korte bespreking van art. 139a, derde lid, aanhef en onder a, art 139b, derde lid en art. 139c, tweede lid, aanhef en onder 3de, Sr geconstateerd wordt dat 'de (...) geschetste bevoegdheden zijn niet uitdrukkelijk als zodanig (in positieve zin) doch in de vorm van strafuitsluitingsgronden (in negatieve zin) geformuleerd. Het onderhavige wetsvoorstel brengt daar verandering in'.

voegdheden zouden moeten kunnen beschikken. Ondanks het hanteren van dezelfde methoden en technieken, wordt er gewezen op het wezenlijke verschil tussen opsporingsinstanties en inlichtingen- en veiligheidsdiensten: kenmerkend voor de taak van deze diensten is dat deze een geheim karakter heeft, waaruit voortvloeit dat de regulering van de taakuitoefening van deze diensten, ook met betrekking tot de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden, ‘aan inherente beperkingen onderworpen is’.<sup>532</sup>

Een bijzondere bevoegdheid als de bevoegdheid van art. 25 WIV 2002 mag slechts worden aangewend voor zover dat nodig is voor de goede uitvoering van de taken ex art. 6, tweede lid, onder a en d (wat betreft de Algemene Inlichtingen- en veiligheidsdienst (AIVD) en de taken als bedoeld in art. 7, tweede lid onder a,c en e (wat betreft de Militaire Inlichtingen en Veiligheidsdienst (MIVD)).<sup>533</sup> De voorheen bestaande procedure van de gezamenlijke ondertekening van een last door de Minister-president en enkele Ministers is vervangen door de ondertekening door de betrokken Minister. Ex art. 1 sub c, WIV 2002 is de betrokken Minister ten aanzien van de AIVD de Minister van Binnenlandse zaken. Ten aanzien van de MIVD is de betrokken Minister de Minister van Defensie. Ook functioneren de strafuitsluitingsgronden niet meer als bevoegdheidsverlenende bepaling nu art. 25, eerste lid, WIV 2002 onder meer stelt dat de AIVD en de MIVD<sup>534</sup> bevoegd zijn tot het met een technisch hulpmiddel gericht aftappen, opnemen en af luisteren van elke vorm van gesprek, telecommunicatie of gegevensoverdracht door middel van een geautomatiseerd werk, ongeacht waar een en ander plaats zal vinden.<sup>535</sup>

Blijkens art. 25, tweede lid, WIV 2002 mag deze bevoegdheid slechts worden uitgeoefend indien door een betrokken Minister daarvoor op een daartoe strekkend verzoek toestemming is verleend aan het hoofd van

<sup>532</sup> Voorts spelen het rapport en de aanbevelingen van de parlementaire enquêtecommissie bijzondere opsporingsmethoden (Commissie-Van Traa) mee. *Kamerstukken II*, 1997-1998, 25 877, nr. 3, p. 3-4. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 25 877, nr. 72, p. 3, waarin gesteld wordt dat het wetsvoorstel een normatief kader bevat waarin eisen van proportionaliteit en subsidiariteit zijn vastgelegd.

<sup>533</sup> Met betrekking tot de AIVD betreft het het verrichten van onderzoek met betrekking tot organisaties en personen die door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat en het verrichten van onderzoek betreffende landen ten aanzien van onderwerpen die door de Minister-President, in overeenstemming met de betrokken Ministers zijn aangewezen. De hier relevante taken van de MIVD betreffen ofwel eveneens het verrichten van onderzoek in andere landen, ofwel veiligheidsonderzoeken, ofwel onderzoek ter informatievoorziening van de krijgsmacht op verschillende gebieden zoals bijvoorbeeld het onderzoek naar factoren welke van invloed (kunnen) zijn op de handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde voor zover de krijgsmacht daarbij is betrokken of betrokken kan worden.

<sup>534</sup> Vgl. artt. 6 en 7 WIV 2002 voor instelling en taakomschrijvingen van deze diensten.

<sup>535</sup> *Kamerstukken II*, 2000-2001, 25 877, nr. 72, p. 4-5.

de dienst. De uitoefening van de bevoegdheid door de AIVD en de MIVD met betrekking tot gesprekken, telecommunicatie of gegevensoverdracht door middel van een geautomatiseerd werk, voor zover deze niet plaatsvindt op of met plaatsen in gebruik van het Ministerie van Defensie, is uitsluitend toegestaan indien de toestemming daartoe is verleend in overeenstemming met de Minister van Binnenlandse Zaken. Het verzoek van het hoofd van de dienst om toestemming dient een aanduiding van de bevoegdheid die de dienst wenst uit te oefenen te bevatten en, indien en voor zover van toepassing, het nummer bedoeld in art. 1 onder bb van de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen.<sup>536</sup> Hiernaast bevat het verzoek de reden waarom de toestemming tot uitoefening van de bevoegdheid wordt verlangd en de gegevens betreffende de identiteit van de persoon of de hoedanigheid van de organisatie ten aanzien van wie onderscheidenlijk waarvan de desbetreffende bevoegdheid wordt verlangd. Indien de identiteitsgegevens bij het verzoek om toestemming nog niet bekend zijn, dient de toestemming slechts te worden verleend onder de voorwaarde dat de desbetreffende gegevens zo spoedig mogelijk worden aangevuld.<sup>537</sup>

De artikelen 27 en 28 WIV 2002 constitueren de bevoegdheid zich te wenden tot aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en –diensten in de zin van de Telecommunicatiewet met het verzoek verschillende soorten gegevens te verstrekken. Art. 27 WIV 2002 betreft de gegevens ter zake van al het verkeer dat over een openbaar telecommunicatienetwerk of met gebruikmaking van openbare telecommunicatiediensten heeft plaatsgevonden of plaatsvindt ten aanzien van een in het verzoek aangegeven nummer of ten aanzien van een aan een persoon of organisatie toebehorend nummer. Op basis van art. 28 WIV 2002 mogen de diensten zich tot aanbieders wenden om gegevens te verkrijgen met betrekking tot de naam en de geregistreerde woon- of verblijfplaats van de persoon of de vestigingsplaats van de organisatie waaraan het in het verzoek aangegeven nummer toebehoort en/of het nummer als bedoeld in de Telecommunicatiewet en de geregistreerde woon- of verblijfplaats van de in het verzoek aangegeven persoon of organisatie. Zie art. 26 WIV 2002 waarin de diensten de bevoegdheid wordt verstrekt om met een technisch hulpmiddel niet-kabelgebonden telecommunicatie ongericht te ontvangen en op te nemen.

Overigens moet hier ook gewezen worden op art. 19, eerste lid, WIV 2002. In de memorie van toelichting van de wet wordt gesteld dat het praktisch onwerkbaar zou zijn indien de betrokken Minister altijd de beslissing in concrete gevallen zou moeten nemen.<sup>538</sup> De Minister kan de bevoegdheid

<sup>536</sup> Wet van 26 oktober 1988, *Stb.* 520, houdende regels met betrekking tot voorzieningen voor telecommunicatie, zoals deze laatstelijk is gewijzigd via *Stb.* 2004, 308.

<sup>537</sup> Art. 25, zesde lid, WIV 2002.

<sup>538</sup> *Kamerstukken II*, 1997-1998, 25 877, nr. 3, p. 26.

om toestemming te verlenen derhalve mandateren aan het hoofd van de dienst, die, blijkens art. 19, tweede lid, WIV 2002, deze bevoegdheid kan submandateren aan een ondergeschikte die vervolgens per concreet geval kan bezien of de inzet van één of meer bijzondere bevoegdheden geëigend is. Artikel 10.1.1. van de Algemene wet bestuursrecht is van toepassing. De betrokken Minister kan de gemandateerde in het algemeen of in concreto instructies geven met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheid en blijft verantwoordelijk.

*Art. 280, tweede en derde lid, Sr*

Uit het in paragraaf 3.3.2.7. beschrevene is te concluderen dat door middel van deze strafuitsluitingsgrond de nuancering van de strafrechtelijke norm werd gekoppeld aan verschillende vormen van jeugdhulpverlening. De strafuitsluitingsgrond van art. 280, tweede lid, Sr verwijst naar de positie, de taken en het handelen van de raad voor de kinderbescherming en eventuele hulpverleners. Voor de toepasselijkheid van de strafuitsluitingsgrond van art. 280, tweede lid, sub a, Sr dient in de eerste plaats de raad voor de kinderbescherming op de hoogte gesteld te worden van de verblijfplaats van de minderjarige. Op deze wijze wordt de raad in staat gesteld haar verschillende taken en bevoegdheden ten aanzien van de minderjarige uit te oefenen.

Een tweede vereiste voor de toepassing van de bijzondere strafuitsluitingsgrond is de expliciete verwijzing in art. 280, tweede lid, sub b, Sr naar de Wet op de jeugdhulpverlening (hierna: Wjhv). Art. 25, eerste lid, Wjhv betreft zogenaamde secundaire hulpverlening van een van de verschillende types genoemd in artikel 1, tweede lid, onder (a), (b) of (c). Wjhv. Type (a) betreft de pleegzorg, te weten hulpverlening bestaande uit het bieden van het opnemings in een pleeggezin en de daarmee verband houdende begeleiding van pleegkinderen, pleegouders, ouders en stiefouders, type (b) is de residentiële hulpverlening, de hulpverlening waarbij een jeugdige wordt opgenomen in een tehuis waarin dag en nacht hulp wordt geboden en type (c), de semi-residentiële hulpverlening, hulpverlening waarbij een jeugdige regelmatig gedurende een deel van een etmaal in een daartoe bestemde inrichting verblijft. Indien er sprake is van dergelijke hulpverlening, is voldaan aan de vereiste vorm. Art. 26 Wjhv bepaalt dat art. 25 Wjhv niet van toepassing is, indien het hulpverlening aan een jeugdige betreft ten aanzien van wie a) art. 262 of art. 263 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek is toegepast of b) recht is gedaan overeenkomstig titel VIII A van het eerste boek van het Wetboek van Strafrecht. Art. 1:262 BW betreft de door de kinderrechter te bepalen duur van een machtiging tot uithuisplaatsing, de eventuele verlenging daarvan en het vervallen van de machtiging. Art. 1:263 BW regelt het beëindigen en de wijziging van een uithuisplaatsing

door de gezinsvoogdij-instelling, al dan niet op verzoek van de met het gezag belaste ouder, een ander die een minderjarige als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt en een minderjarige van twaalf jaar of ouder. Titel VIII A Boek 1 Sr betreft de bijzondere bepalingen voor jeugdige personen, waar het materiële jeugdstrafrecht wordt geregeld. Art. 26, tweede lid en derde lid Wjvh zijn termijnbepalingen. Van de aanvang van de hulpverlening dient, indien deze niet plaatsvond door tussenkomst van een plaatsende instantie, zo spoedig mogelijk onder opgave van redenen mededeling te worden gedaan aan een plaatsende instantie.

In art. 280, tweede lid, sub c, Sr wordt als laatste grond voor het niet van toepassing zijn van de delictsomschrijving het handelen in het kader van zorgvuldige hulpverlening genoemd. Zoals eerder vermeld laat deze bepaling een hulpverlener de keuze te melden aan ofwel de ouders van de minderjarige ofwel de raad voor de kindbescherming. Het derde lid van art. 280 Sr is op te vatten als een concretiserend bestanddeel. Het handelen in het kader van zorgvuldige hulpverlening wordt nader, doch niet uitputtend, geconcretiseerd door de bepaling dat een onverwijld melding dat hulp wordt verleend en de onverwijld bekendmaking van de identiteit van de hulpverlener alsmede zijn plaats van verblijf of vestiging aan degene die het gezag over de minderjarige uitoefent, bestanddelen zijn van ‘zorgvuldige hulpverlening’.

*Art. 293, tweede lid, Sr*

Zoals eerder beschreven is dit artikellid te beschouwen als de codificatie van de jurisprudentiële criteria waarin levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding zijn aanvaard.<sup>539</sup> De arts aan wie een verzoek tot levensbeëindiging of hulp bij zelfdoding is gedaan dient bij zijn beslissing de zorgvuldigheidseisen van art. 2, eerste lid, WTL toe te passen. Deze eisen gelden cumulatief.

De arts dient in de eerste plaats de overtuiging te hebben gekregen dat er sprake was van een vrijwillig, weloverwogen en duurzaam verzoek van de patiënt, alsmede dat er sprake was van uitzichtloos en ondraaglijk lijden van de patiënt.<sup>540</sup> Dit zijn medische criteria waarvan de invulling afhangt van de concrete omstandigheden van het individuele geval.<sup>541</sup> Blijkens de memorie van toelichting is een verzoek vrijwillig indien dit verzoek zonder druk of invloed van anderen op de patiënt is geuit; deze dient in staat te zijn geweest zijn wil volledig vrij te bepalen. Twijfel hieromtrent is een reden

<sup>539</sup> Onderdelen van deze en volgende paragraaf eveneens in Bogert (2000), *a.w.*, p. 102-111.

<sup>540</sup> *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 9, p. 29-30.

<sup>541</sup> *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 9, p. 59-60, T.M. Schalken, ‘Privatisering van de dood?’, *Delikt en Delinkwent* 31 (2001), afl. 9, p. 914.

tot nader onderzoek, te verrichten door de arts.<sup>542</sup> Het verzoek wordt bij voorkeur schriftelijk vastgelegd. Deze schriftelijke wilsverklaring is een hulpmiddel bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een gerechtvaardigd verzoek om levensbeëindiging, doch ontslaat een arts niet van de verplichting om ook los daarvan na te gaan of er sprake is van een vrijwillig en weloverwogen verzoek. De memorie van toelichting stelt dat voor de weloverwogenheid van het verzoek vereist is, dat de patiënt volledig inzicht had in de ziekte, in de gestelde diagnoses, prognoses en in de behandelingsmogelijkheden. De arts dient de patiënt te hebben voorgelicht over de situatie waarin deze zich bevond en over diens vooruitzichten en hij moet met de patiënt tot de overtuiging zijn gekomen dat er voor de situatie waarin deze zich bevond geen redelijke oplossing was, bijvoorbeeld alternatieve behandelingsmodaliteiten en/of palliatieve zorg.<sup>543</sup> Uit deze eis blijkt de wenselijkheid van interactie tussen arts en patiënt; er dient sprake te zijn van een gezamenlijke besluitvorming waarbinnen vervolgens vastgesteld wordt dat de levensbeëindiging of de hulp bij zelfdoding 'de enig overgebleven oplossing' is. Daarna dient door de arts ten minste één andere en onafhankelijke arts - ex art. 1 WTL, de consulent - te zijn geraadpleegd, die de patiënt heeft gezien en zich een oordeel heeft gevormd over de eerdergenoemde zorgvuldigheidseisen. Zo dient hij zich uit te spreken over de uitzichtloosheid en de ondraaglijkheid van het lijden van de patiënt waarbij aandacht aan eventuele lijdensverlichtende mogelijkheden dient te worden gegeven. Voorts moet de consulent een oordeel geven over de uitdrukkelijkheid en de weloverwogenheid van het gedane verzoek. Ten slotte dient de arts de levensbeëindiging medisch zorgvuldig te hebben uitgevoerd. Hiermee wordt bedoeld op een medisch-technische correcte toediening van de juiste middelen door de arts zelf. De handeling mag niet aan verpleegsters of omstanders worden gelaten. De arts wordt geacht zelf aanwezig te zijn of in de nabije omgeving beschikbaar te zijn totdat de patiënt het leven heeft gelaten.

Aan deze eisen dient cumulatief te worden voldaan. Indien een levensbeëindigende handeling of hulp bij zelfdoding plaats heeft plaatsgevonden, dient daarvan melding gemaakt te worden bij de lijkschouwer. De arts is verplicht om, indien een overlijden het gevolg was van levensbeëindiging op verzoek of hulp bij zelfdoding, geen verklaring van overlijden<sup>544</sup> af te geven, maar, op grond van art. 7, tweede lid, Wet op de lijkbezorging, de oorzaak van het overlijden onverwijld en door middel van de invulling van een formulier kenbaar te maken aan de gemeentelijke lijkschouwer. Bij deze mededeling dient een beredeneerd verslag gevoegd te worden inzake

<sup>542</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 691, nr 3, p. 2-3.

<sup>543</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 691, nr. 3, p. 9.

<sup>544</sup> Ex art. 7, eerste lid, Wet op de lijkbezorging geeft degene die de schouwing heeft verricht een overlijdensverklaring af als hij overtuigd is dat de dood het gevolg is van een natuurlijke oorzaak.

de inachtneming van de zorgvuldigheidseisen zoals geformuleerd in art. 2, eerste lid, WTL. Het niet-nakomen van deze verplichting is blijkens de artikelen 81, sub 1 en art. 82 Wet op de lijkbezorging een overtreding. Blijkens art. 10, tweede lid, Wet op de lijkbezorging, dient de lijkschouwer, wanneer er sprake is van een mededeling als bedoeld in art. 7, tweede lid, WTL, door invulling van een formulier verslag uit brengen aan de toetsingscommissie en zendt hij het beredeneerde verslag als bedoeld in art. 7, tweede lid, WTL, mee. Op basis van dit verslag beoordeelt de regionale commissie of de arts heeft gehandeld conform de zorgvuldigheidseisen ex art. 2 WTL.

De arts kan door de commissie verzocht worden zijn verslag schriftelijk of mondeling aan te vullen indien dit voor een goede beoordeling van het handelen van de arts noodzakelijk is. De commissie kan daarnaast bij de gemeentelijke lijkschouwer, de consulent of de betrokken hulpverleners inlichtingen inwinnen. De commissie dient binnen zes weken (deze termijn kan eenmalig met ten hoogste zes weken worden verlengd, art. 9, derde lid, WTL) na ontvangst van het verslag ex art. 8, eerste lid, WTL haar gemotiveerde oordeel schriftelijk ter kennis van de arts te brengen. Blijkens art. 9, vierde lid, WTL is de commissie bevoegd het door haar gegeven oordeel - waartegen geen beroep kan worden ingesteld - mondeling tegenover de arts nader toe te lichten. Tevens brengt de commissie haar oordeel ter kennis van het College van procureurs-generaal van het openbaar ministerie en de regionaal inspecteur voor de gezondheidszorg als de arts naar het oordeel van de commissie niet overeenkomstig de zorgvuldigheidseisen van art. 2 WTL heeft gehandeld of als zich de situatie voordoet van art. 12, laatste volzin van de Wet op de lijkbezorging. Het College en de regionaal inspecteur moeten naar eigen taak en verantwoordelijkheid na bestudering van de stukken beslissen 'of en zo ja welk gevolg aan het handelen van de arts moet worden gegeven'. Een negatief oordeel van de toetsingscommissie heeft tot gevolg dat het openbaar ministerie kan vervolgen. Een positief oordeel van de toetsingscommissie heeft tot gevolg dat, indien er geen onregelmatigheden worden geconstateerd, de arts gevrijwaard is van strafvorderlijke acties. De Raad van State stond een stelsel voor waarin het openbaar ministerie kennis zou krijgen van euthanasiezaken ongeacht het (voor de arts) positieve oordeel van de toetsingscommissie. De regering wees er echter op dat indien het openbaar ministerie op een andere wijze in aanraking zou komen met een euthanasiezaak dan door het negatieve advies van een toetsingscommissie, bijvoorbeeld door een tip/melding van een lijkschouwer, het oordeel van de toetsingscommissie anders is te zien door een onderscheid te maken tussen eindoordelen en, bij geconstateerde onregelmatigheden, voorlopige oordelen.<sup>545</sup>

<sup>545</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 691, A, p. 2, *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 24, p. 10.



Met betrekking tot de situatie van art. 10, eerste lid, Wet op de lijkbezorging het volgende. In dat artikellid wordt bepaald dat indien de gemeentelijk lijkschouwer op basis van een door hem geconstateerde onregelmatigheid meent niet tot afgifte van een verklaring van overlijden te kunnen overgaan, hij door middel van het invullen van een formulier onverwijld verslag doet aan de officier van justitie en onverwijld de ambtenaar van de burgerlijke stand op de hoogte stelt. Op basis van de Wet op de Lijkbezorging moet, indien er sprake is van een niet-natuurlijke dood, een verklaring van geen bezwaar tegen begraven of cremen worden verkregen van de officier van justitie. Indien de officier van justitie naar aanleiding van een melding van de gemeentelijke lijkschouwer of een aangifte van een derde, waaruit een redelijk vermoeden van schuld aan (ernstige) onregelmatigheden rijst, meent niet tot afgifte van de benodigde verklaring van geen bezwaar tegen begraving of verbranding te kunnen overgaan, dient de commissie haar beslissing zowel aan het College van procureurs-generaal van het openbaar ministerie als aan de geneeskundig inspecteur van de gezondheidszorg te zenden.<sup>546</sup> In beide gevallen staat nog niet vast of de arts ook daadwerkelijk vervolgd zal worden. Zo kan het openbaar ministerie op basis van het dossier en eventueel nader onderzoek tot het inzicht komen dat er sprake is van de toepasselijkheid van een algemene strafuitsluitingsgrond en de zaak seponeren.

*Art. 296, vijfde lid, Sr*

De WAZ voorziet in een stelsel waarin de ziekenhuizen en klinieken worden gedefinieerd, waar en tot welk tijdstip gedurende de zwangerschap abortus mag worden verricht, een daaraan gekoppeld vergunningstelsel,<sup>547</sup> procedures betreffende bedenktijd, besluitvorming en gegevensregistratie, een vorm van toezicht<sup>548</sup> en hulpverlening.<sup>549</sup> De algemene voorschriften met betrekking tot het afbreken van zwangerschappen zijn te vinden in de artikelen 2 tot en met 8 van dit Besluit. Aandacht is er onder meer voor de beschikbaarheid van psychologische hulp; gesprekken tussen de vrouw en de arts om tot zorgvuldige besluitvorming te komen; onderlinge samenwerking tussen artsen en deskundigen en het toezicht van de geneesheer-

<sup>546</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 691, nr. 3, p. 14. De gemeentelijke lijkschouwer kan niet zelfstandig beslissen aan wie het verslag wordt gezonden. *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 24, p. 7.

<sup>547</sup> Art. 2 WAZ. Vgl. art. 4, eerste lid jjs. 6 en 7 WAZ betreffende de aanvraag van de vergunning en de beslissing daarop, de verschillende criteria waaraan voldaan moet zijn om de aanvraag te honoreren en de bevoegdheid van de Minister om aan een vergunning aanvullende voorschriften te verbinden of deze voorschriften te wijzigen, aan te vullen of in te trekken.

<sup>548</sup> Resp. art. 3, eerste lid jo. art. 5 WAZ. Vgl. art. 11, zesde lid jo. art. 12 WAZ.

<sup>549</sup> Zie hiervoor het Besluit van 17 mei 1984, *Stb.* 1984, 218 houdende vaststelling van een algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van de Wet afbreking zwangerschap (besluit afbreking zwangerschap), gewijzigd bij besluit van 28 mei 1998, *Stb.* 1998, 340.

directeur op de juiste uitvoering daarvan. Art. 5 WAZ bepaalt dat hieromtrent bij algemene maatregel van bestuur eisen worden gesteld. Het tweede lid van dat artikel concretiseert de strekking van deze eisen, namelijk voorlichting, vrijwilligheid, een verantwoorde behandeling en nazorg. De wet voorziet eveneens in strafrechtelijke handhaving van schending van deze verplichtingen in de artikelen 15 tot en met 19 WAZ.<sup>550</sup> Ex art. 19 WAZ zijn de in de artikelen 15, 16, eerste en derde lid, 17 en 18 WAZ strafbaar gestelde feiten overtredingen. Art. 15 WAZ betreft de strafbaarstelling van de arts die een behandeling, gericht op het afbreken van een zwangerschap, verricht in een kliniek, tenzij het een kliniek betreft ten aanzien waarvan aan art. 6, tweede lid, is voldaan terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat de zwangerschap langer dan 13 weken heeft geduurd. Art. 16, eerste lid, WAZ betreft het verbreken van een zwangerschap op een eerder tijdstip dan in art. 3 voorgeschreven. Art. 3 WAZ bevat verschillende minimumtermijnen met betrekking tot het daadwerkelijk afbreken van zwangerschap en de verplichting van de arts om mededeling(en) van zijn bevindingen te doen. Art. 16, tweede lid, WAZ behelst een bijzondere strafuitsluitingsgrond inhoudende dat het feit van het eerste lid niet strafbaar is indien de geneeskundige de zwangerschapsafbrekende behandeling op een eerder tijdstip heeft verricht om daarmee een dreigend gevaar voor het leven of de gezondheid van de vrouw af te wenden. Art. 16, derde lid, WAZ stelt het niet op het juiste tijdstip nakomen van de verplichting tot mededeling ex art. 3 WAZ strafbaar; deze mededeling betreft de beslissing omtrent de verwijzing naar een ziekenhuis of kliniek waar de zwangerschapsafbrekende handeling zal worden verricht. Art. 17 WAZ behelst de strafbaarstelling van het ziekenhuis of de kliniek waar behandelingen, gericht op het afbreken van zwangerschap, worden verricht in strijd met art. 2 (waarin gesteld is dat een zwangerschapsafbrekende behandeling slechts in een ziekenhuis of kliniek met een vergunning mag worden verricht) dan wel in strijd met het in art. 10, eerste lid, bedoelde bevel van de Minister hangende een onderzoek betreffende het intrekken van de vergunning ex art. 8 WAZ.

Nu ex art. 2 WAZ zwangerschapsafbrekende handelingen slechts mogen worden verricht door een arts in een ziekenhuis of kliniek, waaraan door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport een vergunning tot het verrichten van dergelijke behandelingen is verleend, kunnen er situaties ontstaan die de bijzondere strafuitsluitingsgrond raken. Men denke hierbij aan het stelsel van de artikelen 8 en 10 WAZ. Art. 8 WAZ stelt dat de Minister de vergunning kan intrekken indien er ofwel onjuiste gegevens zijn verstrekt die hebben geleid tot het verlenen van de vergunning, ofwel de wettelijke voorschriften of de voorschriften die aan de vergunning verbou-

<sup>550</sup> *Kamerstukken I*, 1980-1981, 15 475, nr. 59d, p. 6.

den zijn, zijn overtreden. De benodigde vergunning kan slechts ingetrokken worden nadat de Minister het bestuur van de inrichting de gelegenheid heeft geboden bezwaren tegen de intrekking van de vergunning aan hem kenbaar te maken. Art. 10 WAZ stelt dat hangende het onderzoek naar de feiten op grond waarvan intrekking van de vergunning mogelijk is, de Minister de bevoegdheid heeft te bevelen dat de behandelingen in de inrichting, gericht op afbreking van zwangerschap, onverwijld zullen worden gestaakt. Art. 10, tweede lid, bepaalt dat dit bevel van kracht blijft totdat omtrent de intrekking van de vergunning is beschikt, behoudens eerdere opheffing van het bevel door de Minister. Indien zich deze situatie voordoet, hangt het ervan af of de Minister een dergelijk bevel heeft gegeven dan wel op welk moment dit bevel is opgeheven.

#### 4.5.4. Proceduralisering en het legaliteitsbeginsel

Gebleken is, dat de gesloten formulering van deze categorie bijzondere strafuitsluitingsgronden aansluit bij nader vastgestelde wet- en regelgeving. Het toetsingskader met betrekking tot de formele vereisten is zeer beperkt, nu slechts de procedurele vereisten getoetst hoeven te worden. Het technisch-juridische karakter van proceduralisering in het algemeen en de formele bestanddelen in het bijzonder, kan aan de duidelijkheid of overzichtelijkheid van de verschillende vereisten in de weg staan. Men kan zich afvragen of dat bezwaarlijk is, nu deze categorie bijzondere strafuitsluitingsgronden zich tot justitiabelen in een bepaalde hoedanigheid (arts, hulpverlener, 007) richt, ten opzichte van wie tot op zekere hoogte aangenomen mag worden dat deze bekend zijn met de wet- en regelgeving die van toepassing zijn op de uitoefening van de door hun te verrichten gedraging(en). Let wel: tot op zekere hoogte. Er dient enige coulantie te worden betracht ten opzichte van bijvoorbeeld een arts die door leidinggevendenden van een ziekenhuis niet op de hoogte is gesteld van eventuele vergunningsperikelen met betrekking tot het mogen plegen van abortus. De algemene ongeschreven strafuitsluitingsgrond *afwezigheid van alle schuld* biedt hier een helpende hand. Daarnaast valt te betogen dat de aard van de regelgeving met zich mee kan brengen dat het hier om zorgplichten kan gaan, zoals het voldoen aan vergunningsvereisten en beroepskwalificaties.

Het ligt enigszins anders bij de materiële vereisten. In deze gevallen dient aangesloten te worden bij de inzichten die er in het rechtsgebied waar de materiële bepaling bij aansluit, gelden. Of er bij deze bestanddelen voldaan wordt aan de vereisten van het legaliteitsbeginsel is de vraag. De in de paragraaf over de open bestanddelen geformuleerde bezwaren ten opzichte van de aansluiting bij de toepassingscontext en/of het geldende normenstelsel gelden ook hier. Wat bijvoorbeeld ‘verantwoord medisch inzicht’ in combinatie met ‘ondragelijk en uitzichtloos lijden’ (art. 2 WTL) in bepaal-

de gevallen inhoudt, dient te worden vastgesteld in het concrete geval, indien daar aanleiding voor is. Ook hier is de toets of een en ander in het licht van het legaliteitsbeginsel afhankelijk van de mate van rechtszekerheid die men de strafwet toeschrijft of toe wil schrijven. De wetgever geeft echter, in tegenstelling tot bij de open geformuleerde bestanddelen, wel een duidelijke vingerwijzing naar de context waarin een en ander speelt. Overigens is ook hier de toepassing van de strafuitsluitingsgrond voorbehouden aan professionals.

#### 4.5.5. Conclusies betreffende proceduralisering

Proceduralisering van rechtsgoederenbescherming is op te vatten als één van de technieken die de wetgever gebruikt om te reageren op veranderde maatschappelijke inzichten omtrent het gewenste bereik van de strafwet. Deze categorie bijzondere strafuitsluitingsgronden fungeert als binding van de rechtstoepasser aan het politieke compromis. De rechtstoepasser kan vervolgens op basis van rechtsvinding en rechtsvorming de inhoud van de bijzondere wet- en regelgeving en de bijzondere strafuitsluitingsgrond nader vorm geven. De wijze waarop dit gebeurt verschilt echter van de wijze waarop dit bij de open geformuleerde bestanddelen gebeurt. Bij deze bijzondere strafuitsluitingsgronden is de mogelijkheid tot rechtsvinding beperkter, of, anders gezegd, meer ingekaderd, vanwege de samenhang met de bijzondere wet- en regelgeving, waardoor rekening gehouden dient te worden met de aard en strekking van de nader vastgestelde wet- en regelgeving of het technisch-juridisch kader waar de bijzondere strafuitsluitingsgrond deel van uitmaakt. Voor bijzondere strafuitsluitingsgronden die een procedurele rol hebben geldt dat de bevoegdheid tot handelen afhankelijk is van een of meer bestanddelen die als het ware deze bevoegdheid tot handelen constitueren (formele bestanddelen) en/of (indien deze zijn opgenomen) reguleren (materiële bestanddelen). Voorzover er aanvullende eisen worden gesteld aan de uitoefening van de bevoegdheid is te begrijpen dat de wetgever ervoor kiest in een bijzondere strafuitsluitingsgrond vereisten te formuleren die daarbij aansluiten.

#### **4.6. De bijzondere strafuitsluitingsgrond en de rechtstoepasser**

In deze paragraaf wordt ingegaan op de relatie tussen de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de rechtstoepasser is. De verschillende consequenties die uit de toepassing van een bijzondere strafuitsluitingsgrond in de fase voorafgaand aan de terechtzitting bestaan, wordt in de volgende paragraaf beschreven. Het gaat hier om de vaststelling waarom en dat er consequenties zijn.

Eerder is het strafrecht omschreven als een systeem van rechtshandhaving door middel van negatieve sanctionering van als wederrechtelijk gedefinieerd gedrag. De rechtstoepasser dient in dit model het recht als uitgangspunt te nemen. Uit het legaliteitsbeginsel vloeit voort dat de rechtstoepasser zich dient te richten op de bewoording van de strafwet. Indien onder de strafwet alle relevante bepalingen die een rechtstoepasser in ogenschouw dient te nemen wordt verstaan, maakt de bijzondere strafuitsluitingsgrond eveneens deel uit van de strafwet en is daardoor een van de factoren waar de rechtstoepasser aandacht aan moet worden besteed. Dit heeft tot gevolg dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond zowel in de opsporingsfase als in de vervolgingsfase<sup>551</sup> een rol vervult. In materiële zin kan betoogd worden dat indien de strafwet als rechtsgoedbeschermende en daarmee als wederrechtelijkheidsdefiniërende bepaling geldt, de beperking van die bepaling eveneens deel uit dient te maken van de strafwet. Juist omdat de bijzondere strafuitsluitingsgrond een onderdeel vormt van de strafwet ben ik van mening dat, indien de parlementaire behandeling geen duidelijkheid verstrekt, van de parlementaire behandeling geabstraheerd dient te worden en dat er geeneraliseerd moet worden om de verhouding tussen de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de rechtstoepasser en de consequenties, de praktische toepassing, die daaruit voortvloeien vast te stellen. Het gevaar van een dergelijke generalisering is echter dat uit de bijzondere strafuitsluitingsgrond consequenties worden afgeleid die door de wetgever niet zijn beoogd. Het moge duidelijk zijn dat een justitiabele zich op de bijzondere strafuitsluitingsgrond kan beroepen. Uit de parlementaire behandeling van de verschillende bijzondere strafuitsluitingsgronden blijkt niet altijd even duidelijk tot welke rechtstoepasser de bepaling zich richt. In het algemeen is gebleken dat de rechter, ambtshalve of na een beroep op de toepasselijkheid van de bijzondere strafuitsluitingsgrond, degene is die met de bijzondere strafuitsluitingsgrond ‘aan de slag’ moet. In bepaalde gevallen wordt echter door de wetgever gesteld dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het opsporingsonderzoek een functie heeft. Men denke hierbij aan de discussie hieromtrent gedurende de parlementaire behandeling van het hieronder te behandelen art. 240, tweede lid, (oud) Sr en het huidige art. 280, tweede en derde lid, Sr. Met name in de parlementaire behandeling van laatstgenoemde artikelleden bleek de wens van de wetgever om definities aan te reiken als criteria op basis waarvan een opsporingsbeleid kan worden ontwikkeld en gevoerd.

Nu gesteld is dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond deel uitmaakt van de strafwet, rijst de vraag naar de opsporings- en vervolgingsnormerende functie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Indien een rechtstoepasser van mening is dat aan de formulering en de aard en de strekking van de bij-

<sup>551</sup> Vervolging wordt hier gezien als ‘het uitlokken door een vervolgingsambtenaar van en onderzoek of een beslissing van de rechter’: Corstens (2002), *a.w.*, p. 80-84.

zondere strafuitsluitingsgrond is voldaan, kan de consequentie zijn dat in de vervolgingsfase een rechtstoepasser van mening kan zijn dat er, omdat de bijzondere strafuitsluitingsgrond van toepassing is, geen sprake is van een strafbaar feit. Het kan echter ook zo zijn, dat de rechtstoepasser van mening is dat er (in het licht van bestaande jurisprudentie), niet geheel voldaan is aan de (bestanddelen van de) bijzondere strafuitsluitingsgrond, of dat er, in weerwil van bestaande jurisprudentie, goede redenen is (zijn) de bestanddelen jurisprudentieel nader te clausuleren. In dergelijke gevallen kan het openbaar ministerie de beslissing tot vervolging nemen om duidelijkheid omtrent de invulling van de bijzondere strafuitsluitingsgrond te krijgen en stelt de rechter (opnieuw) de reikwijdte van de strafwet vast.

Gedurende het opsporingsonderzoek dienen opsporingsambtenaren zich daarom niet enkel te richten op de (bestanddelen van een) delictsomschrijving, maar ook op de (bestanddelen van een) bijzondere strafuitsluitingsgrond indien er sprake is van een vermoeden van een strafbaar feit waarop een bijzondere strafuitsluitingsgrond van toepassing is. Een aanknopingspunt hiervoor biedt art. 27 Sv, waarin als verdachte onder anderen degene wordt aangemerkt te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit. Het gaat om het preventieve effect dat aan de bepaling moet worden toegekend. Hier moet ook vermeld worden dat een beslissing om al dan niet door te gaan met een onderzoek indien er een bijzondere strafuitsluitingsgrond op de feiten van toepassing is of lijkt te zijn, de verantwoordelijkheid van de officier van justitie is.

Eerder is betoogd dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond eveneens te zien is als een legislatieve begrenzing van de vrijheid van de rechtstoepasser bij het hanteren van strafrechtelijke bevoegdheden of de straf als instrument. Juist de vaststelling of al dan niet en/of op de juiste wijze voldaan is aan de vereisten van de bijzondere strafuitsluitingsgrond, is bepalend voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een strafbaar feit en daardoor de hantering van strafrechtelijke bevoegdheden in de opsporings- en vervolgingsfasen. Dit zal echter in sommige gevallen een ander soort oordeel vereisen dan in andere gevallen. Indien er sprake is van een bijzondere strafuitsluitingsgrond waarvan de bestanddelen gesloten zijn geformuleerd (men denke aan bestanddelen die verwijzen naar andere wet- en regelgeving),<sup>552</sup> dient gecontroleerd te worden of aan de verschillende vereisten van de relevante wet- en regelgeving is voldaan. De interpretatieruimte is hierbij kleiner dan bij de open geformuleerde bestanddelen. Het is hierdoor verdedigbaar dat gesloten geformuleerde bestanddelen strengere eisen stellen aan een opsporingsonderzoek dan de andersoortig geformuleerde bestanddelen.

<sup>552</sup> Zelfs als er niet voldaan is aan de min of meer gesloten bestanddelen hoeft dat niet automatisch te betekenen dat de verdachte gedagvaard wordt.

Het bovenstaande sluit aan bij hetgeen eerder in de beschrijving van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 280, tweede en derde lid, Sr duidelijk is gemaakt.

Een ander voorbeeld dat een argument voor het bovenstaande behelst, betreft art. 240b, tweede lid, (oud) Sr, waarin gesteld werd dat degene die een kinderpornografische afbeelding in voorraad heeft waarvan vaststaat dat hij deze voor een wetenschappelijk, educatief of therapeutisch doel gebruikt niet strafbaar is. Nu de parlementaire behandeling van dit uit het Wetboek van Strafrecht verwijderde artikellid enkele interessante inzichten verstrekt, wordt deze hier behandeld.<sup>553</sup> Art. 240b Sr, het verbod op het verspreiden, het openlijk tentoonstellen, het vervaardigen, invoeren, doorvoeren, uitvoeren of in voorraad hebben van een afbeelding of een gegevensdrager bevattende een afbeelding, van een seksuele gedraging waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt is betrokken dient begrepen te worden in het licht van de bescherming van minderjarigen door middel van zedelijkheidswetgeving.<sup>554</sup>

De bijzondere strafuitsluitingsgrond werd tegelijkertijd met de hogere strafbedreiging ingevoerd. De reden voor deze wijziging was de overweging dat in de oude strafbedreiging de ernst van het delict onvoldoende tot uiting kwam. Van de vroegere strafbedreiging van drie maanden zou onvoldoende preventieve en ontmoedigende werking uitgaan. Bovendien werd door de sanctieverhoging voorlopige hechtenis en het voeren van een strafrechtelijk financieel onderzoek mogelijk.<sup>555</sup> Eveneens verviel het bestanddeel van het oogmerk om de afbeelding te verspreiden of openlijk tentoon te stellen. Het vervaardigen etc. van een afbeelding of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van (toen nog) zestien jaren nog niet heeft bereikt, is strafbaar, ook al zou degene bij wie de afbeelding of gegevensdrager is aangetroffen niet het oogmerk hebben gehad de afbeelding te verspreiden of openlijk tentoon te stellen.<sup>556</sup> De strafbaarstelling is gebaseerd op overwegingen betreffende het recht op (seksuele) zelfbeschikking en het daaraan gerelateerde recht op bescherming tegen seksueel geweld.<sup>557</sup> Naar aanleiding van de vercommercialisering van seksualiteit<sup>558</sup>, het daarmee

<sup>553</sup> Bogert (2003), *a.w.*, p. 9-21.

<sup>554</sup> R.S.B. Kool, *De strafwaardigheid van seksueel misbruik*, diss. EUR, SI/Gouda Quint, 1999, Hoofdstuk 3, 'De zedelijkheidswetgeving in historisch perspectief', met name p. 123-136, T.M. Schalken, *Pornografie en strafrecht. Beschouwingen over het pornografiebegrip en zijn juridische hanteerbaarheid*, diss. VU, Gouda Quint/Brouwer en Zoon, Arnhem 1972, p. 48-59.

<sup>555</sup> *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 682, nr. 3, p. 2.

<sup>556</sup> Vgl. HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 782 m.nt. 't H. Vgl. Rozemond (1999), *a.w.*, p. 121.

<sup>557</sup> *Kamerstukken II*, 1996-1997, 20 078, nr. 1, p. 2.

<sup>558</sup> Idem: Schalken (1972), *a.w.*, p. 156-158.

gepaard gaande misbruik van kinderen en de maatschappelijke reactie op in de publiciteit gekomen gebeurtenissen, krijgt de beschermingsgedachte een leidende rol in het parlementaire debat.<sup>559</sup>

De huidige redactie van het tweede artikellid is door middel van het amendement Dittrich c.s.<sup>560</sup> ingevoegd en beoogde een onderscheid te maken tussen de aard van het materiaal en het doel waarvoor het gebruikt wordt. Het amendement beoogde bestaande rechtspraak te codificeren en er werd van uit gegaan dat de wetgever excepties in de wet op dient te nemen op basis waarvan het openbaar ministerie een helder opsporings- en vervolgingsbeleid kan voeren en de rechter een referentiepunt zou hebben indien zijn oordeel gevraagd zou worden. Met de bestaande rechtspraak werd met name gedoeld op de beschikking van de Hoge Raad van 19 januari 1993, betreffende onttrekking aan het verkeer van videobanden waarin bepaald werd dat archivering ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek niet strafbaar is.

‘Als een instelling zegt onder de bepalingen van de excepties te vallen, zal zij dat met kracht van argumenten moeten aantonen. Het materiaal dat bij de instelling is aangetroffen, zal bijvoorbeeld door de politie bekeken worden. Ontstaat een conflict, dan zal de officier van justitie tot vervolging kunnen overgaan. Het is echter ook mogelijk dat de instelling op grond van de wet kan aantonen dat zij niet strafbaar is. Vervolgens kan zich jurisprudentie ontwikkelen. (...) Ik vind het principieel van belang dat wij als wetgever zoveel mogelijk proberen duidelijkheid in de wet te scheppen. Er is vaak kritiek op de wetgever dat wij zoveel zaken op het bordje van de rechter deponeren; dan moet de rechter maar uitmaken hoe het beleid in feite uitgevoerd moet worden. Dat proberen wij hiermee in te dammen.’<sup>561</sup>

Het amendement kwam niet uit de lucht vallen. Eerder hadden Kamerleden van Groen Links de regering verzocht een reactie te geven op de door de Nederlandse Vereniging voor Seksuele Hervorming gedane suggestie om een aantal uitzonderingen in de wet op te nemen. Enkele van deze uitzonderingen betroffen ‘de verspreiding met een aantoonbaar kunstzinnige, wetenschappelijke, therapeutische of educatieve achtergrond’.<sup>562</sup> In de parlementaire discussie waren vele bedenkingen tegen de amendementen. De Minister van Justitie vond dat de algemene strafuitsluitingsgronden en de jurisprudentie reeds de door de amendementen beoogde bescherming bo-

<sup>559</sup> ‘Strafrechtelijk optreden is en blijft primair geïndiceerd bij de vervaardiging van kinderpornografie en de commerciële en professionele productie en distributie daarvan en bij groot-schalige ruilhandel. Activiteiten met betrekking tot kinderpornografie zijn ernstiger en schadelijker, naarmate het beeldmateriaal een grotere verspreiding geniet’ (...) ‘Een kind moet namelijk beschermd worden om te voorkomen dat het zich vanwege dreiging met geweld op een bepaalde manier gaat gedragen’, aldus Minister Sorgdrager. *Kamerstukken II*, 1994-1995, 23 682, nr. 5, p. 17, *Handelingen II*, 6 april 1995, p. 67-4006.

<sup>560</sup> *Kamerstukken II*, 1994-1995, 23 682, nrs. 8, 9 en 14.

<sup>561</sup> *Handelingen II*, 6 april 1995, p. 67-4014 & 67-4015.

<sup>562</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 682, nr. 4, p. 11 en nr. 6 (amendement Rabbae).



den en dat het opnemen van dergelijke bepalingen de signaalwerking van de strafbaarstelling zou verminderen en tot interpretatieproblemen aanleiding zou geven. Daarnaast zou ‘het opnemen van een exceptie in de strafwetgeving in wetstechnisch opzicht niet mooi’ zijn, ‘dergelijke excepties staan bijna nergens in het Wetboek van Strafrecht en dit zou dus een uitzondering zijn op het systeem’.<sup>563</sup> De Kamerleden die tegen de amendementen waren, sloten zich hierbij aan: interpretatieproblemen en het al dan niet limitatief beschouwen van de drie excepties door de rechter zouden uiteindelijk de aanscherping van de strafbaarstelling ondergraven.<sup>564</sup> Kamerlid Van den Berg: ‘Gegeven het feit dat er helaas veel vraag blijkt te zijn naar kinderpornografie, behoeft men weinig fantasie te hebben om zich te kunnen voorstellen hoe dergelijke excepties als dekmantels kunnen gaan dienen voor datgene wat wij met deze bepaling nu juist beogen tegen te gaan’. Uit reacties van Kamerleden met betrekking tot de voorgestelde strafuitsluitingsgrond blijkt dat het bezit voorbehouden zou moeten zijn aan een therapeut of een opleidings- of onderwijsinstelling. De mogelijkheid bestond dat een strikte interpretatie van het bestanddeel ‘therapeutisch doel’ de ontwikkeling van therapeutische modaliteiten kan remmen. In de Eerste Kamer is dan ook de vraag opgeworpen wat onder ‘therapeutisch doel’ diende te worden verstaan. De Minister reageerde als volgt:

‘De rechtspraak zal de vereiste duidelijkheid moeten verschaffen. Ik voeg daaraan toe dat zulks ook thans het geval is, en zou blijven, indien deze excepties niet in de wet zouden zijn opgenomen. In de richtlijnen voor de politie en het openbaar ministerie zal worden benadrukt dat strafrechtelijk optreden pas dan achterwege kan blijven als over de vraag of terecht een beroep op een van de excepties is gedaan, redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is. Bij twijfel dient de beantwoording van deze vraag aan het oordeel van de strafrechter te worden overgelaten’.<sup>565</sup>

Het artikellid diende enerzijds (deels)<sup>566</sup> ter codificatie van rechtspraak en anderzijds als richtlijn voor opsporing, vervolging en rechterlijke besluitvorming. Bij de wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 2002<sup>567</sup> is het artikellid komen te vervallen naar aanleiding van een daartoe ingediend amendement.<sup>568</sup> Het artikellid zou overbodig zijn, daar het bezit van kin-

<sup>563</sup> *Kamerstukken II*, 1994-1995, 23 682, nr. 5, p. 18, *Handelingen II*, 6 april 1995, p. 67-4010, 4024.

<sup>564</sup> *Handelingen II*, 6 april 1995, p. 67-3981-4000.

<sup>565</sup> *Kamerstukken I*, 1994-1995, 23 682, nr. 250a, p. 2, en nr. 250b, p. 4.

<sup>566</sup> Deels, nu het artikellid voorzag in een ruimere mate van niet-strafbaarheid dan waarvan op basis van de jurisprudentie sprake was. Het bezit van kinderpornografie als therapeutische modaliteit leidde bijvoorbeeld op basis van de jurisprudentie niet tot niet-strafbaarheid.

<sup>567</sup> *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 745, nrs. 1-2 en 3.

<sup>568</sup> *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27 745, nr. 12. Amendement Bart c.s., ter vervanging van amendement nr. 8, waar voorgesteld werd de strafuitsluitingsgrond voor het in bezit hebben van een collectie kinderpornografie te schrappen, nu de uitzonderingsgrond zich makkelijk zou lenen voor misbruik. In stuk nr. 8 werd een herformulering voorgesteld die niet-strafbaarheid verleende aan degene wie door de Minister van Justitie schriftelijk toestem-

derpornografie met het enkele doel het te gebruiken voor wetenschappelijke, educatieve of therapeutische doeleinden 'wegens ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid niet strafbaar is'. Daarnaast zou het onwenselijk zijn omdat 'in de praktijk blijkt dat personen of instanties onder het mom van een wetenschappelijk educatief of therapeutisch oogmerk met het beroep op het tweede lid een verzameling kinderpornografie aanleggen'. De indieners van het amendement willen een 'onmiskkenbaar signaal' afgeven 'dat het bezit van kinderporno strafwaardig en strafbaar is en zal worden vervolgd, tenzij een algemene strafuitsluitingsgrond vervolging in de weg staat'. Minister Korthals stond achter het amendement: 'De regering was destijds geen voorstander van het tweede lid. Zij achtte het overbodig omdat naar ongeschreven strafrecht het bezit van kinderporno voor serieus gebruik voor een wetenschappelijk, educatief of therapeutisch doel niet strafbaar is.'<sup>569</sup> In de parlementaire discussie in de Tweede Kamer lichtte Kamerlid Barth het amendement als volgt toe, nadat Kamerlid Dittrich zijn vraagtekens had geplaatst bij het amendement. In de mening van Barth lijkt de praktijk zoals deze door de toenmalige wetgever is voorgestaan te werken. Daarnaast is hij van mening dat wetgeving niet al te snel moet worden veranderd als niet blijkt dat daar echt een klemmende behoefte aan is.

'Volgens de indieners van het amendement (...) is die klemmende reden er wel, omdat bijvoorbeeld bij de Brongersma-collectie, maar ook bij de Bernhard-collectie is gebleken dat er misbruik wordt gemaakt van de uitzonderingen in de wet. De bewijslast ligt nu bij politie en justitie; zij moeten aantonen dat onterecht gebruik wordt gemaakt van de uitzonderingen in de wet. Door die uitzondering te schrappen, zal de bezitter van een collectie kinderporno altijd moeten bewijzen dat hij een goede reden heeft om die collectie in zijn bezit te hebben. Door de algemene strafuitsluitingsgrond zorgen wij ervoor dat iedereen die daarvoor een goede reden heeft, zoals politieacademies, therapeuten, tbs-instellingen enz. hun collecties in eigendom en beheer kunnen houden'.<sup>570</sup>

Resumerend: uit de bestrijding van seksueel misbruik en seksueel geweld vloeide voort dat onwenselijk geachte situaties (de bewijslast van politie en justitie indien er een beroep werd gedaan op de bijzondere strafuitsluitingsgrond bij een geconstateerde voorraad kinderpornografie) vermeden dienden te worden. De strafbaarheid van het bezit van kinderpornografie diende voorop te staan en slechts door middel van het bewijs van de toepasselijkheid van een algemene strafuitsluitingsgrond wordt de verdachte achteraf straffeloos verklaard.<sup>571</sup>

ming is verleend kinderpornografie in bezit te hebben voor gebruik van een wetenschappelijk, educatief of therapeutisch doel. Wet van 13 juli 2002 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Gemeentewet (partiële wijziging zedelijkheidswetgeving), *Stb.* 2002, 388.

<sup>569</sup> *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27 745, nr. 15, p. 1.

<sup>570</sup> *Handelingen II*, 4 april 2002, p. 64-4311. Het amendement is zonder stemming aangenomen.

<sup>571</sup> Ik neem voor het gemak maar aan: *het aannemelijk worden van*.

Uit dit voorbeeld blijkt dat een bijzondere strafuitsluitingsgrond welbedoelde consequenties voor de opsporingspraktijk kan hebben. In de parlementaire behandeling van andere bijzondere strafuitsluitingsgronden is gebleken dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond als richtlijn kan dienen voor opsporings- en vervolgingsbeleid en als factor in de rechtsvorming door de rechter. In het kader van de rol die de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de opsporingspraktijk heeft kan eveneens gewezen worden op de procedure betreffende de inverzekeringstelling (art. 59 jo. art. 59a Sv) en de toets van de rechter-commissaris daarin. De bijzondere strafuitsluitingsgrond maakt deel uit van de strafwet en de formulering bepaalt de interpretatieruimte van de rechtstoepasser. Omdat de bijzondere strafuitsluitingsgrond deel uitmaakt van de strafwet heeft de rechtstoepasser de bijzondere strafuitsluitingsgrond in acht te nemen. Nu dit vastgesteld is, is het nodig de stap te nemen van de vaststelling van de verplichting naar de consequenties van de verplichting. Ook voor deze vaststelling is het nodig de formeelrechtelijke positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond vast te stellen.

#### **4.7. Conceptualisering van de formeelrechtelijke positie**

##### **4.7.1. Inleiding**

In het bovenstaande is de bijzondere strafuitsluitingsgrond omschreven als de legislatieve begrenzing van de vrijheid van de rechtstoepasser in het hanteren van strafrechtelijke bevoegdheden of de straf als instrument en als een wederrechtelijkheidsbeperkende factor in de structuur van een strafbaar feit. Uit de eerste omschrijving vloeien opsporings- en vervolgingsnormerende consequenties voort. Het tweede is eveneens van belang voor de processuele positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond, hetgeen in deze paragraaf zal worden uitgewerkt. De aandacht zal hier dan ook voornamelijk worden gericht op de gevolgen van de beperking van de wederrechtelijkheid die de bijzondere strafuitsluitingsgrond voorstaat.

De vraag naar de formele positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond impliceert een standpunt omtrent de verhouding tussen materieel recht en procesrecht, nu hier een concept uit het materiële recht formeelrechtelijk wordt ingevuld. Gezien de rol van de delictsomschrijving bij de activering van verschillende strafvorderlijke bevoegdheden is er sprake van een wisselwerking tussen het formele en het materiële. Waar de materiële bepalingen de gedragingen omschrijven die een strafbaar feit opleveren alsmede de sanctie die naar aanleiding van de desbetreffende gedraging kan worden opgelegd, reguleren formele bepalingen opsporing, vervolging en berech-

ting van strafbare feiten en de executie van de opgelegde sanctie.<sup>572</sup> Het formele recht dient ter handhaving van de normen van het materiële recht: wanneer er een vervolgingsrecht bestaat is een kwestie van het materiële recht. Het materieelrechtelijk concept van de bijzondere strafuitsluitingsgrond dient eveneens een plaats toebedeeld te krijgen in het formele recht.

In het navolgende wordt allereerst enkele opvattingen omtrent bijzondere strafuitsluitingsgronden zoals deze in de dogmatiek bestaan beschreven. Ik kies ervoor enkele inzichten uit de recente literatuur te behandelen. De discussie omtrent de techniek van regel en uitzondering is, zoals eerder gezegd, allesbehalve nieuw en kent verschillende uitgangspunten en vragen, die in het volgende hoofdstuk aan de orde komen. De vragen betreffen het verschil tussen elementen, bestanddelen en strafuitsluitingsgronden in de zin van rechtvaardigingsgronden. Voor de overzichtelijkheid en leesbaarheid lijkt het aangewezen deze discussie daar te behandelen. Vervolgens komen de eigen opvattingen omtrent de processuele positie van het onderzoeksobject aan bod. Ten slotte worden de consequenties van het door mij ingenomen standpunt ten opzichte van de bijzondere strafuitsluitingsgrond geschetst.

#### 4.7.2. Enkele recente opvattingen omtrent de bijzondere strafuitsluitingsgrond

Rommelink noemt gevallen waarin de methode van de algemene strafuitsluitingsgronden (het stelsel van rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden), ofwel ‘het opladen van de verwijtbaarheidsschuld tot strafrechtelijk relevante schuld’ niet opgaat als ‘pure strafuitsluitingsgrond’. Het gaat hier over bepalingen waarin omstandigheden staan waaruit blijkt dat ‘het meest ongewenste maatschappelijke gevolg (het grootste onrecht) tenslotte is uitgebleven’. Als voorbeeld noemde Rommelink het inmiddels vervallen art. 134bis, tweede lid, (oud) Sr, waarin stond dat degene die ‘zijn partner met succes beweegt haar kind te verdrinken, doch die nadat het kind al in het water ligt en dreigt te verdrinken, de ander ertoe brengt om het alsnog weer uit het water te halen’ niet strafbaar was. Het strafbare feit van art. 134bis Sr is begaan, maar de strafbaarheid zou dienen te vervallen indien de verdachte ‘heeft bewerkstelligd dat het fatale gevolg niet is ingetreden’.<sup>573</sup> Het optreden van de dader nadat de gedraging heeft plaatsgevonden heeft dan een disculperende werking. In deze omstandigheden zou van

<sup>572</sup> Vgl. J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving. De systematische grondslagen van het W.v.Sr.*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1987, p. 16-18, H. Franken, *In Leiden tot de rechtswetenschap*, 7<sup>de</sup> druk, Gouda Quint, Arnhem, 1995, p. 203-204. De inhoud van de vervolging (wanneer kan er (niet) vervolgd worden) betreft de vraag naar de grens van de strafaanspraak van de overheid, en behoort in de opvatting van de wetgever van 1886 tot het materiële recht.

<sup>573</sup> Hazewinkel/Suringa/Rommelink (1996), *a.w.*, p. 268.

schulduitsluiting, of, in gevallen waarin sprake zou zijn van rechtvaardigende omstandigheden, geen sprake zijn. ‘Pure’ strafuitsluitingsgronden zouden losstaan van overwegingen met betrekking tot schuld en wederrechtelijkheid.<sup>574</sup>

Het voorbeeld van Rummelink betreft een artikellid dat in mijn selectie in de strafbaarheidsvariant zou vallen. Hier is een artikellid, dat ik als bijzondere strafuitsluitingsgrond gekwalificeerd zou hebben, als pure strafuitsluitingsgrond aangemerkt. De strekking van het voorbeeld van art. 134bis is ondergebracht in art. 46b, een kwalificatie-uitsluitingsgrond. Voor de artikelen die Rummelink als bijzondere strafuitsluitingsgronden ziet (waaronder art 96, derde lid Sr, art. 261, derde lid Sr en art. 296, vijfde lid, Sr) geeft Rummelink geen aanknopingspunt ter duiding van de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond.<sup>575</sup>

Eerder is bij de behandeling van het verschil tussen de algemene en de bijzondere strafuitsluitingsgrond de mening van Van Veen aangehaald. Van Veen beoordeelt de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het kader van zijn bezwaren tegen de strenge eisen die thans aan de toepassing van de algemene strafuitsluitingsgronden worden gesteld. Deze eisen, die erop neerkomen dat voor de toepassing van een strafuitsluitingsgrond alle wederrechtelijkheid of schuld zou dienen te ontbreken, zijn naar zijn mening in strijd met datgene wat de wetgever van 1886 heeft beoogd.

De dogmatische ontwikkeling die ervoor heeft gezorgd dat de elementen wederrechtelijkheid en schuld in het strafbare feit eveneens, door middel van het onderscheid dat tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden wordt gemaakt, hun plaats hebben gevonden in de algemene strafuitsluitingsgronden, is naar zijn mening niet door de wetgever gewenst. Hij is voorts van mening dat het bij de bijzondere strafuitsluitingsgrond gaat om van schuld en wederrechtelijkheid abstraherende bepalingen. Het gaat er volgens de wetgever bij de toepassing van deze artikelen niet om hoe straffeloosheid wordt bereikt, als er, indien er aan de vereisten van de bepaling is voldaan, maar dat straffeloosheid wordt bereikt, aldus Van Veen. Bij de redactie van bijzondere strafuitsluitingsgronden als art. 296, vijfde lid, Sr, art. 280, tweede lid, Sr en art. 261, derde lid, Sr heeft de wetgever zich niet laten leiden door dit onderscheid, aldus Van Veen.<sup>576</sup> Van Veen concludeert uit zijn bevindingen:

<sup>574</sup> Zie eveneens Knigge (1987), *a.w.*, p 290, die hetzelfde voorbeeld behandelt.

<sup>575</sup> Hazewinkel-/Suringa/Rummelink (1996), *a.w.*, p. 270.

<sup>576</sup> ‘Laten leiden door’ is iets anders dan iets als zodanig benoemen. De wetgever heeft zich inderdaad niet laten leiden door de positie die strafuitsluitingsgronden in de dogmatiek hebben verkregen, maar gebruikt de dogmatische positie in bepaalde gevallen wel om de bijzondere strafuitsluitingsgrond te benoemen. Dit standpunt van Van Veen wordt een enkele maal impliciet bevestigd in een zinsnede uit de discussie omtrent art. 280, tweede lid, Sr: ‘Zelf denk ik dat het als rechtvaardigingsgrond is geformuleerd. Er staat niet: ‘Niet strafbaar is hij,

‘Dit dwingt tot herbezinning. Erkend zal moeten worden dat de wetgever met het door de dogmatiek uitgebouwde systeem geen weg weet. Wat hij beoogt is in een aantal gevallen te voorkomen dat personen worden gestraft voor wie de strafbepaling niet is bedoeld. En of hij dat doel bereikt door de delictsomschrijving in een aparte bepaling in te perken of door een strafuitsluitingsgrond te creëren is hem onverschillig. Bovendien laat het de wetgever koud of een dader, die hij niet gestraft wil zien, enig verwijt treft of wederrechtelijk handelt in ‘materiële’ zin. (...) Waar bij de bijzondere strafuitsluitingsgronden de grens tussen de delictsomschrijving beperkende clausule en de exceptionele strafuitsluitingsgrond vaag en willekeurig is, ontbreekt een goede reden om aan te nemen dat de wetgever bij die exceptie zich wel om de schuld of de wederrechtelijkheid heeft bekommerd. Onder de door hem bedoelde omstandigheden, wil hij geen strafoplegging.’<sup>577</sup>

Janssens plaatst de door hemzelf beschreven bijzondere strafuitsluitingsgronden binnen het door Van Veen aangedragen kader. De artikelen 261, derde lid, Sr en 266, tweede lid, Sr zijn ‘niet zonder meer rechtvaardigingsgronden, maar eerst en vooral omstandigheden die aangeven waarin de plegger van smaad of van eenvoudige belediging hoe dan ook geen straf opgelegd zou moeten krijgen’. Omdat het hier gaat om omstandigheden die een delictsomschrijving beperken stelt Janssens dat deze als kwalificatieuitsluitingsgronden en bewijsuitsluitingsgronden benoemd kunnen worden.<sup>578</sup> Uit de formulering van het derde lid lijkt het hem ‘aannemelijk (dat) het derde lid als zodanig (als een bewijsuitsluitingsgrond, pcb) aangeduid kan worden op grammaticale gronden. Er staat immers ‘smaad noch smaadschrift bestaat’. De reden die hij hiervoor geeft is, dat tijdens de parlementaire behandeling het soortgelijk geformuleerde art. 46b Sr (‘Voorbereiding noch poging bestaat (...)’) - dat in de literatuur eveneens als bewijsuitsluitingsgrond wordt benoemd - verwezen wordt naar art. 261, derde lid, Sr, met de opmerking dat daar

‘een vergelijkbare grond tot uitsluiting van strafbare aansprakelijkheid is neergelegd (...) De Minister vervolgde: ‘*aldus wordt duidelijk dat van enig strafrechtelijk daderschap in de in dit derde lid weergegeven geval geen sprake kan zijn*’. De Minister maakt een expliciet onderscheid tussen de daderschapsuitsluitingsgronden en de bekende strafuitsluitingsgronden. Laatstgenoemde laten het daderschap in tact; strafbaarheid treedt echter niet op wegens een rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond, zo stelde de Minister’. Strafuitsluiting is ‘*juist niet het uitgangspunt van de wet. Bij vrijwillige terugtred (art. 46b Sr, pcb) is er niet langer sprake van een ‘feit’ in de rechtsorde dat primaire rechtsgrond is voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. (...) Treedt de voorbereider vrijwillig terug (...) dan is het wederrechtelijkheidsgehalte van zijn daad zo gering dat een strafrechtelijke reactie onmogelijk behoort te zijn*’.<sup>579</sup>

die..’, maar er staat: ‘niet van toepassing is’. Ik denk dat dit duidt op een rechtvaardigingsgrond. *Dit is echter een technische discussie die misschien niet zo belangrijk is*’ (mijn curs.): *Handelingen I*, 10 november 1981, p. 62.

<sup>577</sup> Van Veen (1986), *a.w.*, p. 358-359.

<sup>578</sup> Janssens (1998), *a.w.*, p. 352-355.

<sup>579</sup> Janssens (1998), *a.w.*, p. 354.

De Minister stelt hier dat er bijna geen sprake is van een strafbaar feit of strafrechtelijk relevant ouderschap. Het ontbreken van ouderschap is bij art. 261, derde lid, Sr niet zo evident, betoogt Janssens, nu degene die zich op 'noodzakelijke verdediging' beroept, 'niet ontkent dat hij een bepaald feit heeft telastegelegd. Daarmee stelt hij zijn ouderschap buiten twijfel'. Janssens onderkent dat beide bepalingen moeilijk te plaatsen zijn in de dogmatische tweedeling van strafuitsluitingsgronden in rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden. Uit het voorgaande volgt dat:

'Indien de dader zich op (...) het algemeen belang beroept, meent hij dat de omschreven strafbaarstelling in het concrete geval niet op hem van toepassing is. Het ligt daarom in de rede art. 261 lid drie Sr en art. 266 lid 2 Sr als een kwalificatieuitsluitingsgrond aan te duiden. Het bewezen verklaarde feit kan immers slechts als strafbaar feit worden gekwalificeerd als de delictsomschrijving van toepassing is'.

Knigge brengt de 'pure' strafuitsluitingsgrond zoals deze door Remmelink is omschreven in verband met de eerder beschreven leer van de subsocialiteit als derde element van het strafbare feit en maakt naar aanleiding van zijn constatering dat de wetgever verschillende technieken van regel en uitzondering ter beschikking staan om (ontbreken van) subsocialiteit vorm te geven, een onderscheid tussen verschillende soorten bijzondere strafuitsluitingsgronden. Hij benoemt de verschillende in wettelijke regels vastgelegde uitzonderingen als vervolgingsuitsluitingsgrond, pure strafuitsluitingsgrond of kwalificatie-uitsluitingsgrond. Een vervolgingsuitsluitingsgrond lijkt hem geïndiceerd indien:

'het ontbreken van subsocialiteit gebaseerd is op omstandigheden, die met de gedraging als zodanig weinig of geen verband houden. Dan namelijk kan, omdat niet in een beoordeling van de gedraging zelf hoeft te worden getreden, de kwestie als prealabel worden afgedaan. In andere gevallen zal kwalificatie- of strafuitsluiting de aangewezen weg zijn. Pure strafuitsluiting lijkt mij met name op haar plaats in gevallen die met het ontbreken van wederrechtelijkheid en schuld verwantschap vertonen. Is dat niet het geval dan verdient mijns inziens de kwalificatie-uitsluiting de voorkeur.'<sup>580</sup>

#### 4.7.3. Eigen opvattingen omtrent de processuele plaats van de bijzondere strafuitsluitingsgrond

Het bovenstaande maakt mijns inziens duidelijk dat er geen onderscheidend criterium is om te bepalen of sprake is van bijvoorbeeld een 'pure' strafuitsluitingsgrond of een bijzondere strafuitsluitingsgrond. Het juridische fenomeen wordt op verschillende wijzen gewaardeerd. De formulering en de aard en strekking van de verschillende artikellieden die eerder als bijzondere

<sup>580</sup> Knigge (1987), *a.w.*, p. 298.

re strafuitsluitingsgrond zijn aangewezen biedt op basis van de parlementaire behandeling geen basis om een onderscheidend criterium aan te brengen. Dat houdt in dat juist vanwege het ontbreken van een onderscheidend criterium ook voor de formeelrechtelijke positiebepaling van de bijzondere strafuitsluitingsgrond geabstraheerd moet worden van de formulering ervan, evenals bij de bepaling van de materieelrechtelijke positie is gebeurd.

De bijzondere strafuitsluitingsgrond vormt geen bestanddeel van een delictsomschrijving. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het daarom niet de bedoeling is dat de aanwezigheid of afwezigheid een bijzondere strafuitsluitingsgrond in een tenlastelegging opgenomen wordt. De vraag naar de toepasselijkheid van de bijzondere strafuitsluitingsgrond speelt derhalve niet bij de vraag naar de bewezenverklaring van de gedraging. Bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn derhalve geen bewijsbepalingen.<sup>581</sup> Geconstateerd is eveneens dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond een gedraging betreft die rechtens niet ontoelaatbaar wordt geacht. De omstandigheden die daartoe bepalend zijn betreffen alle het bewezenverklaarde feit of het motief. Indien het om het bewezenverklaarde feit gaat, zou men kunnen betogen dat er dan sprake is van een rechtvaardigingsgrond, nu de in de bijzondere strafuitsluitingsgrond vervatte omstandigheden tot gevolg hebben dat een verdachte mocht handelen zoals hij dat heeft gedaan.<sup>582</sup> In dergelijke gevallen zou een bijzondere strafuitsluitingsgrond gezien kunnen worden als een bijzondere rechtvaardigingsgrond. In het geval van een motief zou de bijzondere strafuitsluitingsgrond gekwalificeerd kunnen worden als een schulduitsluitingsgrond, die aan het begane feit een rechtvaardigend karakter geeft.<sup>583</sup>

De algemene strafuitsluitingsgrond wordt toegepast ten aanzien van een gedraging of ten aanzien van een dader. In het geval van een algemene strafuitsluitingsgrond die als een rechtvaardigingsgrond is te kwalificeren heeft deze algemene strafuitsluitingsgrond tevens een wederrechtelijkheidsbeperkende functie. De aard van deze beperking is naar mijn mening echter een andere dan die van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Het gaat bij de algemene strafuitsluitingsgrond niet om een vooraf gegeven beperking van de werking van een delictsomschrijving, maar om achteraf vast te

<sup>581</sup> Het schrappen van art. 240b, tweede lid, Sr op basis van de overweging dat dit artikellid een bewijslast bij politie en justitie teweeg zou brengen, is derhalve onjuist. Vgl. HR 3 december 2002, *NJ* 2003, 606: 'Uit een oogpunt van inzichtelijkheid is weliswaar te verdedigen dat het aanbeveling zou verdienen dat de steller van de tenlastelegging het zich niet voordoen van een strafuitsluitingsgrond in de tenlastelegging zou opnemen, doch dit is gelet op de gebruikte wetgevingstechniek niet noodzakelijk'.

<sup>582</sup> Vgl. Besier, (1897), *a.w.*, p. 193-194 en 201-202. Voorbeelden hiervan zijn de bijzondere strafuitsluitingsgronden van de artikelen 154, 293 en 296 Sr. Vgl. Van Rest (1991), *a.w.*, p. 160.

<sup>583</sup> Vgl. de bijzondere strafuitsluitingsgronden van art. 103a Sr en art. 350a Sr.



stellen feiten en omstandigheden op basis waarvan de rechter niet tot strafoplegging komt. De gedraging wordt pas achteraf al dan niet gerechtvaardigd geacht. Indien de bijzondere strafuitsluitingsgrond in dezelfde vraag van het beslissingsmodel als de algemene strafuitsluitingsgrond aan de orde komt, wordt het feit wel gekwalificeerd als een strafbaar feit, de dader wordt echter pas in de volgende vraag niet strafbaar verklaard indien het beroep op de bijzondere strafuitsluitingsgrond wordt gehonoreerd. Het is de vraag of dit juist is, gezien de eerder beschreven band van de bijzondere strafuitsluitingsgrond met de norm. Het gaat hier om het subtiele verschil tussen niet-strafbaarheid in de zin van het niet kunnen kwalificeren van de gedraging als een strafbaar feit, waardoor de dader niet strafbaar is en strafeloosheid in de zin van dat er geen straf mag worden opgelegd.

Er zijn goede gronden om de bijzondere strafuitsluitingsgrond niet dezelfde processuele functie als de algemene strafuitsluitingsgrond toe te kennen. De redenen hiervoor zijn gelegen in de relatie tussen de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de delictsommschrijving en, in het verlengde hiervan, het opsporings- en vervolgingsnormerende karakter van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De wetgever lijkt zich inderdaad niet te bekommeren om, zoals Van Veen het noemde, het karakter van strafuitsluiting of hoe de strafrechtsdogmatiek en de strafrechtspraktijk het relevante artikellid gebruiken, zolang datgene wat hij met de bijzondere strafuitsluitingsgrond beoogt maar wordt bereikt. Mede daarom kan men zich afvragen of het nuanceverschil zoals dat door Van Veen is geformuleerd, waar hij een onderscheid maakt tussen 'excepties' die straf uitsluiten onder bijzondere omstandigheden en 'excepties' die ertoe lijden dat straf achterwege blijft indien er aan bepaalde voorwaarden is voldaan, bruikbaar is voor de waardering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond.<sup>584</sup> In het laatste geval is er volgens Van Veen 'eerder sprake van een beperking van de delictsommschrijving dan van exceptionele omstandigheden'. De vereisten die de bijzondere strafuitsluitingsgrond stelt zijn inderdaad te zien of te onderscheiden als omstandigheden of voorwaarden. Het verschil hiertussen maakt echter niet veel uit voor de toepassing van de bepaling, indien aangenomen wordt dat de gedraging rechtens juist is te benoemen door het voldoen aan de vereisten van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. In dat geval is deze niet los te zien van wederrechtelijkheid. Op het eerste gezicht lijkt dit voor de bijzondere strafuitsluitingsgronden die als schulduitsluitingsgrond benoemd kunnen worden problematisch. In deze gevallen bepaalt het motief of het handelen wederrechtelijk zou zijn. De constructie van de koppeling van een motief aan wederrechtelijkheid doet dogmatische inzichten met betrekking tot schulduitsluitingsgronden en rechtvaardigingsgronden min of meer samenvloeien. Bijzondere strafuitsluitingsgronden die als schuld-

<sup>584</sup> Van Veen (1986), *a.w.*, p. 350.

uitsluitingsgrond benoemd kunnen worden zeggen dan naar mijn mening niets meer of minder dan dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond in casu op *deze* verdachte op basis van *deze* handeling welke blijkt uit *deze* overwegingen toegepast kan worden, waarmee een tegelijkertijd uitspraak gedaan wordt omtrent de wederrechtelijkheid van de handeling. Van Veen had gelijk bij de vraagtekens die hij zette met betrekking tot het 'inschuiven' van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de dogmatiek zoals deze zich omtrent de algemene strafuitsluitingsgrond heeft ontwikkeld. De constatering dat bepaalde bijzondere strafuitsluitingsgronden als rechtvaardigingsgronden en andere als schulduitsluitingsgronden kunnen worden benoemd is daarom minder relevant.

De relatie tussen de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de delictomschrijving blijkt 'hechter' te zijn dan in het geval van een algemene strafuitsluitingsgrond en een delictomschrijving. Is er bij de algemene strafuitsluitingsgrond sprake van een open formulering die niet direct met enige delictomschrijving is verbonden, bij de bijzondere strafuitsluitingsgrond is er sprake van een open of een gesloten formulering die wel direct aan de delictomschrijving is gelieerd. Een uitspraak omtrent de wederrechtelijkheid van een gedraging is een uitspraak die de strafbaarheid van de gedraging raakt. Het legaliteitsbeginsel van art. 1 Sr vereist dat een bewezen verklaarde gedraging onder een voorafgaande strafbepaling valt. De wederrechtelijkheidbeperkende functie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond wordt toegepast ten aanzien van de delictomschrijving op een manier die de wetgever strikter heeft omschreven dan bij algemene strafuitsluitingsgronden het geval is. Het door de wetgever gewenste afzien van strafoplegging is dan wel het gevolg van feiten en omstandigheden die een strafuitsluitend karakter hebben, maar is in sterkere mate het gevolg van feiten en omstandigheden die aansluiten bij een beslissing omtrent de reikwijdte van een delictomschrijving. De gedraging is, indien geoordeeld wordt dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond van toepassing is, in de geformuleerde en te waarden omstandigheden was al rechtens juist, waardoor er geen sprake van een strafbaar feit is. De eerdere opmerking dat een beroep op een bijzondere strafuitsluitingsgrond een beroep op een algemene strafuitsluitingsgrond onverlet laat is dan wel geen argument om een rangorde tussen de verschillende soorten strafuitsluitingsgronden aan te (kunnen) brengen, maar het kan wel indicatief zijn voor de door de wetgever gewenste werking van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Ook hieruit blijkt dat een oordeel omtrent specifieke omstandigheden die op voorhand de werking van een delictomschrijving beperken, iets anders is dan een oordeel omtrent algemene omstandigheden die achteraf bepalen dat geen straf zal worden opgelegd.

In de kern gaat het hier om de vaststelling van het subtiele verschil tussen rechtmatig gedrag en gedrag dat gerechtvaardigd wordt. In het eerste geval wordt de gedraging geoorloofd geacht en is er te spreken van een veroorlovene norm, indien voldaan is aan de vereisten van de bijzondere strafuitsluitingsgrond ten tijde van de gedraging. In het tweede geval wordt achteraf onderzocht of er zich wellicht omstandigheden hebben voorgedaan die een beroep op een algemene strafuitsluitingsgrond honoreren waardoor de gedraging achteraf gerechtvaardigd wordt. Nu is het inderdaad zo dat indien op een gedraging een rechtvaardigingsgrond van toepassing is, deze gedraging ook achteraf rechtmatig wordt verklaard. Het verschil zit hem in het te hanteren uitgangspunt van het moment waarop de beoordeling van de normatieve betekenis van de strafbepaling plaatsvindt. Eveneens kan hier in herinnering worden gebracht dat de wetgever in bepaalde gevallen de bijzondere strafuitsluitingsgrond een andere rol toedicht dan de algemene strafuitsluitingsgrond en stelt dat de niet-toepassing van een bijzondere strafuitsluitingsgrond de toepasselijkheid van een algemene strafuitsluitingsgrond niet in de weg hoeft te staan.

De tweede reden om de bijzondere strafuitsluitingsgrond een andere processuele positie dan de algemene strafuitsluitingsgrond toe te kennen, is gelegen in het normerende aspect van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Indien de wetgever de omstandigheden verwoordt waaronder de delictomschrijving beperkt wordt, kan aangenomen worden dat de rechtstoepasser actief onderzoek dient te doen naar de al dan niet toepasselijkheid van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De eerdergenoemde tweede grond waarop de bijzondere strafuitsluitingsgrond gewaardeerd kan worden, namelijk als de legislatieve begrenzing van de toepassing van de bevoegdheden van rechtstoepassers moet hieraan gekoppeld worden, nu er in het kader van artikel 1 Sr de eis uit voortvloeit dat de rechtstoepasser de strafbepaling (met inbegrip van de bijzondere strafuitsluitingsgrond) als uitgangspunt neemt. De bijzondere strafuitsluitingsgrond dwingt de rechtstoepasser in een kader om een opsporings- en vervolgingsbeleid te ontwikkelen en op basis van de feitelijke omstandigheden het opportunititeitsbeginsel te hanteren op een wijze die aansluit bij hetgeen door de wetgever is beoogd of door aan te sluiten bij verandering van inzicht omtrent de invulling van (bestanddelen van) de bijzondere strafuitsluitingsgrond. In beide gevallen vindt een toets plaats of er gronden zijn de bijzondere strafuitsluitingsgrond al dan niet van toepassing te achten en al dan niet tot vervolging over te gaan, wat een rechtspolitieke beslissing is. De toepasselijkheid van de bijzondere strafuitsluitingsgrond moet dan echter wel vastgesteld zijn. Een processuele bepaling van de bijzondere strafuitsluitingsgrond dient deze functie zichtbaar te maken.

Daarnaast is er het verschil tussen de bijzondere strafuitsluitingsgrond en vervolgingsrichtlijnen van het openbaar ministerie. Bij de bijzondere strafuitsluitingsgrond wordt niet enkel een norm nader bepaald, maar eveneens ontwikkeld door middel van interpretatie van de bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Vervolgingsrichtlijnen kunnen (eveneens) worden aangepast indien bepaalde inzichten zich wijzigen. Op dat punt is er ook geen verschil tussen vervolgingsrichtlijnen en de bijzondere strafuitsluitingsgrond, hetgeen een argument zou kunnen zijn om bijzondere strafuitsluitingsgronden als vervolgingsuitsluitingsgronden aan te merken en als formeelrechtelijke consequentie niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie aan te nemen indien aan de verschillende bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond zou zijn voldaan.

Echter, aan de toepassing van een vervolgingsuitsluitingsgrond gaat een kwalificatief moment vooraf, door Pelser informele kwalificatie genoemd. Pelser maakt een onderscheid tussen verschillende duidingen van de wettelijke benaming van een delict.<sup>585</sup> Eén onderscheid is dat tussen materieelrechtelijke en informele kwalificatie. Met informele kwalificatie wordt bedoeld op ‘de benamingen die in de praktijk aan delictsomschrijvingen zonder (wettelijke) materieelrechtelijke kwalificatie worden gegeven’. Deze informele kwalificatie is op te vatten als een ‘etiket, een verkorte vorm van het delict’, die een functie heeft in het algemeen spraakgebruik en geen wettelijke functie heeft, maar echter wel dienst doet als ‘samenvatting en daarmee aanduiding van de bestanddelen van het delict’.<sup>586</sup> Hieruit vloeit voort dat de constatering dat er sprake is van een feit die op basis van een bijzondere strafuitsluitingsgrond geen strafbaar feit zou zijn een kwalificatief moment is. Door middel van kwalificatie wordt immers een delict hanteerbaar gemaakt voor en in de strafrechtsketen en wordt een uitspraak gedaan omtrent de strafwaardigheid daarvan. Het herkennen van een feit als een strafbaar feit en het herkennen van feiten en omstandigheden die vervat zijn in een wettelijke bepaling en tot de conclusie zouden moeten leiden dat er geen sprake is van een strafbaar feit is naar mijn mening een kwalificatief moment. Omdat de bijzondere strafuitsluitingsgrond dicht tegen de norm aan ligt, is het naar zijn aard een beslissing die de rechtstoepasser bij zijn beslissing mee moet nemen en niet als onderdeel van een vervolgingsbeslissing, al spreekt het voor zich dat als zich evident een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor lijkt te doen, het openbaar ministerie niet tot vervolging zal beslissen.

Op basis van bovenstaande overwegingen omtrent de verhouding tussen de bijzondere en de algemene strafuitsluitingsgrond, het normerende aspect van de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de overweging met betrekking

<sup>585</sup> Pelser (1995), *a.w.*, p. 62 e.v.

<sup>586</sup> Pelser (1995), *a.w.*, p. 70.

tot informele kwalificatie, is de bijzondere strafuitsluitingsgrond niet in de eerste of de derde vraag van art. 350 Sv te plaatsen. Daarom lijkt het mij juist de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de tweede vraag van art. 350 Sv te plaatsen en deze aldus formeel te beschouwen als een *kwalificatie-uitsluitingsgrond*. Een kwalificatie-uitsluitingsgrond is een grond op basis waarvan conform art. 350 Sv wordt vastgesteld dat een bewezenverklarde gedraging geen strafbaar feit oplevert. Door middel van deze figuur wordt de bijzondere strafuitsluitingsgrond een factor in de beoordeling of er sprake is van een strafbare gedraging, het gaat immers om de wettelijke benoeming van het delict. Op deze wijze wordt het verschil tussen rechtmatigheid/rechtvaardiging en strafbaarheid/straffeloosheid op meer consequente wijze tot uitdrukking gebracht dan wanneer de processuele positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de derde vraag van art. 350 Sv zou zijn gelegen.

### *Kwalificatie en de bijzondere strafuitsluitingsgrond*

In het voorgaande is kort beschreven wat de functie van kwalificatie is. Hier zal het worden betrokken op de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De beperkende werking van een kwalificatie-uitsluitingsgrond ten aanzien van de reikwijdte van de strafwet sluit aan bij de eerder geconstateerde materieelrechtelijke functies van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Er wordt een uitspraak gedaan omtrent de wederrechtelijkheidsbeperking en er wordt aandacht gegeven aan het normerende aspect van de bijzondere strafuitsluitingsgrond voor de rechtstoepasser en de te hanteren bevoegdheden.

Het voordeel van de benoeming van de bijzondere strafuitsluitingsgrond als kwalificatie-uitsluitingsgrond is, dat deze recht doet aan de verschillende redenen die in de parlementaire behandeling van de geselecteerde bijzondere strafuitsluitingsgronden naar voren zijn gebracht. Een van de kenmerken van de kwalificatie-uitsluitingsgrond is dat iedere rechtstoepasser verplicht is deze toe te passen. De rechter kan deze ambtshalve of na een beroep op de toepasselijkheidsverweer toepassen. De instanties die betrokken zijn bij de opsporing- en vervolging van strafbare feiten kunnen, zoals eerder gesteld, op basis van de bijzondere strafuitsluitingsgrond een opsporings- en vervolgingsbeleid voeren. Er dient echter wel ruimte te zijn om de taak van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de kwalificatiebeslissing tot uitdrukking te brengen. Pelsers stelt, op basis van een geschiedkundige exercitie over de kwalificatiebeslissing, dat naast het gegeven dat bewijsbaarheid en strafbaarheid door de wetgever verder van elkaar gescheiden zijn en wijst erop dat het duidelijk is dat:

‘het ontstaan van de kwalificatiebeslissing als expliciet punt van beslissing in de rechterlijke beraadslaging (mede) verband houdt met het streven naar rechtszekerheid en de angst voor willekeur, althans in de wetsgeschiedenis sinds 1838, (...) bij het wetgevingsproces betrokkenen geen verband wordt gelegd met het legaliteits-

beginsel, zoals verwoord in art. 1 Sr (..) Zelfs in de voorbereidingen van ons huidige Wetboek van Strafvordering wordt geen relatie tussen de kwalificatiebeslissing en art 1 Sr gelegd'.<sup>587</sup>

Indien de kwalificatiebeslissing gezien wordt als het moment waarop datgene wat de wetgever bedoelt of heeft willen bedoelen en datgene wat de rechter in concreto vaststelt samenkomen, wekt het geen verbazing dat juist in de kwalificatiebeslissing het legaliteitsbeginsel doorwerkt. De binding van de rechter aan de wet en zijn opdracht tot rechtsontwikkeling beperken zich echter niet tot een oordeel omtrent de delictsomschrijving. Indien de wetgever termen ziet om het bereik van de delictsomschrijving door middel van een bijzondere strafuitsluitingsgrond te beperken, dienen deze, als onderdeel van de strafwet, als het ware 'meegenomen' te worden in een oordeel omtrent de vraag of sprake is van een strafbaar feit. Dat komt goed tot uitdrukking indien de bijzondere strafuitsluitingsgrond als kwalificatieuitsluitingsgrond wordt gezien. Hiermee wordt in de kwalificatiebeslissing niet de grondslag van de tenlastelegging verlaten. De feiten en omstandigheden zoals verwoord in de bijzondere strafuitsluitingsgrond vormen immers geen onderdeel van de delictsomschrijving en behoeven niet ten laste te worden gelegd.

#### *Is er een ander model mogelijk?*

Een alternatief model voor het bovenstaande zou kunnen zijn dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond, indien deze enkel gekwalificeerd wordt als een bijzondere rechtvaardigingsgrond, als een rechtvaardigingsgrond in de tweede vraag van art. 350 Sv komt te vallen. De heersende leer, zoals eerder beschreven, staat hier echter aan in de weg.<sup>588</sup> Toegegeven moet worden dat in de opsporings- en vervolgingsfase de rechtvaardigingsgronden aan bod komen, maar gezien de formeelrechtelijke plaats van rechtvaardigingsgronden in het beslissingsmodel doet dit geen recht aan de bedoeling van de wetgever.

#### 4.7.4. Consequenties

In het voorgaande is getracht duidelijk te maken dat uit het legaliteitsbeginsel voortvloeit dat bijzondere strafuitsluitingsgronden ook bij opsporing en vervolging een normerende factor zijn. De rechtstoepasser dient zich te vergewissen van de al dan niet toepasselijkheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond, zowel in de opsporings- als in de vervolgingsfase. Toegegeven moet worden dat de benoeming van de bijzondere strafuitsluitingsgrond als kwalificatie-uitsluitingsgrond niets toevoegt aan de zienswijze

<sup>587</sup> Pelser (1995), *a.w.*, p. 17-41.

<sup>588</sup> Vgl. Knigge (1987), *a.w.*, p. 289.

waarin de bijzondere strafuitsluitingsgrond in de derde vraag van art. 350 Sv, de vraag met betrekking tot de aanwezigheid van algemene strafuitsluitingsgronden, zou vallen. De eventuele toepasselijkheid van algemene strafuitsluitingsgronden is immers eveneens een aandachtspunt gedurende het opsporingsonderzoek. Indien de bijzondere strafuitsluitingsgrond gezien wordt als kwalificatie-uitsluitingsgrond is het mogelijk om in iedere fase van de strafrechtelijke procedure recht te doen aan de functie die de bijzondere strafuitsluitingsgrond zoals deze blijktens de parlementaire behandeling van de verschillende bijzondere strafuitsluitingsgronden heeft gekregen. Zoals gezegd, betreft deze functie de grens van de strafbaarstelling. In de opsporings- en vervolgingsfase kan er strafrechtelijk beleid worden gevoerd door middel van het ontwikkelen van vervolgingsrichtlijnen, gebaseerd op definities zoals deze in de bijzondere strafuitsluitingsgrond zijn verwoord. De rechter kan dit beleid toetsen en ontwikkelen door middel van een art. 12 Sv-procedure na een klacht of een door het openbaar ministerie gewenste uitspraak omtrent het vervolgingsbeleid door zijn oordeel te formuleren op een verweer strekkende tot de toepasselijkheid van de kwalificatie-uitsluitingsgrond of de ambtshalve constatering dat de kwalificatie-uitsluitingsgrond van toepassing is.

De toepasselijkheid van de bijzondere strafuitsluitingsgrond heeft ook in een ander opzicht gevolgen die afhankelijk zijn van de formulering van de delictomschrijving. Indien er sprake is van een delictomschrijving waarin het bestanddeel wederrechtelijk is opgenomen, men denke aan art. 350a, derde lid, Sr, dient de bijzondere strafuitsluitingsgrond ter concretisering van dat bestanddeel. De bijzondere strafuitsluitingsgrond verwoordt een grond op basis waarvan een delictspecifiek oordeel omtrent de wederrechtelijkheid als bestanddeel in de wet is opgenomen. Het gevolg hiervan is dat bij het van toepassing zijn van de bijzondere strafuitsluitingsgrond de gedraging niet bewezen kan worden en er vrijspraak dient te volgen.<sup>589</sup>

#### *Intermezzo: strafbaarheid van deelnemers*

Het zich in het Algemeen Deel van het Wetboek bevindende art. 50 Sr bepaalt dat de persoonlijke omstandigheden waardoor de strafbaarheid uitgesloten, verminderd of verhoogd worden bij de toepassing van de strafwet alleen in aanmerking komen ten aanzien van de dader of medeplichtige die zij persoonlijk betreffen. In de dogmatiek wordt aangenomen dat dit enkel de algemene schulduitsluitingsgronden betreft en dat rechtvaardigingsgronden buiten dit bestek vallen.<sup>590</sup> De vraag rijst naar de verhouding tus-

<sup>589</sup> Een dergelijk functioneren van de bijzondere strafuitsluitingsgrond ligt dicht aan bij de door Van Veen beschreven facet-wederrechtelijkheid.

<sup>590</sup> Vgl. M. Kessler, 'De persoonlijke werking van de inkeerbepaling van de AWR', *Delikt en Delinkwent* 32, nr. 6, 2002, p. 580 e.v. en De Hullu (2000), *a.w.*, p. 426 e.v.

sen art. 50 en de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Indien de bijzondere strafuitsluitingsgrond als kwalificatie-uitsluitingsgrond benoemd wordt, hangt de werking van art. 50 Sr af van de vormgeving van de bijzondere strafuitsluitingsgrond (en derhalve eveneens van de formulering van de bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond). Bij open geformuleerde bestanddelen dient individueel te worden vastgesteld of een verdachte gezien de gegeven omstandigheden 'te goeder trouw' was, waarbij het naar mijn mening niet uitmaakt of de verdachte een dader of medepleger is. Het betreft een onderzoek naar de rechtmatigheid van de gedraging: uit de feitenconstellatie kan immers blijken dat een verdachte wel te goeder trouw iets aan mocht nemen, maar een verdachte medepleger niet. Bij gesloten bestanddelen zal een dergelijk onderzoek niet veel anders zijn.

Het onderscheid dat ten aanzien van algemene rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden wordt gemaakt om de werking van art. 50 Sr te bepalen, speelt met betrekking tot de bijzondere strafuitsluitingsgrond geen rol, juist omdat het een onderzoek naar het bereik van de strafwet betreft en omdat de rol van een ieder in de feitenconstellatie wordt getoetst aan de vereisten van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Het probleem is echter dat de constatering van de rechtstoepasser plaatsvindt in het kader van een beroep op of een ambtshalve onderzoek naar de toepasselijkheid van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De 'richtlijn' van art. 50 Sr staat daar los van, waardoor de rol van art. 50 Sr met betrekking tot de bijzondere strafuitsluitingsgrond eigenlijk geen of weinig meerwaarde heeft nu voor iedere deelnemer vastgesteld zal moeten worden of hij voldoet aan de vereisten van de bijzondere strafuitsluitingsgrond.

#### 4.7.5. Conceptualisering en consequenties van proceduralisering

De categorie bijzondere strafuitsluitingsgronden die de vorm hebben van proceduralisering bestaat uit verschillende bepalingen waarvan de bestanddelen op verschillende wijze zijn geformuleerd. Sommige bestanddelen kunnen gekwalificeerd worden als procedurele bestanddelen (formele bestanddelen), andere kunnen benoemd worden als bestanddelen die de (inhoudelijke) regulering van een handeling betreffen (materiële bestanddelen). Op deze wijze is het mogelijk de totstandkoming en de uitoefening van de handeling te toetsen aan de regels die hiervoor zijn vastgesteld. Door middel van het vervullen van de formele en de materiële bestanddelen verkrijgt een justitiabele als het ware de toestemming van de wet om de in principe verboden gedraging te verrichten. Dat is in overeenstemming met de eerder geconstateerde wederrechtelijkheidsbeperkende functie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de constatering dat het voldoen aan de verschillende bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond de gedraging rechtens juist maakt.



Bijzondere strafuitsluitingsgronden die zowel formele als materiële bestanddelen bevatten, zijn als bepaling meer geclausuleerd dan artikelleden die louter formele bestanddelen bevatten, nu zowel de toestemming om de handeling te verrichten, als de handeling zelf wordt gereguleerd.<sup>591</sup> Het hoeft geen grote stap te zijn om aan te nemen dat er door middel van het vervullen van formele en materiële bestanddelen een bevoegdheid wordt geschapen om de handeling te verrichten. In dit kader valt voorts op dat de normadressaat, anders dan bij de overige bijzondere strafuitsluitingsgronden, niet een ieder kan zijn, maar iemand in een bepaalde hoedanigheid. Het moment waarop geconstateerd wordt of daar sprake van is, kan afhankelijk zijn van het beoordelingsmoment in de strafprocedure. Het maakt niet uit wanneer geconstateerd wordt dat er niet aan alle vereisten is voldaan. Het gaat er om dat de handeling wordt verricht met volledige inachtneming van de relevante bepalingen. De toetsing of dit daadwerkelijk het geval is (geweest), is een toetsing *ex post*.

Eerder is de inhoud van het concept wederrechtelijkheid benoemd als ‘in strijd met het recht’, hetgeen ook ‘zonder bevoegdheid’ of ‘zonder toestemming’ omvat.<sup>592</sup> Indien niet is voldaan aan de verschillende vereisten met betrekking tot de totstandkoming van de toestemming is er geen toestemming waarbinnen gehandeld wordt en is er aldus wederrechtelijk gehandeld. Hetzelfde geldt voor het niet of onjuist naleven van eventuele materiële vereisten. De bijzondere strafuitsluitingsgrond kan dan niet toegepast worden. Wanneer toestemming bestaat en er is gehandeld volgens eventuele aanvullende voorwaarden, is de handeling rechtens toelaatbaar, niet wederrechtelijk derhalve, daar er volledig is gehandeld binnen de (verkrege)n toestemming. Ditzelfde geldt voor de juiste naleving van eventuele aanvullende vereisten die aan het uitoefenen van de bevoegdheid worden gesteld. Anders gezegd: door de juiste totstandkoming en de juiste naleving van (eventuele) aanvullende vereisten, is er geen sprake van een wederrechtelijke handeling. Indien aan de verschillende formele en materiële voorwaarden is voldaan, is er derhalve geen sprake van een strafbaar feit. Indien men deze redenering volgt, is de bijzondere strafuitsluitingsgrond te zien als een bevoegdheidsverlenende bepaling die permissie geeft de handeling te verrichten. Het handelen wordt genormeerd door middel van een bevoegdheidsverlenende norm.

Met de overige bijzondere strafuitsluitingsgronden hebben deze bijzondere strafuitsluitingsgronden gemeen dat de handeling kan (mag) worden verricht mits voldaan wordt aan de verschillende in de strafuitsluitingsgrond verwoorde feiten en omstandigheden. De handeling wordt rechtens toelaatbaar geacht. Het verschil tussen beide soorten bijzondere strafuitsluitings-

<sup>591</sup> Vgl. Wöretsfhofer (1992), *aw.*, p. 313.

<sup>592</sup> Vgl. paragraaf 2.4.2..

gronden is, zoals gezegd, dat de feiten en omstandigheden in de categorie bijzondere strafuitsluitingsgronden die als proceduralisering van rechtsgoederenbescherming zijn te benoemen, strikter zijn omschreven. Dit laat de mogelijkheid van rechterlijke interpretatie van de relevante wet- en regelgeving onverlet, doch deze is meer gestuurd dan bij de andere bijzondere strafuitsluitingsgronden het geval zou zijn.

In het geval van de artikelen 139a-139c wordt door middel van de wetsverwijzing naar de procedure in de WIV 2002 de toestemming verkregen om op verschillende wijzen de gewenste gegevens te verkrijgen. De formele bestanddelen van de relevante artikellieden bestaan uit een verwijzing naar de procedure in de WIV 2002 en de aldaar genoemde vereisten zoals genoemd in - het bevoegdheidsverlenende - art. 25 WIV 2002. Handelen conform de artikelen 25 en 26 WIV 2002 sluit eveneens de wederrechtelijkheid uit. In het geval van art. 293, tweede lid, Sr wordt de toestemming gegeven een thanische handeling te verrichten. De bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 293, tweede lid, Sr behelst zowel formele als materiële bestanddelen. De formele bestanddelen betreffen de procedure die in art. 2 WTL dient te worden gevolgd en de melding, de materiële bestanddelen betreffen de inhoudelijke vereisten die art. 2 WTL aan een arts stelt, waarbij kan worden gedacht aan palliatieve zorg, zorgvuldigheid van levensbeëindiging, het oordeel met betrekking tot de vrijwilligheid van het verzoek en het uitzichtloos en ondragelijk lijden.<sup>593</sup> Ex art. 296, vijfde lid, Sr wordt toestemming gegeven een abortieve handeling te verrichten. Voor zover het enkel en alleen procedurele bestanddelen betreft die de bevoegdheid constitueren, is het opnemen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond met louter formele bestanddelen in combinatie met een bijzondere wet enigszins bevreemdend. De bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 296, vijfde lid, WAZ, zijn qua aard en strekking hetzelfde als het in art. 2 WAZ gestelde. De bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 280, tweede en derde lid, Sr behelst de formulering van verschillende wijzen van toestemming, welke verschillende wijzen formeel of materieel worden gereguleerd. Een voorbeeld van een formele bepaling hierbij is art. 280, tweede lid, sub b, Sr. Als voorbeeld van een materiële bepaling kan art. 280, tweede lid onder c, jo. art. 280, derde lid, Sr genoemd worden.

In de strafrechtsdogmatiek geldt dat wederrechtelijkheid deel uitmaakt van het strafbare feit. Indien de wederrechtelijkheid door middel van de constatering van de toestemming en de juiste naleving van de aanvullende vereisten niet aanwezig is, zou het strafrechtsdogmatisch niet noodzakelijk zijn een bijzondere strafuitsluitingsgrond te formuleren om tot straffeloos-

<sup>593</sup> De wetgever maakt met betrekking tot de verschillende vereisten van art. 2 WTL ook een onderscheid tussen formele en materiële vereisten. *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 691, nr. 6, p. 53 e.v., *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 691, nr. 22, p. 64 e.v.

heid te kunnen komen. In dat kader zouden vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de formulering van art. 296 Sr. Op basis van art. 2 WAZ mogen abortieve handelingen slechts verricht worden door een arts in een ziekenhuis of kliniek die daarvoor de benodigde vergunning heeft. De bijzondere strafuitsluitingsgrond verwijst niet expliciet naar art. 2 WAZ, maar naar de WAZ als geheel. Een ander voorbeeld is de verwijzing naar de bevoegdheden en de procedures van de WIV 2002 in de bijzondere strafuitsluitingsgronden van de artikelen 139a-c Sr: de bevoegdheid is te vinden in de WIV 2002, er wordt slechts naar verwezen zonder dat deze nader wordt geclausuleerd. Dit constaterende, kan hieraan de conclusie verbonden worden dat hier blijkt dat de wetgever de wederrechtelijkheid als element van een strafbaar feit op een andere manier opvat dan in de strafrechtsdogmatiek min of meer gebruikelijk is. Anders gezegd: gesteld zou kunnen worden dat de wetgever in deze de strafrechtsdogmatiek (in dit geval) niet (geheel) volgt of kennelijk andere opvattingen huldigt indien hij daar redenen toe heeft. Men denke hierbij aan rechtspolitieke overwegingen. In het verlengde hiervan kan gezegd worden dat de wetgever de opsporings- en vervolgingsnormerende functie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van een zodanig belang acht dat dergelijke kleine strafrechtsdogmatische oneffenheden zoals hierboven gesignaleerd voor lief worden genomen.

Wat eerder gesteld is ten aanzien van de bijzondere strafuitsluitingsgrond als kwalificatie-uitsluitingsgrond geldt eveneens bij deze categorie bijzondere strafuitsluitingsgronden, te weten de bijzondere strafuitsluitingsgronden waar sprake is van proceduralisering. In deze categorie bijzondere strafuitsluitingsgronden is de formeelrechtelijke consequentie afhankelijk van de formulering van de bepaling. Er dient rekening gehouden te worden met de aanwezigheid van formele en/of materiële bestanddelen en de mate waarin deze aanwezig zijn. Indien sprake is van een volledig procedurele bepaling, dat wil zeggen formele bestanddelen zonder regulatieve vereisten, kan bij een voor hem negatieve vervolgingsbeslissing de verdachte op grond van art. 250 Sv bij de rechtbank een bezwaarschrift indienen tegen de kennisgeving van verdere vervolging of tegen de dagvaarding omdat het openbaar ministerie in redelijkheid niet tot vervolging heeft kunnen beslissen. De gronden van het bezwaar zouden geformuleerd kunnen worden op grond van feiten en omstandigheden te stellen welke door de rechtbank makkelijk te toetsen zijn: het gaat dan om het overleggen van eventuele bescheiden, vergunningen en dergelijke. Volledig procedurele bepalingen als art. 296, vijfde lid, Sr of art. 139a, derde lid, sub 3, Sr vereisen immers slechts de constatering of is voldaan aan de in de strafuitsluitingsgrond - al dan niet in combinatie met eventuele vereisten welke door middel van een bijzondere wet gesteld worden - genoemde vereisten. Indien uit feiten en omstandigheden blijkt dat hiernaar geen onderzoek is verricht en/of dat aan de vereisten is voldaan, dan zou dit de ontvankelijkheid van het openbaar

ministerie kunnen raken. Indien de bijzondere strafuitsluitingsgrond echter een of meer materiële bestanddelen welke interpretatie behoeven bevat, dan is het aan de rechter om te toetsen of aan die materiële vereisten is voldaan. Dit kan echter ook bij bepaalde formele bestanddelen, indien deze bestanddelen een bepaalde hoedanigheid of een dienstverband betreffen, zoals ‘arts’ en ‘hulpverlener’.

#### **4.8. Eindconclusies**

In dit hoofdstuk is gepoogd de bijzondere strafuitsluitingsgrond als vorm van techniek van regel en uitzondering in de strafwet een plaats binnen de strafrechtsdogmatiek te geven. Op basis van een waardering van de wijze waarop twee strafrechtsdogmatische concepten, te weten het ontbreken van subsocialiteit en het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid, zich hebben ontwikkeld is de figuur van de bijzondere strafuitsluitingsgrond vorm gegeven. Op basis van deze vormgeving is de processuele positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond aangeduid.

De wetgever spreekt zich in het algemeen niet uitdrukkelijk uit omtrent de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het algemeen. In sommige gevallen wordt deze in de parlementaire behandeling benoemd als een rechtvaardigingsgrond. De koppeling van de bijzondere strafuitsluitingsgrond aan concepten als het ontbreken van subsocialiteit en het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid is een constructie die ik heb gekozen om bepaalde verbanden met bepaalde strafrechtsdogmatische constructies aan de wetgever te kunnen toeschrijven en van waaruit ik de dogmatische caso quo materieelrechtelijke en processuele of formeelrechtelijke positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond heb bepaald. De materieelrechtelijke positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond is omschreven als een wetgevingstechnische reactie of anticipatie op inzichten omtrent strafwaardigheid en het gebruik van strafrechtelijke en strafvorderlijke bevoegdheden. Voor zover inzichten omtrent strafwaardigheid als uitgangspunt worden genomen, fungeert de bijzondere strafuitsluitingsgrond als wederrechtelijkheidsdefiniërende of wederrechtelijkheidsbeperkende factor die in de structuur van een strafbaar feit dient te worden opgenomen. Op een dergelijke manier is de rechtstoepasser in staat de strafwet te actualiseren of te doen aansluiten bij verander(en)de inzichten omtrent de strafwaardigheid van bepaalde delicten of, anders gezegd, de mate van bescherming van een rechtsgoed. De wetgever geeft door middel van de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond een vingerwijzing omtrent de aard en mate waarin dat dient te geschieden. De functie van de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond als zodanig betreft de processuele positie van het artikellid. De formulering van de bestanddelen kent verschillende methodes. Er is een

onderscheid te maken tussen open en gesloten bestanddelen. In beide gevallen is er een opening om aan te sluiten, indien daar sprake van is, bij het maatschappelijk segment waarin de delictsomschrijving en de nuancering van de delictsomschrijving van toepassing zijn. Als er sprake is van gesloten bestanddelen, is de rechterlijke vrijheid gebonden aan de procedurele (formele) en materiële bestanddelen die in de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de daarmee verbonden wet- en regelgeving zijn neergelegd.

Met betrekking tot het gebruik van strafvorderlijke bevoegdheden vloeit uit de normerende werking van de bijzondere strafuitsluitingsgrond als onderdeel van de strafwet voort dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond te zien is als de legislatieve begrenzing van de rechtstoepasser bij het hanteren van strafrechtelijke bevoegdheden of de straf als instrument. Het oordeel van een rechtstoepasser omtrent de al-dan-niet toepasselijkheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond dient gebaseerd te zijn op een gedegen onderzoek of voldaan is aan de vereisten die in de bijzondere strafuitsluitingsgrond, in eventuele vervolgingsrichtlijnen die zijn vastgesteld en in de jurisprudentie voor zover deze aanwezig is.

De bijzondere strafuitsluitingsgrond behelst een oordeel omtrent de wederrechtelijkheid van een gedraging. Kenmerkend voor bijzondere strafuitsluitingsgronden is derhalve dat zij een norm nader definiëren. Als kwalificatie-uitsluitingsgrond is de bijzondere strafuitsluitingsgrond daarom een omstandigheid die in iedere fase van het opsporingsonderzoek, de vervolging of (indien het zover komt) de beraadslaging naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting in ogenschouw dient te worden genomen. Zowel de justitiabele als de rechtstoepasser kan hierdoor op ieder gewenst moment de bijzondere strafuitsluitingsgrond gebruiken of toepassen. De koppeling van de bijzondere strafuitsluitingsgrond aan een of meer specifieke delicten en het vooraf gaan van een oordeel omtrent een bijzondere strafuitsluitingsgrond aan een oordeel omtrent een algemene strafuitsluitingsgrond, rechtvaardigt de conclusie dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond, zich van de algemene strafuitsluitingsgrond onderscheidt tegen opzichte van een delictsomschrijving en het functioneren van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het beslissingsmodel.

Op basis van de inzichten die in dit hoofdstuk zijn verkregen en de constructie die is opgezet is het vanwege de gewenste terminologische precisie ter duiding van juridische fenomenen, gewenst de term *bijzondere strafuitsluitingsgrond* waar het artikelleden of artikelen anders dan een delictsomschrijving betreft die blijkens hun bewoordingen uitsluiting van strafbaarheid beogen 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.



## HOOFDSTUK 5

### DE TECHNIEK VAN REGEL EN UITZONDERING IN HET BESTUURSRECHT: DE WONINGWET EN DE WET MILIEUBEHEER

#### 5.1. Inleiding

In het voorgaande deel is een variant van het systeem van regel en uitzondering in het strafrecht beschreven: de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond. Een van de onderzoeksvragen van deze studie is de vraag naar de rol van bijzondere strafuitsluitingsgronden in het bestuursrecht.

In bestuursrechtelijke wetgeving fungeert de strafbaarstelling veelal als sluitstuk van een regeling. Verschillende soorten wetgeving en op basis daarvan vastgestelde uitvoeringsbesluiten zorgen ervoor dat veel inhoudelijke bepalingen van de in casu geldende wet- en regelgeving niet in de wet zelf, maar in de uitvoeringsbesluiten en lagere regelgeving te vinden zijn.<sup>594</sup> Dit wordt ‘gelede normstelling’ genoemd. Het systeem van gelede normstelling betekent dat een algemene norm nader ingevuld wordt via nader vastgestelde of vast te stellen wet- en regelgeving. In iedere ‘laag’ wordt een deel van de norm vastgesteld. Deze nader vastgestelde wet- en regelgeving bepalen in onderlinge samenhang uiteindelijk de invulling van een rechtshandeling door een bestuursorgaan. In bestuursrechtelijke wet- en regelgeving zijn er - al dan niet in het kader van gelede normstelling - eveneens verschillende bepalingen die eenzelfde rol hebben als de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond. Deze bepalingen worden in dit deel van het onderzoek onderzocht. Voor het strafrechtelijk deel is het onderzoeksobject omschreven als ‘artikelleden of artikelen - anders dan een delictsommschrijving - in het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht die blijkens hun bewoordingen uitsluiting van strafbaarheid beogen’. In dit deel zal deze omschrijving onverkort gelden, met de uitbreiding dat het hier eveneens gaat om artikelleden die uitzonderingen vormen op de hoofdregel, zonder dat de hoofdregel een delictsommschrijving omvat en welke uitzondering door de rechtstoepasser eveneens in een oordeel omtrent de hoofdregel betrokken dient te worden.

Het Nederlands recht kent bestuursrecht en bestuursstrafrecht. Met name het bestuursstrafrecht wordt steeds belangrijker, niet in de laatste plaats

<sup>594</sup> Vgl. Visser (2001), *a.w.*, p. 254.

vanwege de Vierde tranche van de Awb.<sup>595</sup> Deze Vierde tranche bevat algemene strafuitsluitinggronden, waarvan gesteld kan worden dat deze eenzelfde functie hebben als de algemene strafuitsluitingsgronden in het strafrecht. Het gaat in dit onderzoek echter met name om de verhouding tussen enerzijds normstelling en anderzijds bepalingen die vanwege een bepaalde techniek van regel en uitzondering terugslaan op die normstelling. Anders gezegd: het onderzoek betreft bepalingen die specifieke uitzonderingen op een bepaalde norm betreffen. Daarom ligt het hier niet voor de hand in te gaan op de algemene strafuitsluitingsgronden in de Vierde tranche of in het bestuursstrafrecht als zodanig. Voor dit onderzoek is het interessanter om een vergelijking te maken tussen de inzichten die het strafrechtelijk deel hebben opgeleverd en wetsbepalingen in het bestuursrecht om te zien of er in het bestuursrecht bepalingen met een vergelijkbare functie bestaan. Ik ga dus niet in op bestuursstrafrechtelijke bepalingen, maar op bestuurswetten en zal er later in dit hoofdstuk twee behandelen, te weten de Woningwet en de Wet milieubeheer.

## 5.2. Methodologische opmerkingen

De aard van de bestuursrechtelijke wet- en regelgeving brengt met zich mee dat de techniek van regel en uitzondering daar op een andere manier wordt ingevuld, namelijk afgestemd op relevante wet- en regelgeving. Dit heeft gevolgen voor de wijze waarop een en ander door de wetgever geformuleerd wordt. In het strafrechtelijk deel kon een categorisering worden gemaakt op basis waarvan onderzocht kon worden of er verschillende motieven ten grondslag lagen aan de verschillend geformuleerde bepalingen die als bijzondere strafuitsluitingsgrond werden benoemd. Mede op basis daarvan kon de functie en de positie van die bepalingen vastgesteld worden. Het moge duidelijk zijn dat dit in het bestuursrecht vanwege de aard van de wet- en regelgeving en de wijze waarop deze wordt vormgegeven geen goede methode zou zijn. De diversiteit in de formulering van de bepalingen die een zelfde functie vervullen als de bijzondere strafuitsluitingsgrond is groot, zoals uit de voorbeelden in dit hoofdstuk zal blijken. Dit dwingt er min of meer toe het vervolg van het onderzoek op een andere manier in te vullen. Omdat het hier een onderzoek betreft naar de techniek van regel en uitzondering, zal gezocht moeten worden naar bepalingen in bestuursrechtelijke wet- en regelgeving die een functionele equivalentie hebben ten opzichte van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het straf-

<sup>595</sup> *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 702, nr. 3. Aanvulling van de Algemene wet Bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht). Hartmann/Van Russen Groen (1998), *a.w.*, p. 74. en, van dezelfde auteurs, 'Bestuursstrafrecht', in H. de Doelder en L.J.J. Rogier (red.), *Opstellen over bestuursstrafrecht*, SI-EUR-reeks deel 3, Gouda Quint1994, p. 27 e.v.



recht. Hiertoe zullen twee wetten worden beschouwd die als voorbeeld kunnen dienen voor bestuursrechtelijke wet- en regelgeving: de eerdergenoemde Woningwet en de Wet milieubeheer. Er wordt begonnen met enkele inleidende opmerkingen over bestuursrecht (5.3.). Vervolgens komt het legaliteitsbeginsel aan bod in 5.4. Daarna wordt vanaf paragraaf 5.5 de gekozen wetten behandeld. Voordat deze wetten inhoudelijk behandeld worden wordt hun maatschappelijke achtergrond geschetst.

### **5.3. Enige relevante opmerkingen over bestuursrecht in het algemeen**

Bestuursrecht is, evenals strafrecht, publiekrecht en maakt daarom deel uit een van de mogelijkheden die de overheid ten dienste staan om een samenleving vorm te geven. Bestuursrecht is in het verlengde hiervan te zien als een politiek instrument dat gebruikt kan worden ter behartiging van belangen die bestempeld worden als algemene belangen die onderwerp zijn van overheidsbeleid.<sup>596</sup> Er zijn drie ‘componenten’ van het bestuursrecht: wetgeving, rechtspraak en bestuur. Het bestuursrecht betreft in de eerste plaats voor zover het niet de Grondwet betreft, de organisatie van het overheidsbestuur en de regeling van de verschillende verhoudingen tussen de onderdelen van dat overheidsbestuur. Met betrekking tot rechtspraak en wetgeving is hier van belang dat het bestuursrecht enerzijds bestaat uit de formele bestuursrechtelijke procedures zoals deze in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) hun weerslag hebben gevonden en anderzijds uit de materiële belangen, rechten en verplichtingen van de subjecten van het bestuursrecht zoals deze door bestuurswetgeving worden gedefinieerd. Uit deze twee componenten, rechtspraak en wetgeving, blijkt zowel het instrumentele als het rechtsbeschermende aspect van het bestuursrecht. Dat rechtsbeschermende element bestaat uit procedures, vereisten die aan deze procedures worden gesteld en conflictregulerende bepalingen betreffende bezwaar, beroep en de procedure bij de rechter, het instrumentele element bestaat uit het gebruik wat van het bestuursrecht wordt gemaakt om beleid uit te voeren, te besturen.

<sup>596</sup> Vgl. De Haan e.a. (2001), *a.w.*, p. 1-9. Met ‘overheid’ wordt hier bedoeld op ambten aan wie publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend of deze toe kunnen kennen. De term ‘decentrale overheden’ behelst provincies, gemeenten, waterschappen, publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties en zelfstandige bestuursorganen: De Haan e.a. (2001), *a.w.*, p. 3, H.D. van Wijk, ‘Vastheid en vaagheid in het bestuursrecht. Openbare les, gegeven bij de aanvaarding van het ambt van lector in de rechtsgeleerdheid aan de Vrije Universiteit te Amsterdam’, in: A.M. Donner (red.), *Besturen met recht. Een keuze uit het werk van prof. mr. H.D. van Wijk*, Vereniging van Nederlandse gemeenten, ’s Gravenhage, 1974, p. 55-71. E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De mens in de sociale rechtsstaat’, in: G.M. van Velthoven e.a. (red.), *Overheidsbemoedienis. Opstellen ter gelegenheid van het 11de lustrum van de Katholieke Hogeschool Tilburg*, Kluwer, Deventer, 1982, p. 21-33 en J.H. Jans e.a. (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Ars Aequi Libri, tweede druk, Nijmegen, 2002, L.F.M. Beselink e.a. (red.), *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002.

Het handelen van het bestuur wordt gereguleerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze hebben deels hun codificatie gevonden in de Algemene wet bestuursrecht.<sup>597</sup> De algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben verschillende functies en betekenissen. In dit onderzoek omtrent de bijzondere strafuitsluitingsgrond hebben we eerder gezien dat de onderzochte bepalingen een specifieke, geschreven, bijstelling van de norm inhouden. Ook in het bestuursrechtelijk deel zal bekeken worden hoe de bijstelling van de norm geregeld is en welke consequenties dit heeft voor het bestuurshandelen. Zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht kennen we het gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel. In beide rechtsgebieden zijn dit een bron van interpretatie van de delictomschrijving of van toetsing van het vervolgingsrecht. Dergelijke interpretatiemogelijkheden staan echter los van overwegingen met betrekking tot een norm en een geschreven bijstelling van de norm: het zijn zelfs twee verschillende zaken. Het spreekt voor zich dat bij dit bestuurshandelen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur betrokken worden of betrokken kunnen worden, maar voor het onderzoeksobject als zodanig heeft een uitgebreide uitweiding over de grondslag en het functioneren van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geen meerwaarde.

In het bestuursrecht wordt de verhouding tussen de burger en de overheid en de maatschappelijke ordening op een andere manier vormgegeven dan in het strafrecht. Dit is noodzakelijk vanwege de complexiteit van de verschillende regelingen aan de hand waarvan het bestuur zijn taak vervult - het betreft zowel nationaalrechtelijke als internationaal-rechtelijke rechtshandhaving en beleidsimplementatie - en de gewenste flexibiliteit om deze taak zo goed mogelijk, mede naar lokale omstandigheden, te kunnen vervullen. Het bestuursorgaan dient rekening te houden met alle eerder

<sup>597</sup> Vgl. *Kamerstukken II*, 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 12-13 (Eerste tranche Algemene wet bestuursrecht), *Kamerstukken II*, 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 11-14 en J.B.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursrecht*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1994, p. 14 e.v., Nicolaï e.a. (1997), *a.w.*, p. 456 en Van der Heijden (2001), *a.w.*, p. 252 e.v. Over de rechtsbetrekking die hier speelt: E.M.H. Hirsch Ballin, 'Wederkerig bestuursrecht', *RM Themis*, 1989, p. 1-4, J.L.M. Gribnau, 'De rechtsbetrekking in het bestuursrecht. Een overbodig concept?' in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid? Vooruitzichten van de aansprakelijkheid van de overheid in bestuurs-, straf- en civielrechtelijk perspectief*, SI/EUR deel 13, Gouda Quint, Deventer, 1996, p. 95-118. R.M. van Male, *Onvoltooid recht. Over rechtsbetrekkingen, bestuursrecht en bestuursprocesrecht*, oratie EUR, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1993, p. 9 e.v., Norbert Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Müller Jur. Verl., Heidelberg, 1982, p. 289 e.v en G.M.A. van der Heijden, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur*, diss. UvA, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 2001, p. 4 e.v. In een strafrechtelijk kader kan hier gewezen worden op de beginselen van een goede procesorde zoals beschreven door Cleiren, beginselen die eveneens overheidshandelen reguleren, ofwel als gedragseisen die vooraf aan overheidsorganen worden gesteld, ofwel als toetsingsmaatstaven voor de rechter achteraf. C.P.M. Cleiren, 'Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en beginselen van behoorlijk bestuur?', in: *Delikt en Delinkwent*, 1990, p. 497-514 C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde*, diss. RUL, Gouda Quint, Arnhem, 1989, p. 314 e.v.

vastgestelde deelnormen bij zowel de eventuele vaststelling van een eigen deelnorm als bij het inschakelen van de norm bij de rechtshandhaving.<sup>598</sup> Resumerend: het bestuursrecht betreft zowel het recht van het bestuur om maatschappelijke structuren en processen te beïnvloeden en tot implementatie van beleid over te (kunnen) gaan als de bescherming van de burger hiertegen.

#### 5.4. Bestuursrecht en legaliteit

Net als in het strafrecht neemt in het bestuursrecht het legaliteitsbeginsel een belangrijke plaats in. Het bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel, de wetmatigheid van het besturen, betreft in de kern de overweging dat alle overheidshandelen op een wettelijke grondslag dient te berusten. Uit het legaliteitsbeginsel vloeit derhalve voort dat de wet een normering van het handelen van het bestuur verschaft.<sup>599</sup> Voor een besluit van een bestuursorgaan waarbij eenzijdig een belang (een bevoegdheid, een recht of een plicht) van een burger wordt vastgesteld, is in het algemeen een formeel-wettelijke grondslag nodig.<sup>600</sup> In het bestuursrecht wordt dit ook het 'wetmatigheidsbeginsel' genoemd. Het heeft betrekking op alle bevoegdheden van bestuursorganen die inbreuken (kunnen) maken op rechten of vrijheden van burgers.<sup>601</sup> Een uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel is het specialiteitsbeginsel. In principe dient een wettelijke grondslag de grenzen van de bevoegdheid zo duidelijk en specifiek mogelijk af te bakenen, interpretatiemogelijkheden daargelaten. De grondslag is concreter, specifiek, in-

<sup>598</sup> Nicolai e.a. (1997), *a.w.*, p. 233 e.v., De Haan (2001), *a.w.*, p. 279-280, Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male (2002), p. 130 e.v. Zie met betrekking tot rechtshandhaving en het bestuurlijk instrumentarium F.C.M.A. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling', VAR-reeks, deel 114, *Handhaving van het bestuursrecht. Preadviezen*, Samson, H.D. Tjeenk Willink, Alphen a/d Rijn, 1995, F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1994, P.G. Wiewel, *Rechtsbescherming tegen bestraffing. Een onderzoek naar de rechterlijke toetsingsgronden bij het opleggen van bestuurlijke boeten en de vergelijkbare beslissingen in strafzaken*, diss. UvA, Ars Aequi Libri, 2001, p. 167 e.v. en de nota's *Recht in beweging (Kamerstukken II, 1989-1990, 21 829, nrs. 1-2)*, *Zicht op wetgeving (Kamerstukken II, 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2)* en *Met vaste hand (Kamerstukken II, 1990-1991, 22 045, nrs. 1-2)*. Vgl. ten aanzien van de groei van het gebruik van bestuurlijke boeten en deze criteria Corstens (1995), *a.w.*, p. 17 e.v. en Wiewel (2001), p. 178 e.v.

<sup>599</sup> H.A. Oldenzijl, *Wetgeving en rechtszekerheid. Een onderzoek naar de bijdrage van het legaliteitsvereiste aan de rechtszekerheid van de burger*, diss. Groningen, Kluwer, Deventer, 1998, p. 180.

<sup>600</sup> F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, diss. VU, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1996, Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male (2002), *a.w.*, p. 30 e.v., Hirsch Ballin (1989), *a.w.*, p. 15-27. 'In het algemeen', nu er ook leerstukken betreffende noodrecht en 'implied powers' of 'geïmpliceerde bevoegdheden' zijn. Vgl. F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst van de geïmpliceerde bevoegdheden?', *RM Themis* 2002/3, p. 123-137 en Van Ommeren (1996), *a.w.*, p. 107-133.

<sup>601</sup> Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male (2002), *a.w.*, p. 30 e.v.

dien in de wettelijke bepaling de verschillende voorwaarden en omstandigheden worden geschetst op basis waarvan een bestuursorgaan de bevoegdheid heeft op te treden.<sup>602</sup> Van der Vlies brengt in het kader van nieuwe opvattingen omtrent het wetsbegrip een nuance aan waar zij stelt dat de rechtsstaat grondvest dient te worden in de moderne verzorgingsstaat, waardoor een geïntegreerd geheel zou kunnen ontstaan waarbinnen een juist gebruik en nadere normering van beleidsruimte mogelijk is en aldus de veranderde taak van de wetgever beter tot uitdrukking zou komen. ‘Het formele aspect van de rechtsstaat moet worden aangepast aan de veranderingen die zich die zich in het materiële aspect hebben voltrokken’.<sup>603</sup> Wetgevingskwaliteit dient voorop te staan, niet een onwenselijk geachte taakverzwaring van de wetgever. Daarnaast zijn er in haar optiek goede argumenten, gelegen in de bestuurspraktijk, om de taak van de wetgever eerder te beperken dan uit te breiden:

‘Het stelsel dat de wetgever in beginsel alle rechtsnormen moet stellen werkt in zeker opzicht frustrerend voor het stellen van normen die toegesneden zijn op de bestuurspraktijk. Het stelsel gaat er immers van uit dat alles vanuit één centrum te besturen zou zijn. In de praktijk is dat echter niet het geval, terwijl er wel behoefte bestaat aan adequate normering. Omdat het bestuur zelf geen adequate normen krijgt van hogerhand, gaat het deze normen zelf ontwikkelen. Daardoor kan kortsluiting ontstaan met normen die door de wetgever zijn gesteld, o.a. omdat de wetgever niet in voldoende mate rekening houdt met de mogelijkheid dat het bestuur vanuit een eigen deskundigheid normen stelt. Het resultaat is rechtsonzekerheid voor de justitiabele vanwege de deels vage in-adequate normen van de wetgever en de daarop niet geheel aansluitende normen van het bestuur’.<sup>604</sup>

Haar conclusie is dat er twee aspecten van het legaliteitsbeginsel te onderscheiden zijn. Het bestuur mag ten eerste geen ingrijpende besluiten nemen nu de bevoegdheid tot het nemen van een exclusieve bevoegdheid is van de wetgever,<sup>605</sup> welke bevoegdheid eveneens beperkt is. Ten tweede: ‘het be-

<sup>602</sup> Van Ommeren (1996), *a.w.*, p. 115. Stout betreft de rol van democratische controle en democratische legitimatie bij het specialiteitsbeginsel en wijst op een discrepantie tussen het legaliteitsbeginsel en het specialiteitsbeginsel. Als voorbeeld wijst hij op vrije of onvoldoende genormeerde (wettelijke) bevoegdheden waar het legaliteitsbeginsel ‘als concept om de grenzen van de belangenafweging aan te geven’ te kort kan schieten. H.D. Stout, ‘Doelmatige bestuurlijke belangenafweging: een speciaal terrein’, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, p. 337-354.

<sup>603</sup> I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, diss. UvA, ’s Gravenhage, 1984, p. 4-5.

<sup>604</sup> Van der Vlies (1984), *a.w.*, p. 5.

<sup>605</sup> ‘De wetsvorm is niet bedoeld als zo maar een willekeurige vorm waarin elk besluit kan worden genomen. Bovendien is de wet de hoogste regeling. De systematiek van de constitutionele ordening loopt spaak als bij een conflict van regels blijkt dat belangrijke besluiten in lagere regels zijn neergelegd en minder belangrijke besluiten neergelegd in hogere regels (waarmee zij onder omstandigheden in strijd zijn). Een dergelijk conflict kan alleen voorkomen worden als bij wet alleen de belangrijkste besluiten zijn vastgesteld’. Van der Vlies (1984), *a.w.*, p. 122.

stuur moet zoveel mogelijk zijn bevoegdheid volgens van tevoren vastgestelde, zo algemeen mogelijk geformuleerde regels uitoefenen.<sup>606</sup> Elders omschrijft zij deze aspecten als de onderworpenheid van het bestuur aan een tevoren gestelde, algemene regel en de onderworpenheid aan een ander (hoger) orgaan, in het bijzonder de wetgevende macht waarvan de parlementaire wetgever deel uitmaakt.<sup>607</sup> De consequentie van een dergelijke visie is, dat niet ieder besluit een *formeelwettelijke* grondslag behoeft. Het blijkt een kwestie van proportionaliteit (samenhangend met de ingrijpendheid van het besluit) te zijn, gecombineerd met de vrije beleidsruimte. Daarnaast geldt dat indien er in bepaalde gevallen geen algemene formeelwettelijke regel voorhanden is, de regel waarop het besluit berust niet door het bestuursorgaan dat het besluit neemt zelf kan worden vastgesteld.<sup>608</sup>

Eerder is gesteld dat de notie van rechtszekerheid deel uitmaakt van het legaliteitsbeginsel, zo ook in het bestuursrecht. Echter, de aard en structuur van bestuursrechtelijke wetgeving, te denken valt bijvoorbeeld aan het stelsel van gelede normstelling en de beleidsvrijheid waarover een bestuursorgaan beschikt doet de vraag oproepen of rechtszekerheid in de zin van ‘kenbaarheid van het recht en wet- en regelgeving’ in het bestuursrecht wel de prominente plaats inneemt die daaraan is toegeschreven.<sup>609</sup> Scheltema wijst in dit kader op het gevaar van de vooronderstellingen die er ten opzichte van rechtszekerheid zouden zijn. Uit empirisch onderzoek zou kunnen blijken dat er een discrepantie is tussen enerzijds de waarborgfunctie die in de dogmatiek aan rechtszekerheid wordt toegeschreven en anderzijds de praktijk.

‘Het grote gevaar daarvan is dat een rechtstelsel wordt opgebouwd dat gebaseerd is op veronderstellingen over het functioneren van het recht die niet met de werkelijkheid in overeenstemming zijn. Daardoor kan men idealen nastreven, die veel minder heil brengen dan men aanneemt. Evenzeer is het mogelijk dat men essentiële gebreken in het rechtssysteem niet opmerkt omdat men zich onvoldoende rekenschap geeft van wat er zich in de rechtspraktijk afspeelt. Wat hebben wij aan een bestuursrecht dat de burger in theorie prachtig beschermt tegen de overheid, maar dat in de praktijk niet zo werkt?’<sup>610</sup>

<sup>606</sup> Van der Vlies (1984), *a.w.*, p. 85-124.

<sup>607</sup> P.W.A. Gerritzen - Rode en I.C. van der Vlies, *Beginselen van bestuursrecht*, Samson, H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, tweede druk, 1994, p. 49-53.

<sup>608</sup> Vgl. Nicolai e.a. (1997), *a.w.*, p. 10. In dit kader kan gedacht worden aan besluiten gebaseerd op art. 89 GW en delegatiebepalingen.

<sup>609</sup> Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male (2002), *a.w.*, p. 33 en 137-148. Hiernaast blijkt uit onderzoek dat bestuursorganen een informerende functie hebben ten aanzien van de rechten en verplichtingen van justitiabelen. Scheltema wijst in dit kader naar de dissertatie van A.T. Marseille (*Voorspelbaarheid van bestuurshandelen*, Groningen, 1993), M. Scheltema, *De wondere wereld van het bestuursrecht*, Kluwer, Deventer, 1997, p. 2-3.

<sup>610</sup> Scheltema (1997), p. 4.

## *Verskil in de hantering en de interpretatie van het legaliteitsbeginsel?*

Is er een verschil aan te wijzen tussen het strafrechtelijke en het staats- en bestuursrechtelijke legaliteitsbeginsel? De geschiedkundige wortels verschillen niet bijster veel. Het bestuursrechtelijk legaliteitsbeginsel is eveneens onder te brengen in het concept van democratische rechtsstaat, zoals eerder in het tweede hoofdstuk beschreven. Ook in politiek opzicht is er weinig verschil te duiden. Zo wijst Ten Berge op de regisserende rol die de overheid ten opzichte van de samenleving heeft. Hij maakt in dat kader een onderscheid tussen twee macro-doelstellingen: in de eerste plaats het voorkomen van het berokkenen van nadeel van de ene particulier jegens de andere of de samenleving en ten tweede het bieden van zorg door de ene jegens de andere particulier of jegens de samenleving als geheel.<sup>611</sup> Waar in het klassieke strafrecht een in de maatschappij levende ethiek wordt gejuridiseerd en de Staat het geweldsmonopolie aan zich heeft getrokken, betreft het bestuursrecht voornamelijk gezags- en machtsuitoefening in het kader van beleidsnormering, beleidsuitvoering en beleidsvorming. De uitwerking van de macro-doelstellingen door de Staat is in beide rechtsgebieden vergelijkbaar, doch deze wordt anders ingevuld. De consequenties die in de rechtsgebieden aan het legaliteitsbeginsel worden verbonden zijn verschillend. In beide gevallen betreft het het clausuleren van overheidsbevoegdheden. Vergelijkbaar waar het om het voeren van beleid met betrekking tot materiële normen gaat, anders waar het om de aard van de norm en de aard van de reactie daarop gaat. In het bestuursrecht wordt op grond van het legaliteitsbeginsel bij de vaststelling van rechten, verplichtingen en posities altijd vereist dat er een wettelijke basis voorhanden is. In het strafrecht is het mogelijk de strafbaarheid van de verdachte, zoals in een eerder hoofdstuk beschreven is, mede af te laten hangen van de invulling van open normen. De relatie tussen de overheid en de burger is mede vanwege de andere positie van de burger ten opzichte van de overheid in het bestuursrecht een andere dan in het strafrecht.

Daarnaast is het bestuursrechtelijk legaliteitsbeginsel te interpreteren in het kader van de al dan niet bestaande bevoegdheid tot het nemen van besluiten zoals de uitvaardiging van gebodsnormen, verbodsnormen, al dan niet door sancties of bestuursdwang te handhaven en het uitvaardigen van besluiten die rechten toekennen. Anders gezegd; het betreft de bevoegdheid tot het nemen van belastende en begunstigende besluiten.<sup>612</sup> Deze bevoegdheid mag alleen worden gebruikt binnen het kader van de bevoegdheidsverlenende wet. De kern van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel betreft de bevoegdheid om wanneer en onder welke voorwaarden en omstandigheden

<sup>611</sup> Ten Berge (1998), *a.w.*, p. 10 e.v.

<sup>612</sup> Konijnenbelt/Van Male (2002), *a.w.*, p. 30-31 m.b.t. 'Leistungsverwaltung' / 'Eingriffsverwaltung'.

te (kunnen) straffen. Beide overwegingen rechtvaardigen naar mijn mening de stelling dat er een (genuanceerd) verschil tussen een staats- en bestuursrechtelijk legaliteitsbeginsel en een strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is.

Het Meerenberg-arrest verstrekt eveneens informatie omtrent het verschil.<sup>613</sup> Het arrest betrof de Blanketwet van 1818, waarin voorzien werd in strafrechtelijke handhaving van ‘de overtreding van bepalingen, vastgesteld bij algemeene maatregelen of reglementen van inwendig bestuur van den Staat’. Indien een bepaalde wet aan de Koning de bevoegdheid vergunde om ter handhaving van die wet gebods- en/of verbodsbepalingen vast te stellen, voorzag de Blanketwet in de bevoegdheid sancties aan overtredingen van dergelijke bepalingen te verbinden. De Hoge Raad overwoog dat de Kroon slechts bevoegd is zelfstandige algemene maatregelen van bestuur vast te stellen voor zover die bevoegdheid te baseren is op een uitdrukkelijke bepaling in de Grondwet of een wet in formele zin. Thans biedt art. 89 Grondwet overigens de basis voor algemene maatregelen van bestuur welke niet door straffen gehandhaafd worden. Waar het om gaat, is dat er aan het legaliteitsbeginsel in het strafrecht (zowel wat het materiële strafrecht als wat strafvordering betreft, bepaalde vraagstukken met betrekking tot rechtsvinding daargelaten) strengere eisen worden gesteld aan wetgeving dan in het bestuursrecht.

Waar in het strafrecht sprake is van normen die een zware ethische lading hebben<sup>614</sup> en sprake is van een sanctiestelsel waar vrijheidsontneming tot de mogelijkheden behoort, is in het bestuursrecht de normstelling minder ethisch beladen en kent het een relatief milder sanctiestelsel, indien ervan uitgegaan wordt dat vrijheidsontneming de zwaarste sanctie is die door een rechter opgelegd kan worden. In het strafrecht wordt voor tot een eventuele sanctieoplegging wordt overgegaan eerst vastgesteld of daartoe een recht bestaat. In het bestuursrecht wordt deze bevoegdheidsvraag bij een sanctieoplegging door een bestuursorgaan slechts gesteld indien de burger een oordeel van de rechter daaromtrent wenst. In het eerste geval beslist de rechter, in het tweede geval toetst de rechter wat het bestuursorgaan heeft beslist. De norm richt zich niet alleen tot de justitiabelen, maar in eerste instantie ook tot twee verschillende rechtstoepassers: in het strafrecht tot de rechter, in het bestuursrecht tot het bestuur. Derhalve kunnen de aard van de sanctie en de aard van het wettelijk stelsel als onderscheidende criteria omtrent het duiden van een verschil met betrekking tot het legaliteitsbeginsel worden genoemd.

<sup>613</sup> HR 13 januari 1879, W 4330, besproken in *AB Klassiek*, derde druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1997, nr. 2.

<sup>614</sup> H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht*, diss VU, Gouda Quint, Arnhem, 1985, p. 615-616 en 639 e. v.

## 5.5. Twee bestuursrechtelijke wetten

In het eerste hoofdstuk van dit onderzoek is aan de orde gesteld dat ook het bestuursrecht inzichten kan bieden in de techniek van regel en uitzondering in het algemeen en de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het bijzonder. Een vergelijking tussen het strafrecht en het bestuursrecht lijkt op dit punt geen vanzelfsprekende zaak te zijn. Echter, wetgevers kunnen normen stellen en tegelijkertijd uitzonderingen op die norm vaststellen. Dat is in het bestuursrecht niet anders dan in het strafrecht. In het bestuursrecht wordt eveneens een techniek van regel en uitzondering gebruikt, die op eenzelfde manier kan functioneren als die in het strafrecht. In dit deel van het vijfde hoofdstuk worden de Woningwet en de Wet milieubeheer als voorbeelden van de techniek van regel en uitzondering in het bestuursrecht behandeld. Beide wetten geven vanwege hun structuur een goed beeld van de techniek van regel en uitzondering zoals die in dit onderzoek centraal staat. Na een onderzoek van die techniek in het strafrecht is het nu de beurt aan het bestuursrecht om op soortgelijke bepalingen te worden onderzocht.

In het strafrechtelijk deel bleek dat het ‘grote verhaal’ van de bijzondere strafuitsluitingsgrond gelegen is in maatschappelijke inzichten en veranderingen en verdragsrechtelijke overwegingen die een rol in de wet zouden moeten spelen. In dit deel van het onderzoek is dat niet anders. Wonen en milieu zijn belangrijke beleidsterreinen die mede een grond- en verdragsrechtelijke grondslag hebben. De wetgever en het bestuur dienen zich op basis van art. 22, tweede lid, Gw actief in te spannen om te zorgen voor voldoende woongelegenheden om te voldoen aan het sociale grondrecht op bewoning. Voorts kunnen de artikelen 8, eerste lid, EVRM en 11, eerste lid, Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR) genoemd worden. Het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven van art. 8 EVRM omvat eveneens het recht op een eigen woning. Indien het woongenot daarvan van overheidswege beperkt wordt, dient deze beperking in een van de beperkingscriteria van art. 8, tweede lid, EVRM te vallen.<sup>615</sup> Het recht van art. 11, eerste lid, IVESCR bepaalt dat de Staten die bij dit verdrag partij zijn het recht van een ieder op een behoorlijke levensstandaard voor zichzelf en zijn gezin erkennen. Bij deze levensstandaard is eveneens huisvesting begrepen. De verplichtingen van de staat met betrekking tot de bescherming van het milieu krijgen vorm in het EU-recht (vgl. art. 152 jo. 174 EG-verdrag) en verscheidene bilaterale en multilaterale verdragen.<sup>616</sup>

<sup>615</sup> F.M.C. Vlemminx, ‘Artikel 22’ in: A.K. Koekkoek (red.), *de Grondwet, een artikelsgewijs commentaar*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, derde druk, 2000, p. 242.

<sup>616</sup> Vgl. in het kader van het EU-recht Richtlijn 2002/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 houdende wijziging van de richtlijnen op het gebied van maritieme veiligheid en voorkoming van verontreiniging door schepen, 324, 29/11/2002 blz.



Er wordt begonnen met een beschrijving van de historische achtergrond van de Woningwet (5.6.). De techniek van regel en uitzondering zoals deze in de Woningwet terug is te vinden wordt beschreven in 5.7, gevolgd door conclusies in 5.8. Het gedeelte over de Wet milieubeheer kent een gelijklopende structuur in de paragrafen 5.9 en 5.10. Bij de behandeling van de relevante bepalingen worden sommige artikelen en artikelleden wel uitgeschreven, anderen niet. Vanwege de leesbaarheid van het hoofdstuk is ervoor gekozen de meest technische bepalingen niet in het hoofdstuk zelf op te nemen en te volstaan met het noemen van het artikel en/of het artikellid.

## 5.6. De Woningwet: geschiedkundige achtergrond

‘De hollen der mensen -en anders mogen wij de woningen van velen uit de minder gegoede stand niet noemen- staan niet zelden achter bij de plaatsen die ten verblijve voor vele dieren zijn afgezonderd’, luidde één van de conclusies van het rapport dat het Koninklijk Instituut van Ingenieurs in 1855 aan Koning Willem III uitbracht.<sup>617</sup> Nog net geen eeuw later schrijft Minister In ’t Veld in de herdenkingsbundel ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Woningwet: ‘Er zullen weinig wetten zijn die op het levensbeeld van ons volk en het uiterlijk aanzien van stad en land zo grote invloed hebben uitgeoefend, als de Woningwet’.<sup>618</sup> In de tussentijd hebben er veel veranderingen op dit terrein plaatsgevonden.

Waar elders in Europa in het begin van de negentiende eeuw de aanzet tot woningbouw werd gegeven door werkgevers die van mening waren dat hun arbeiders fatsoenlijker zouden moeten wonen dan het geval was omdat in de eerste plaats betere huisvesting tot een betere productie zou kunnen leiden en, ten tweede, de wens tot revolutie gekeerd zou kunnen worden via woningbouw en verbetering van leefomstandigheden, liep Nederland achter. Dit mede vanwege het feit dat Nederland eveneens achterliep met de industrialisering van de economie. Het zou tot 1850 duren, de tijd waarin de eerste fase van de industrialisering ongeveer aanvangt, voordat werkgevers in Nederland de eerste woningen voor hun werknemers zouden gaan bouwen.<sup>619</sup> Gaandeweg werden er verschillende initiatieven ontplooid waarbij werknemers zelf een vorm van zeggenschap kregen. ‘Een vorm van’, omdat er, zolang het om huurhuizen ging, een systeem van toezicht van de huiseigenaren bleef bestaan dat als bevoogdend werd ge-

0053 – 0058. Andere voorbeelden zijn het Verdrag inzake de bescherming van de Rijn tegen chemische verontreiniging (Rijnchemieverdrag, Bonn, 1976) en het Verdrag inzake het behoud van wilde dieren en planten en hun natuurlijk milieu in Europa (Bern).

<sup>617</sup> E. Ottens, ‘De aanloop naar de Woningwet: ‘de hollen der mensen...’’, in: J. Keesoom (red.), *100 jaar Woningwet*, Stedelijke Woningdienst Amsterdam/Mart Spruit BV, Amsterdam, 2000, p. 24.

<sup>618</sup> Ottens (2000), *a.w.*, p. 20.

<sup>619</sup> Ottens (2000), *a.w.*, p. 26-27.

zien: zo dienden woonopzichters de gang van zaken in arbeiderswoningen te controleren, waartoe ook het ‘beschavingspeil’ van de bewoner hoorde. Vanaf de jaren dertig van de vorige eeuw werden deze bemoeienissen negatief gezien en weerklinkt de roep om inspraak en participatie.<sup>620</sup> Zo was in 1860 door de ‘Vereeniging tot verbetering der Arbeiderswoningen’, waarvan het startkapitaal bij elkaar is gebracht door enkele gegoede burgers, in Zwolle de mogelijkheid geschapen een eigen huis in bezit te krijgen: ‘Door een opslag van tien procent op de huur te accepteren en het onderhoud zelf uit te voeren (...) kan de bewoner na 28 jaar huurbetaling eigenaar van de woning worden. De bewoners blijken meer zorg aan hun eigen woning te besteden. De eigendomssituatie heeft een positief effect op hygiëne en netheid, gezondheid en moreel gedrag’.<sup>621</sup>

Aan het eind van de negentiende eeuw wijzigde de demografische en economische situatie zich. De bevolkingstoename, urbanisatie en de overgang van een ambachtelijk naar een modern industrieel economisch bestel veroorzaakten een woningtekort in de niet van overheidswege gereguleerde woningmarkt. Industrialisatie wordt gezien als de oplossing voor de deplorabele economische toestand, zowel in de steden als op het platteland.<sup>622</sup> De woningmarkt is een van de betere voorbeelden van de nachtwakersstaat zoals die in de negentiende eeuw bestond en de gevolgen daarvan.<sup>623</sup> Er bestonden weinig tot geen overheidsmaatregelen met betrekking tot huisvesting of normen met betrekking tot de kwaliteit en de kwantiteit daarvan. Ten tijde van de urbanisatie stortten speculanten, financieel bijgestaan door hypotheekbanken, zich op de woningbouwmarkt, waar bouwtoezicht ontbrak.<sup>624</sup> In verschillende steden volgde een ongekeerde uitbreiding, nu de woningen met het grootste gemak uit de grond werden gestampt waarbij het devies ‘kwantiteit en winst vóór kwaliteit’ lijkt te zijn. De opgeleverde woningen blijken in het merendeel van de gevallen gehorige en brandgevaarlijke krotten te zijn.

De directeur van de Amsterdamse gezondheidsdienst vroeg in 1898 aandacht voor de negatieve invloed die het leven in een ongezonde woning zou hebben op het (geestelijk) welzijn van de bewoners: ‘Een vochtige, donkere, bouwvallige woning oefent een machtige invloed uit op de goedmoedsfeer en de moraliteit van de bewoners. Het leidt bij den man tot uit-

<sup>620</sup> L. Deben, ‘Van woonopzichteres tot buurtbeheerder: van woonbeschaving naar leefbaarheid’, in: J. Keesoom (2000), *a.w.*, p. 89-107.

<sup>621</sup> Ottens (2000), *a.w.*, p. 27-28.

<sup>622</sup> Vgl. bijvoorbeeld H. Roland Holst-Van der Schalk, *Kapitaal en arbeid in Nederland: bijdrage tot de economische geschiedenis der 19<sup>de</sup> eeuw*, Soep, Amsterdam, 1902, A.J.W. Camijn, *Een eeuw vol bedrijvigheid. De industrialisering van Nederland 1814-1914*, Uitgeverij Veen, Utrecht/Antwerpen, 1987 en H. Marks, *Knechten Knechten. De ervaring en verbeelding van sociale ongelijkheid in de baksteenindustrie, 1920-1970*, diss. EUR, SI/Gouda Quint, 2000, p. 29-46.

<sup>623</sup> A. van der Woud, *Het lege land. De ruimtelijke orde van Nederland 1798-1848*, diss. RUG, Amsterdam, 1987, p. 438.

<sup>624</sup> Ottens (2000), *a.w.*, p. 22.

huizigheid en tot het opzoeken van de kroeg. Bij de vrouw gaat de lust verloren om de woning ordelijk en netjes te houden'. De overheid bemoeide zich nergens mee, ook niet met de negatieve uitwassen van het hoogkapitalisme zoals de schrijnende levensomstandigheden die thans als onaanvaardbaar worden gezien. Bij de burgerbevolking ontstond onrust omtrent deze uitwassen en verschillende groepen sociaal bewogen burgers en kerkgenootschappen besteden hier aandacht aan en nemen particuliere initiatieven. Er werden verenigingen, voorlopers van de huidige woningbouwcorporaties opgericht, bestuurd door notabelen. De corporaties bleven een naar de tijdsgeest filantropisch karakter hebben.<sup>625</sup>

In 1899 woont ongeveer tweederde van de Nederlandse bevolking in een woning van maximaal 25 vierkante meter groot, onderverdeeld in twee vertrekken. Een latrine ontbreekt vaak, evenals een keuken en soms wordt het huis eveneens gebruikt als winkel, waar zelfgemaakte goederen aan de man worden gebracht. Werknemers wonen met grote gezinnen in benauwde kelders die als woningen worden gebruikt of in éénkamerwoningen. In een rapport van de Maatschappij tot Nut van 't Algemeen is het volgende hieromtrent te lezen: 'In het jaar 1864 stelde de Gezondheidscommissie een nauwkeurig onderzoek in naar de Amsterdamse kelderwoningen. (...) De commissie verklaarde als resultaat van haar onderzoek dat gemiddeld 60% der onderzochte kelders onbewoonbaar moest worden geacht. In duizend kelders bleek het onmogelijk voor een volwassen mens om rechtop te staan'.<sup>626</sup> In de troosteloze sloppenwijken waar de slechte woningen staan, zijn alcoholisme, criminaliteit, armoede en ziektes schering en inslag.<sup>627</sup> Geleidelijk aan neemt eveneens het verzet tegen overheidsbemoeienis af. Vanuit verschillende groeperingen werd via publicaties en politieke acties vóór ingrijpen gepleit, het wonen en de onmenselijke omstandigheden in de sloppen werden onderdeel van de sociale kwestie.<sup>628</sup> De sociale kwestie is een verzamelnaam voor allerlei verschillende maatschappelijke processen en problemen die er toentertijd speelden: de slechte economie, aanhoudende werkeloosheid, ordeverstoringen, het streven naar emancipatie van ver-

<sup>625</sup> Filantropie, het gezin, de maakbaarheid van de samenleving en religie vormden de hoekstenen van de samenleving in de tweede helft van de negentiende eeuw. Vgl. M. Mathijssen, *De gemaskerde eeuw*, Uitgeverij Querido, Amsterdam, 2002.

<sup>626</sup> J. van Dielen, 'Een eeuw tegen de woningnood: volksvijand nummer één verslagen', in: J. Keesoom, *a.w.*, p. 59.

<sup>627</sup> Ottens (2000), *a.w.*, p. 23. De beelden die men zich hier voor de geest kan halen zijn de beschrijvingen van verschillende landen die deze stedelijke ontwikkeling(en) en de daarbij behorende sociale problemen in de industrialiserende en industriële fase doormaakten. Zie met betrekking tot Nederland Ina Boudier Bakker, *De klopp op de deur* (1930), Charles Dickens over Engeland in *Hard Times* (1854) en *Little Dorritt* (1857), Louis Paul Boon over België in *Pieter Daens* (1972). Over Frankrijk kan *Germinal* (1885) van Emile Zola genoemd worden.

<sup>628</sup> I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenmacht. Sociaal-democratische geschiedenis van Nederland, 1795-1940*, Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage, 2de druk, 1969, p. 12-32, P.J. Oud, *Honderd jaren. Een eeuw staatkundige vormgeving in Nederland*, Van Gorcum, 4<sup>de</sup> druk, Assen, 1967, p. 150 e.v., Th. van Tijn, *Het sociale leven in Nederland, 1844-1875*, AGN 12, Bussum, 1977, p. 12-32.

schillende groepen (vrouwen, arbeiders), de opkomst van de socialistische beweging en de confessionele partijen in een tijd waar een begin werd gemaakt met de verzuiling. Er waren sociaal bewogen burgers die op ethische gronden de arbeidersstand wilden verheffen, liberalen die vanuit politiek-dogmatische overwegingen misstanden wilden opheffen en die vanuit ondernemersperspectief belang hadden bij een welvarende en zich niet roerende arbeidersstand en, ten slotte, sociaal-democraten en socialisten in hun streven naar een rechtvaardiger maatschappij.

Deze processen vonden navolging in de politiek: in 1901 stemde de Tweede Kamer in met de Woningwet,<sup>629</sup> die bepalend zal zijn voor de wijze waarop er in Nederland wordt gebouwd en gewoond. Met de Kinderwet (1874), de Gezondheidswet en de Leerplichtwet (beide uit 1901), de Armenwet (1912)<sup>630</sup> en de Arbeidswet van 1919 behoort de Woningwet tot de vroegste regelingen van wat later de verzorgingsstaat zal worden. Met de wet werd de woningnood bestreden en kwam er meer aandacht voor de kwaliteit van het wonen. De motivering achter de Woningwet was eveneens van hygiënische aard. Van Dieten concludeert echter dat de Woningwet gebaseerd was op de gedachte dat de gegoede burgerij beschermd diende te worden tegen besmettelijke ziekten zoals tuberculose, in die tijd informeel 'de woningziekte' genoemd. De werkgevers werden van verschillende kanten ervan beschuldigd dat zij door middel van deze bouw eveneens lieten zien 'dat zij 'grote waarde hechtten aan een gezond en rustig aan zijn woonplaats gekluisterd proletariaat''.<sup>631</sup> Men wilde de ongezonde woontoestanden bestrijden die tegen het eind van de negentiende eeuw zijn ontstaan. Een andere indeling van de woning vormde een belangrijke vernieuwing. Vertrekken zonder frisse lucht, zoals bedsteden, mochten niet meer gebouwd worden. Het uiterlijk van nieuwe woningen was vaak nog traditioneel, uitgevoerd in een sobere stijl, waarmee men de huren voor zoveel mogelijk arbeiders betaalbaar hoopte te houden. De bouw van woningen door werkgevers ten behoeve van hun werknemers kwam in deze periode goed op gang. Hiernaast werd door deze de wet vrijheid van speculatieve bouwers aan banden gelegd en werden er mogelijkheden geschapen voor sociale woningbouw. De wet bevatte drie hoofdpunten van regelgeving: de verplichting voor gemeenten tot het opstellen van een bouwverordening; verschillende mogelijkheden tot stadsontwikkeling en het vaststellen van uitbreidingsplannen, en ten derde financiële steun in de zin van rijksvoorschotten en jaarlijkse bijdragen. Stadsontwikkeling en het vaststellen van uitbreidingsplannen worden in 1965 ondergebracht in een aparte

<sup>629</sup> Wet van 22 juni 1901, *Stb.* 158 houdende wettelijke bepalingen betreffende de volkshuisvesting.

<sup>630</sup> Zie voor een geschiedkundige schets L.A. van der Valk, *Van pauperzorg tot bestaanszekerheid: een onderzoek naar de ontwikkeling van de armenzorg in Nederland tegen de achtergrond van de overgang naar de Algemene Bijstandwet 1912-1965*, diss. EUR, Eburon, Delft, 1986, p. 9-28.

<sup>631</sup> Van Dieten (2000), *a.w.*, p. 61-62.

wet: de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Woonverbetering, krotopruijing en het ondersteunen van woningbouwverenigingen zijn enkele doelen waartoe de voorschotten en bijdragen aangewend kunnen worden.

Volkshuisvesting is met name een gemeentelijke taak: gemeenten moeten op basis van de Woningwet bouwverordeningen op te stellen, uitbreidingsplannen te maken en, waar nodig, huizen onbewoonbaar te verklaren. De gemeenten zijn verplicht een bouwverordening op te stellen die regels dienen te bevatten waarin kwaliteitseisen aan woningen werden gesteld. De regels betroffen rooilijnen, de hoogte van gebouwen, afmetingen van verrekken, portalen en trappenhuisen, riolering en drinkwatervoorziening en toevoer van licht en lucht. Daarnaast is volkshuisvesting te plaatsen in een breder kader, namelijk dat van de verschillende nota's, structuur- en bestemmingsplannen met betrekking tot de ruimtelijke ordening van het land. Hiermee krijgt volkshuisvesting in beleidsvorming een plaats naast onderwerpen als landschapsbescherming, milieu en recreatie.<sup>632</sup>

## **5.7. Techniek van regel en uitzondering in de Woningwet en het Bouwbesluit**

### 5.7.1. Inleiding: de Woningwet van 2003, MDW en het Bouwbesluit

De Woningwet en aanverwante regelgeving zijn in de jaren vijftig, zestig en zeventig geëvolueerd tot een voor justitiabelen complexe massa van wet- en regelgeving. In de jaren tachtig en negentig werd onder de vigeur van het MDW-project de woning- en bouwregelgeving herzien.<sup>633</sup> De meest recente wijziging van de woningwetgeving zijn de wijzigingen die in 2003 in de Woningwet en in 2001 in het Bouwbesluit<sup>634</sup> plaats hebben gevonden. De overwegingen die aan de herziening ten grondslag lagen waren de gewenste vermindering of versobering van regeldruk voor de burger en

<sup>632</sup> Vgl. B.C. Bröcking en H.J.A.M van Geest, *Anticiperen en ruimtelijk beleid. Een onderzoek naar het functioneren van de Wet op de Ruimtelijke Ordening op gemeentelijk niveau, met name de anticipatiebepalingen*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1982, p. 40 e.v.

<sup>633</sup> 'MDW' staat voor marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit. Dit project was de uitvoering van de politieke wens tot vermindering van regeldruk en het vereenvoudigen van regels en procedures, dit vanwege de negatieve economische effecten die regelverdichting en onduidelijke wet- en regelgeving met zich mee brachten. *Deregulering van overheidsregelingen. Eindbericht van de Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen. Kamerstukken II*, 1983-1984, 17 931, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1984, D.I. Bos, *Marktwerking en regulering. Theoretische aspecten en ervaringen in Nederland en buitenland*, OC FEB, 1995, p. 17-60. E.M. Peeters, *De Woningwet*, Studiepockets Staats- en bestuursrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1994, p. 5 e.v. en A.W. Klaassen, *Herziene Woningwet*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1992.

<sup>634</sup> Woningwet 2003, *Stb.* 2002, 590; Besluit van 7 augustus 2001, houdende vaststelling van voorschriften met betrekking tot het bouwen van bouwwerken uit het oogpunt van veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en milieu (Bouwbesluit), *Stb.* 2001, 410.

voor degenen die zich al dan niet commercieel bezig hielden met de bouwpraktijk. De stroomlijning en vereenvoudiging van verschillende procedures moesten bewerkstelligen dat deze sector slagvaardiger en transparanter zou worden. Daarnaast werd een landelijke uniformering van technische bouwvoorschriften voorgestaan, nu de tot dan bestaande praktijk met de van overheidswege verstrekte verschillende voorschriften rechtsonzekerheid in de hand werkte. De eerste Woningwet had immers tot negatief effect dat iedere gemeente een verschillend bouwregime vaststelde.<sup>635</sup> De herziening van de wet- en regelgeving van de bouw betrof derhalve de aansluiting van deze wet- en regelgeving op maatschappelijke behoeften en wensen. Daarmee werden een verbetering van het maatschappelijk draagvlak van de wet- en regelgeving en een verbetering van de hanteerbaarheid en handhaafbaarheid van de relevante wet- en regelgeving beoogd. Eveneens ging het bij de herijking om het aanscherpen van voorschriften om marktfalen tegen te gaan dan wel op te vangen. Men denke bij die maatregelen aan voorschriften met betrekking tot de duurzaamheid van het gebouwde, de sociale veiligheid en milieuoverwegingen zoals energiebesparing en in de bouw te gebruiken grondstoffen.<sup>636</sup>

Een en ander vond zijn weerslag in de herziene Woningwet (Ww) van 1992 en de vaststelling van het Bouwbesluit.<sup>637</sup> Op grond van art. 2 Ww worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur uit het oogpunt van veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid energiezuinigheid en milieu technische voorschriften gegeven omtrent de staat van bestaande woningen, woonkanten en woonwagens en van bestaande andere gebouwen. Het Bouwbesluit is een zeer belangrijke wijziging van het juridische regime te noemen nu technische bepalingen die voorheen in gemeentelijke bouwverordeningen of modelbouwverordeningen gevonden konden worden naar dit besluit werden overgeheveld. De gemeente stelt nog wel een bouwverordening vast, de vrijheid om deze zelf in te vullen is echter beperkter dan voorheen.<sup>638</sup> De Woningwet van 2003 beoogde de deregulerende veranderingen die in 1992 hadden plaatsgevonden te versterken en uit te bouwen. Het eerdergenoemde Bouwbesluit werd eveneens ‘toegankelijker en gebruiksvriendelijker’ gemaakt.<sup>639</sup>

<sup>635</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 734, nr. 3, p. 2 e.v.

<sup>636</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 734, nr. 3, p. 3. Vgl. eveneens *Kamerstukken II*, 1996-1997, 24 280, nr. 16, *Kamerstukken II*, 1996-1997, 24 036, nr. 59, het MDW-rapport ‘Stad en regels’, Ministerie EZ (2002a) en *Kamerstukken II*, 1997-1998, 24 036, nr. 94. Ook de naleving van verschillende Europeesrechtelijke vereisten speelde een rol. Vgl. Richtlijn 89/106 EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake voor de bouw bestemde producten.

<sup>637</sup> Wet van 29 augustus 1991 tot herziening van de Woningwet, *Stb.* 1991, 439, in 1992 in werking getreden, met het toen geldende Bouwbesluit en het Besluit meldingsplichtige bouwwerken.

<sup>638</sup> Vgl. art. 8 Woningwet.

<sup>639</sup> Nota van Toelichting, *Stb.* 2001, 410, p. 173.

Functioneel equivalente bepalingen zoals in het eerste deel van dit onderzoek zijn onderzocht, zijn te vinden in de Woningwet en het Bouwbesluit. Het gaat daarbij niet zozeer om de bepaling als bijzondere strafuitsluitingsgrond, maar om de bepaling als vorm van de techniek van regel en uitzondering. Functioneel equivalente bepalingen zijn hier op te vatten als bepalingen die een nuancering van de bestuursrechtelijke norm inhouden. Ze hebben derhalve eenzelfde functie als de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond.

In het navolgende worden eerst relevante bepalingen van de Woningwet en het Bouwbesluit behandeld. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de hier wel te bespreken bepalingen die een verplichting in afwijking van een hoofdregel behelzen (meestal verwoord door de zinsnede ‘in afwijking van’) en de meer procedurele bepalingen zoals art. 46, tweede lid Ww of bepalingen die een hoofdregel nader reguleren (verwoord door de zinsnede ‘onverminderd...’),<sup>640</sup> zuiver procedurele bepalingen. In het strafrechtelijk deel vielen de zuiver procedurele bepalingen zoals de artt. 236 jo. 265 Sr al buiten de definitie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De naderhand op basis van gesloten formuleringen van bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond ontwikkelde proceduralisering van rechtsgoederenbescherming is in mijn optiek iets anders dan een zuiver procedurele bepaling.

### 5.7.2. Woningwet en Bouwbesluit

Het Bouwbesluit, een algemene maatregel van bestuur, berust op verschillende artikelen van de Woningwet. Art. 2 Ww bepaalt in het eerste en tweede lid dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur uit het oogpunt van veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en milieu, technische voorschriften gegeven worden omtrent het bouwen en de staat van woningen, woonketen, woonwagens en andere gebouwen. ‘Bouwen’ is blijkens art. 1, eerste lid, sub a, Ww ‘het plaatsen, het geheel of gedeeltelijk oprichten, vernieuwen of veranderen en het vergroten van een bouwwerk, alsmede het geheel of gedeeltelijk oprichten, vernieuwen of veranderen en het vergroten van een standplaats.’<sup>641</sup> Er wordt in het dit arti-

<sup>640</sup> Vgl. art. 2.9, vierde lid, Bouwbesluit: ‘Onverminderd het eerste lid, wordt een uiterste grenstoestand van de hoofdconstructie van een gebruiksfunctie waarvan een vloer van een verblijfsgebied hoger ligt dan 5 m boven het meetniveau, gedurende 90 minuten niet overschreden bij de volgens NEN 6702 bepaalde bijzondere belastingcombinaties die kunnen optreden bij brand’. Zie hieronder bij de bespreking van art. 2.9, derde lid, Bouwbesluit.

<sup>641</sup> Een gebouw is blijkens art 1, eerste lid, sub c elk bouwwerk dat een voor mensen toegankelijke overdekte geheel of gedeeltelijk met wanden omsloten ruimte vormt. Een standplaats is een kavel, bestemd voor het plaatsen van een woonwagen, waarop voorzieningen aanwezig zijn die op het leidingnet van de openbare nutsbedrijven, andere instellingen of van gemeenten kunnen worden aangesloten (art. 1, eerste lid, sub h, Ww).

kel een onderscheid gemaakt tussen het bouwen en de staat van (bestaande) woningen, woonketen, woonwagens en andere gebouwen (art. 2, eerste en tweede lid, Ww)<sup>642</sup>, het bouwen en de staat van (bestaande) bouwwerken, niet zijnde woningen (art. 2, derde en vierde lid, Ww) en het bouwen en de staat van (bestaande) standplaatsen (art. 2, vijfde en zesde lid, Ww). Art. 3 Ww bepaalt in het eerste lid dat bij of krachtens het Bouwbesluit kan worden verwezen naar normen of delen van normen en kwaliteitsverklaringen. Normen zijn hier documenten, uitgegeven door een deskundig, onafhankelijk instituut, waarin wordt omschreven aan welke eisen een bouw materiaal, bouwdeel of bouwconstructie moet voldoen, dan wel waarin een omschrijving wordt gegeven van een keurings-, meet of berekeningsmethode (art. 1, eerste lid, sub i, Ww). Het betreft hier een document, opgesteld door een civiele organisatie, dat een algemeen geldend karakter krijgt. In het Bouwbesluit wordt in deze verwezen naar NEN-normen. Een NEN-norm is een norm die uitgegeven is door het Nederlands Normalisatie-instituut, dat bepalingmethoden aangeeft ter voldoening aan prestatie-eisen.<sup>643</sup> Normalisatie is een proces waarin tussen belanghebbenden (overheden, bedrijven) afspraken worden gemaakt over de technische specificaties en de kwaliteit van een product. Een normalisatie-instelling begeleidt het normalisatieproces en legt de afspraken vast in normen. Het instituut treedt als dienstverlenende organisatie op en begeleidt het totstandkomen van nationale normen, bevordert de toepassing van normen en fungeert als kennis- en informatiecentrum op het terrein van (inter)nationale normen.<sup>644</sup>

De Woningwet kent het begrip ‘kwaliteitsverklaring’. Een kwaliteitsverklaring is ex art. 1, eerste lid, sub j Ww een schriftelijk bewijs, voorzien van een merkteken, aangewezen door de Minister, afgegeven door een door de Minister aangewezen deskundig, onafhankelijk, instituut op grond waarvan een bouw materiaal, bouwdeel of samenstel van bouwmaterialen of bouwdelen dan wel een bouwwijze die bij het bouwen wordt toegepast, wordt geacht te voldoen aan krachtens de Woningwet aan dat bouw materiaal, bouwdeel of samenstel van bouwmaterialen of bouwdelen of die bouwwijze gestelde eisen. Een concreet voorbeeld van een kwaliteitsverklaring is

<sup>642</sup> Een woonkeet is een loods, keet of ander soortgelijk bouwwerk, bestemd om te voorzien in een tijdelijke behoefte aan woongelegenheid (art. 1, eerste lid, sub d, Ww). Woonwagens zijn ex art. 1, eerste lid, sub e Ww voor woning bestemde gebouwen welke zijn geplaatst op een standplaats en welke in het geheel of in delen kunnen worden verplaatst.

<sup>643</sup> Vgl. de Regeling Bouwbesluit materialen, *Stcrt.* 1997, nr. 143, p. 10. In dergelijke documenten worden wiskundige en natuurkundige formules gegeven en vereisten geformuleerd die gelden voor de verschillende situaties waarop dat besluit van toepassing is. Eerst wordt vermeld wat, bijvoorbeeld, de brandbare, brandbevorderende en bij brand gevaar opleverende stoffen zijn, vervolgens worden nadere voorschriften omtrent de toepassing van de norm gegeven en bepalingmethoden om concentraties van gevaarlijke stoffen te kunnen concentreren geformuleerd. Over prestatie-eisen meer in paragraaf 6.3.3. Vgl. eveneens de Nota van Toelichting, *Stb.* 2001, 410, p. 175.

<sup>644</sup> Klaassen (1992), *a.w.*, p. 7



een certificaat, ofwel een verklaring die is afgegeven door een instelling. De verklaring houdt in dat een bepaald product gecontroleerd is op de in het af te geven certificaat vermelde eisen en dat het product geacht kan worden aan deze eisen te voldoen. Eveneens wordt aangegeven welke gebruikswaarde (bijvoorbeeld duurzaamheid) van een product mag worden verwacht.<sup>645</sup>

Hier kan eveneens gewezen worden op de Nota van Toelichting, *Stb.* 2001, 410, p. 175 waarin gesteld wordt dat ter uitvoering van de EG-richtlijn betreffende bouwproducten het gebruik van bouwmaterialen en -delen, voorzien van een CE-markering, wordt verplicht. Juridische grondslagen voor CE-markering zijn de richtlijnen 89/106 en 94/611/EG. De richtlijn betreft het in de handel brengen van voor de bouw bestemde producten, producten die vervaardigd zijn om permanent deel uit te maken van bouwwerken. Deze producten dienen dusdanige eigenschappen te bezitten dat de bouwwerken waarin ze worden toegepast, geïnstalleerd, verwerkt of gemonteerd kunnen voldoen aan de essentiële eisen van de richtlijn. Deze eisen betreffen onder meer gebruiks- en brandveiligheid, stabiliteit, milieu, gezondheid en hygiëne. Deze minimumeisen zijn opgesomd in verschillende richtlijnen. Een CE-markering geeft aan dat het product voldoet aan deze Europese eisen om het product op de markt te kunnen brengen. De markering behelst geen kwaliteitsmerk of garantiestempel, maar is wel verplicht voor producten waarvoor de EU richtlijnen heeft vastgesteld en nog zal vaststellen. De producent die een CE-markering heeft aangebracht, heeft aangetoond dat het product overeenstemt met de technische eisen van de richtlijn Bouwproducten. Deze eisen zijn vastgelegd in een norm en/of een Europese Technische goedkeuring. Er zijn verschillende keuringsregimes; deze zijn vermeld in de desbetreffende norm of de onderscheidende Europese goedkeuringsrichtlijnen. Het is afhankelijk van de aard van het product en de situatie welk keuringsregime van toepassing is; een fabrikant kan een eigen verklaring of het oordeel van een door hem ingeschakelde keuringsinstantie overleggen.

Bij een voorschrift in het Bouwbesluit kan worden bepaald dat burgemeester en wethouders van dat voorschrift ontheffing kunnen verlenen tot een bij dat voorschrift aangegeven niveau, met de aantekening dat aan deze ontheffing slechts functionele voorwaarden mogen worden verbonden. Functionele voorwaarden zijn voorwaarden ter bescherming van de belangen waarop de voorschriften waarvan ontheffing wordt verleend, het oog hebben. De Minister kan in bijzondere gevallen, op verzoek, eveneens een ontheffing van bepaalde voorschriften verlenen, in overeenstemming met het bij of krachtens de desbetreffende wet daartoe bevoegd verklaarde gezag. Hier kan gewezen worden op de artikelen 7 en 7a Ww.

### 5.7.3. Voorbeelden uit het Bouwbesluit

In het Bouwbesluit zijn enkele bepalingen te vinden die hier relevant zijn vanwege hun verband met het onderzoek. De bepalingen die hier behandeld

<sup>645</sup> Klaassen (1992), *a.w.*, p. 7.

worden zijn ofwel equivalent ofwel functioneel equivalent aan het onderzoek. In het eerste geval gaat het om bepalingen die hetzelfde zijn als de eerder onderzochte strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond. In het tweede geval gaat het om bepalingen die eenzelfde functie hebben als de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond, maar die anders zijn vormgegeven. Een voorbeeld van het eerste is art. 1.8, tweede lid, Bouwbesluit. De functioneel equivalente bepalingen in het Bouwbesluit hebben veelal dezelfde constructie, zoals deze hierna wordt verduidelijkt. Het zijn bepalingen waarin functionele eisen en prestatie-eisen zijn verwoord. De functionele eis is in dergelijke gevallen veelal omschreven in een eerste lid van een bepaling. Functionele eisen zijn veelal bouwtechnische voorschriften en/of verboden. In een daaropvolgend tweede lid valt te lezen dat daaraan is voldaan indien er aan geldende prestatie-eisen wordt voldaan die voor de betrokken gebruiksfunctie in aansturingstabellen zijn aangewezen. Prestatie-eisen zijn uitwerkingen van bouwtechnische voorschriften. De eisen kunnen worden gesteld aan eigenschappen van onderdelen van een bouwwerk of kunnen uit een aanwezigheidseis bestaan.<sup>646</sup> In voorkomende gevallen is er, bijvoorbeeld, nog een tweede of derde lid aan het artikel toegevoegd, waarin bepaald wordt dat de functionele eis van het tweede lid niet geldt voor de gebruiksfuncties waarvoor in de tabel geen voorschrift is aangewezen. Indien een inleidend artikel, dat wil zeggen een artikel dat voorafgaat aan een serie artikelen die op hetzelfde onderwerp betrekking hebben, geen derde lid kent, is de functionele eis van het eerste lid van toepassing op de gebruiksfuncties ten aanzien waarvan geen voorschriften in de tabel zijn aangewezen. Het is het tweede of derde lid van een bepaling dat een functioneel equivalente bepaling is.

Het eerste voorbeeld is een verbodsbepaling van art. 1.8, tweede lid, Bouwbesluit en de equivalente bepaling van het derde lid van dat artikel. De equivalente bepaling is hier een bijzondere strafuitsluitingsgrond en is er een van de in het strafrechtelijk deel van dit boek gehanteerde toepassingsvariant. Het derde lid van art. 1.8 Bouwbesluit bepaalt dat overtreding van het in het eerste lid gestelde verbod een strafbaar feit is. Het eerste lid bepaalt dat het verboden is een bouwproduct in de handel te brengen, waarvoor overeenkomstig de richtlijn bouwproducten<sup>647</sup> is vastgesteld dat het een CE-markering moet dragen, indien dat product ofwel niet zodanige eigenschappen bezit dat het bouwwerk waarin het is verwerkt, gemonteerd, toegepast of geïnstalleerd, kan voldoen aan fundamentele voorschriften zoals vastgelegd in art. 3 van de richtlijn bouwproducten (art. 1.8, eerste lid, sub a) ofwel niet is voorzien van de daarop betrekking hebbende CE-

<sup>646</sup> Nota van Toelichting, *Stb.* 2001, 410. p. 174.

<sup>647</sup> Vgl. eveneens Wijziging regeling Bouwbesluit CE-markering en erkende kwaliteitsverklaringen, *Stcrt.* 11 december 2001, nr. 240, p. 22 en Regeling Bouwbesluit 2003, *Staatscourant* 13 december 2002, nr. 241, p. 15.

markering. Art. 1.8, derde lid, Bouwbesluit luidt: ‘Het eerste lid is niet van toepassing op bouwproducten, waarvoor een verklaring van conformiteit als bedoeld in art. 4, vijfde lid, van de Richtlijn bouwproducten is afgegeven, en op bouwproducten ten aanzien waarvan Onze Minister met toepassing van art. 6, tweede lid, van de Richtlijn bouwproducten heeft bepaald dat zij binnen Nederland in de handel mogen worden gebracht’. Anders gezegd, de verbodsbepaling geldt niet indien een verklaring van de Richtlijn bouwproducten is afgegeven of indien er een Ministeriële verklaring is dat het om bouwproducten gaat die binnen de Nederlandse markt mogen worden gebracht.

Afdeling 2.1 Bouwbesluit wordt hier als tweede voorbeeld genoemd en gebruikt als een voorbeeld waarin een NEN-norm wordt gebruikt, een aanvullende technische norm. Dit is een voorbeeld van de functioneel equivalente bepaling. Dit voorbeeld sluit aan bij wat eerder over functionele en prestatie-eisen is gezegd. Het merendeel van de voor dit hoofdstuk relevante bepalingen is van functioneel equivalente aard. Het gaat om bepalingen betreffende de algemene sterkte van de bouwconstructie in het kader van veiligheidsvoorschriften.

Art. 2.2 Bouwbesluit maakt onderdeel uit van de bepalingen met betrekking tot nieuwbouw. Het eerste lid van art. 2.2 bepaalt dat een uiterste grenstoestand van een bouwconstructie niet wordt overschreden bij de fundamentele belastingcombinaties, bepaald volgens NEN 6702; als NEN 6702 niet voorziet in de kwantificering van de belastingcombinaties, wordt uitgegaan van NEN 6700. De functioneel equivalente bepaling luidt: ‘In afwijking van het eerste lid, kan voor de bouwconstructie van een toilet-ruimte, een badruimte, een meterruimte, een opstelplaats voor een warmwatertoestel en een opstelplaats voor een stooktoestel worden uitgegaan van de fundamentele belastingcombinaties, bepaald volgens NEN 3859.’ Er wordt hier voor een beperkt aantal gebruiksfuncties een afwijking toegestaan van de grenstoestand van de bouwconstructie van deze gebruiksfuncties van een gebruikseenheid. Een gebruiksfunctie wordt blijkens art. 1.1, eerste lid, Bouwbesluit, gevormd door de gedeelten van een of meer bouwwerken op een perceel of standplaats, die eenzelfde gebruiksbestemming hebben en tezamen een gebruikseenheid vormen. Art. 2.4 Bouwbesluit geeft enkele modaliteiten naar aanleiding waarvan bepaald wordt of een uiterste grenstoestand al dan niet is overschreden. Art. 2.3 Bouwbesluit geeft ten slotte eveneens omstandigheden aan waaronder een uiterste grenstoestand niet mag worden overschreden, indien er sprake is van bijzondere belastingcombinaties als een gasexplosie, een botsing door een voertuig en een extreme grondwaterstand.<sup>648</sup> Deze constructie (een functionele eis, een

<sup>648</sup> Zie eveneens art. 2.4, tweede lid, Bouwbesluit voor de bepaling van de uiterste grenstoestand.

prestatie-eis, een uitzondering, de bepaling van grenswaarden bij die uitzondering) wordt eveneens gebruikt bij de bepalingen met betrekking tot bestaande bouwwerken.

Het derde voorbeeld, eveneens een functioneel equivalente bepaling, wordt gevormd door voorschriften inzake de sterkte van een constructie in geval van brand. In dit kader kan gewezen worden op oude regelgeving, zoals de Regeling Bouwbesluit constructieve veiligheid en gebruiksveiligheid en de Regeling Bouwbesluit brandveiligheid.<sup>649</sup> In deze regelingen werden nadere technische voorschriften gegeven omtrent bouwen en de staat van bouwwerken ter toepassing van de NEN-normen met betrekking tot constructieve- en brandveiligheid die in het Bouwbesluit zijn geïncorporeerd. Dit voorbeeld laat zien dat er verschillende technische vereisten (kunnen) gelden ten aanzien van de functie van de constructie, in dit geval het verschil tussen een woonfunctie en een gebruiksfunctie.

Afdeling 2.2 Bouwbesluit omvat de bepalingen betreffende de sterkte van bouwwerken bij brand. De openingsbepaling met betrekking tot nieuwbouw, art. 2.8 Bouwbesluit, stelt dat een te bouwen bouwwerk een bouwconstructie heeft die zodanig is dat het bouwwerk bij brand gedurende redelijke tijd kan worden verlaten en doorzocht, zonder dat er gevaar voor instorting is. Art. 2.9, eerste lid, Bouwbesluit, bepaalt dat een uiterste grenstoestand van een bouwconstructie, waarvan het bezwijken leidt tot het onbruikbaar worden van een rookvrije vluchtroute, gedurende dertig minuten niet wordt overschreden bij de volgens NEN 6702 bepaalde belastingcombinaties die kunnen optreden bij brand. Concreet moet een rookvrije vluchtroute dertig minuten als zodanig te gebruiken zijn en stand kunnen houden. Het tweede lid van art. 2.9 bepaalt dat een uiterste grenstoestand van een in tabel 2.9.1 aangegeven hoofddraagconstructie gedurende de in die tabel aangegeven tijdsduur niet wordt overschreden bij de volgens NEN 6702 bepaalde bijzondere belastingcombinaties die kunnen optreden bij brand.

**Tabel 2.9.1**

Hoofddraagconstructie	Tijdsduur van de brandwerendheid m.b.t bezwijken in minuten
Indien geen vloer van een verblijfsgebied van de woonfunctie hoger ligt dan 7 m boven het meetniveau	60
Indien een vloer van een verblijfsgebied van de woonfunctie hoger ligt dan 7 m en niet hoger dan 13 m boven het meetniveau	90
Indien een vloer van een verblijfsgebied van de woonfunctie hoger ligt dan 13 m boven het meetniveau	120

<sup>649</sup> *Stcrt.* 1996, nr, 5, p. 7

Het derde lid van art. 2.9 Bouwbesluit behelst een afwijking van het tweede lid: de in tabel 2.9.1 aangegeven tijdsduur wordt met dertig minuten bekort indien de permanente vuurbelasting van het bouwwerk waarvan de hoofd-draag-constructie deel uitmaakt niet groter is dan 500 megajoules per vierkante meter en geen vloer van een verblijfsgebied hoger ligt dan zeven meter boven het meetniveau. Het vierde en het vijfde lid van art. 2.9 stellen gelijksoortige eisen indien er sprake is van een andere gebruiksfunctie dan een woonfunctie.<sup>650</sup> Zo is ex art 2.9, vierde lid, Bouwbesluit vereist dat een uiterste grenstoestand van een hoofddraagconstructie van een gebruiksfunctie waarvan een vloer van een verblijfsgebied hoger ligt dan vijf meter boven het meetniveau, gedurende negentig minuten niet overschreden wordt bij de volgens NEN 6702 bepaalde bijzondere belastingscombinaties die in geval van brand op kunnen treden. Het vijfde lid stelt dat een uiterste grenstoestand van een in tabel 2.9.2. aangegeven tijdsduur niet overschreden wordt bij de volgens NEN 6702 bepaalde bijzondere belastingcombinaties die kunnen optreden bij brand.

**Tabel 2.9.2**

Hoofddraagconstructie	Tijdsduur van brandwerendheid m.b.t bezwijken in minuten
Indien geen vloer van een verblijfsgebied van de gebruiksfunctie hoger, ligt dan 5 m boven het meetniveau	60
Indien een vloer van een verblijfsgebied van de gebruiksfunctie hoger, ligt dan 5 m en niet hoger dan 13 m boven het meetniveau	90
Indien een vloer van een verblijfsgebied van de gebruiksfunctie hoger, ligt dan 13 m boven het meetniveau	120

Het zesde lid van art. 2.9 Bouwbesluit heeft dezelfde functie als het derde artikel. In het zesde lid wordt bepaald dat in afwijking van het vierde en vijfde lid de in tabel 2.9.2 aangegeven tijdsduur met dertig minuten wordt bekort, indien de volgens NEN 6090 bepaalde permanente vuurbelasting van het bouwwerk waarvan de hoofddraagconstructie deel uitmaakt niet groter is dan 500 megajoules per vierkante meter.

De wetgevingstechnische constructie met betrekking tot bestaande bouw is niet veel anders. De termijnen betreffende de tijdsduur van de brandwerendheid met betrekking tot bezwijken in minuten zijn echter korter dan bij nieuwbouw. Bestaande bouwwerken hebben per functie eveneens te maken met kortere termijnen waarbinnen een rookvrije vluchtroute bruikbaar moet kunnen blijven. Er is in dit geval wel een strengere eis voor andere ge-

<sup>650</sup> Deze bepalingen vangen aan met de eerder genoemde zinsnede ‘Onverminderd het eerste lid.’.

bruiksfuncties dan wonen: afwijkingen zoals verwoord in een bepaling als het derde en het zesde lid van art. 2.9 Bouwbesluit met betrekking tot nieuwbouw zijn er niet in het geval van bestaande bouw. In andere functioneel equivalente bepalingen in het Bouwbesluit is eenzelfde structuur te vinden: er is een hoofdregel (een functionele bepaling); de technische bepaling wordt gegeven (een omschrijving van prestatie-eisen), in voorkomende gevallen is er een uitzondering; in voorkomende gevallen kan er een aanvulling dan wel een uitzondering zijn per gebruiksfunctie (bijvoorbeeld voor een woonfunctie, industriefunctie, gezondheidszorgfunctie,<sup>651</sup> winkelfunctie, sportfunctie en onderwijsfuncties, waarvoor verschillende eisen kunnen gelden, per specifieke afdeling van het Bouwbesluit). In het Bouwbesluit zijn dan ook tabellen opgenomen die verduidelijken welke technische vereisten voor welke functies van toepassing zijn.

#### 5.7.4. Relevante bepalingen in de Woningwet

In deze paragraaf worden verschillende bepalingen van de Woningwet besproken die relevant zijn voor het onderzoek. De bepalingen in het Bouwbesluit hebben een technisch karakter en zijn meer toegespitst op de naleving van technische normen gedurende het bouwproces en de controle achteraf daarop; de relevante bepalingen in de Woningwet hebben een meer overkoepelend karakter. Achtereenvolgens komen in deze paragraaf aan de orde: een bepaling met betrekking tot de welstandscommissie, een nuancering op het verbod van bewoning van een onbewoonbaarverklarde woning, een nuancering van het verbod op het bouwen zonder vergunning, de woonvergunning en maatregelen die in geval van buitengewone omstandigheden mogen worden genomen.

#### *Artikel 12 Woningwet*

1. *Het uiterlijk en de plaatsing van een bouwwerk of standplaats, zowel op zichzelf als in verband met de omgeving of de te verwachten ontwikkeling daarvan, mogen niet in strijd zijn met redelijke eisen van welstand, beoordeeld naar de criteria, bedoeld in artikel 12a, eerste lid, onderdeel a.*
2. *Het eerste lid is niet van toepassing:*
  - a. *indien bij besluit van de gemeenteraad is bepaald dat voor het gebied waarin het bouwwerk of de standplaats is of wordt gebouwd geen redelijke eisen van welstand gelden;*

<sup>651</sup> Zo worden in de Regeling bouwmaatstaven nucleaire geneeskunde, *Stcrt.* 24 oktober 2001, nr. 206, p. 20, specifieke maatstaven met kwaliteitseisen gegeven waaraan ruimten of gebouwsdelen dienen te voldoen waar gebruik wordt gemaakt van (diagnostische en/of therapeutische) nucleaire technologie (radioactieve stoffen).

- b. indien bij besluit van de gemeenteraad is bepaald dat voor de categorie bouwwerken of standplaatsen waartoe het bouwwerk of de standplaats behoort geen redelijke eisen van welstand gelden;
- c. op bouwwerken en standplaatsen waarop artikel 43, eerste lid, van toepassing is, of
- d. op bouwwerken als bedoeld in artikel 45, eerste lid.

Art. 12 Ww betreft het welstandstoezicht. Peeters omschrijft welstandstoezicht als volgt: ‘Het welstandstoezicht beoogt de visuele kwaliteit en esthetiek van bouwwerk en omgeving te beschermen’.<sup>652</sup> Zoals gezegd, is de gemeenteraad ex art. 8 Ww verplicht een bouwverordening op te stellen. Art. 8, zesde lid, Ww bepaalt dat de bouwverordening eveneens voorschriften omtrent de samenstelling, inrichting en werkwijze van de welstandscommissie dient te bevatten. Een welstandscommissie is een door de gemeenteraad benoemde onafhankelijke commissie die aan burgemeester en wethouders advies uitbrengt ten aanzien van de vraag of het uiterlijk of de plaatsing van een bouwwerk of standplaats, waarvoor een aanvraag is ingediend in strijd is met redelijke eisen van welstand. Indien ervoor gekozen wordt geen welstandscommissie op te richten, maar een stadsbouwmeester aan te stellen, dient de bouwverordening voorschriften te bevatten omtrent de rol en de functie van de bouwmeester, die een gelijksoortige positie heeft als een welstandscommissie.<sup>653</sup>

In de parlementaire behandeling werd geconcludeerd dat hoewel het welstandstoezicht aan herziening toe was, er ondanks alle kritiek nog steeds goede redenen aanwezig waren om het te handhaven. De eerste reden hier toe betreft het streven naar ruimtelijke kwaliteit en samenhang. Het welstandstoezicht blijkt een belangrijk instrument te zijn om samenhang in architectuur en stedenbouw mogelijk te kunnen maken. Hiermee hangt samen dat de kwaliteit van de openbare ruimte zoals deze door de overheid wordt gehandhaafd of gewaarborgd, van invloed is op (eventuele) particuliere investeringen in bepaalde gebieden. De tweede reden is gelegen in het reguleren en voorkomen van conflicten met betrekking tot bouwactiviteiten. Bouwactiviteiten kunnen het aanzicht of het aanzien van een leefomgeving wijzigen, hetgeen zijn weerslag kan hebben op de gemoedstoestand van degenen die in die leefomgeving wonen. Toenmalig staatssecretaris Remkes schrijft, existentialistisch: ‘De grootste vrijheid van de ene burger is daarbij de grootste onvrijheid van de andere burger’. Door het welstandsbeleid bestaat er een kader waarbinnen mogelijke conflicten omtrent bouwen kunnen worden gereguleerd.<sup>654</sup>

<sup>652</sup> Peeters (1994), *a.w.*, p. 96 e.v.

<sup>653</sup> Art. 1, tweede lid sub, r-s Ww.

<sup>654</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 734, nr. 4, p. 3. Er werden eveneens verschillende uitgangspunten geformuleerd die als beleidskader dienden voor de wijziging van het welstandstoe-

Art. 12 Ww bevat verschillende bepalingen omtrent de welstandsnota, welstandscriteria, welstandsadviezen en verplichte verslaggeving aan de gemeenteraad betreffen. De welstandscriteria zijn een zwaarwegende toetssteen bij het al dan niet honoreren van aanvragen om bijvoorbeeld een bouwvergunning of een sloopvergunning. Alleen de verschillende welstandscriteria zoals deze geformuleerd zijn in de door de gemeenteraad vastgestelde welstandsnota vormen de grondslag van beoordelingen met betrekking tot welstand. De welstandscommissie toetst derhalve slechts aan van tevoren bekende normen en maakt niet meer per geval uit wat ‘mooi’ of ‘geschikt’ is, nadat een bouwplan ingediend is. Overigens is het niet zo dat een negatief welstandsoordeel betekent dat de bouwvergunning geweigerd dient te worden of geweigerd zal worden. Art. 44, eerste lid, onder d, Ww geeft aan dat in zwaarwegende gevallen de vergunning toch kan worden verleend. Ook kan het college van burgemeester en wethouders gemotiveerd van het advies van de welstandscommissie afwijken.

Het eerste lid van art. 12 Ww bepaalt dat het uiterlijk en de plaatsing van een bouwwerk of standplaats, zowel op zichzelf als in verband met de omgeving of de te verwachten ontwikkeling daarvan, niet in strijd mogen zijn met redelijke eisen van welstand zoals deze zijn vastgelegd in de welstandsnota. Het tweede lid van art. 12 bepaalt dat het eerste lid niet van toepassing is in vier verschillende gevallen. Al deze situaties betreffen uitzonderingen voor een bepaald gebied of een bepaald bouwwerk. Van de eerste soort gevallen is sprake indien bij besluit van de gemeenteraad bepaald is dat voor het gebied waarin het bouwwerk of de standplaats is of wordt gebouwd geen redelijke eisen van welstand gelden. Gemeenten mogen differentiëren met redelijke eisen van welstand naar de locatie in de gemeenten en mogen eveneens afzien van het formuleren van redelijke eisen van welstand voor bepaalde gebieden binnen de gemeentegrenzen. De tweede soort gevallen betreft de figuur dat er door de gemeenteraad is bepaald dat er voor een bepaalde categorie bouwwerken of standplaatsen waartoe het bouwwerk of de standplaats behoort, geen redelijke eisen van welstand gelden. Het betreft hier derhalve het soort gebouw of het soort standplaats waarvan bepaald kan worden dat daarvoor geen redelijke eisen van welstand gelden. De derde soort gevallen betreft de bouwwerken waarop art. 43, eerste lid, Ww van toepassing is. Het gaat hier om bouwen zonder dat een bouwvergunning nodig is en bouwen ingevolge een aanschrijving van burgemeester en wethouders, bouwen dat tot het gewone onderhoud behoort of bouwen dat bij algemene maatregel van bestuur is aangemerkt als van beperkte betekenis, met de bepaling dat in dit geval tevens voorschriften kunnen worden gegeven omtrent het gebruik van het bouw-

zicht: a) het plaatsen van de welstandadvisering binnen een inhoudelijk kader; b) het inrichten van mogelijkheden voor rechtszekerheid biedend overleg; c) het verhogen van de kwaliteit van de advisering en d) het scheppen van efficiënte en transparante procedures.



werk of de staanplaats. Echter, het eerste lid van art. 43 Ww wordt beperkt door een procedurele bepaling: het eerste lid is niet van toepassing op het bouwen a) in, op, aan of bij een monument als bedoeld in de Monumentenwet 1988 of een monument als bedoeld in een provinciale of gemeentelijke monumentenverordening, of b) in een beschermd stads- of dorpsgezicht als bedoeld in de Monumentenwet 1988.

Over de formulering van deze functioneel equivalente bepaling is tijdens de parlementaire behandeling van het artikellid daaromtrent niets gezegd. De aandacht gaat, evenals in het strafrechtelijk deel ten aanzien van de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond het geval was, uit naar de strekking van de bepaling.

### *Artikel 32 Woningwet*

- 1. Het is verboden een onbewoonbaarverklaarde woning of woonwaggen, na de dag waarop het in artikel 31 bedoelde kenteken is aangebracht, als woning of woonwaggen in gebruik te hebben, te nemen of te geven.*
- 2. Het in het eerste lid bedoelde verbod geldt niet ten aanzien van degenen, die de woning of woonwaggen op de dag waarop het in artikel 31 bedoelde kenteken is aangebracht, reeds gedurende ten minste zes maanden onafgebroken bewoont, zolang die bewoning niet wordt onderbroken en de termijn van ontruiming niet is verstreken.*

Artikel 32 Ww is te vinden in de derde afdeling van de Woningwet, die bepalingen omtrent het onbewoonbaar verklaren van woningen omvat. De verbodsbepaling van art. 32, eerste lid, Ww verbiedt het om een onbewoonbaarverklaarde woning of woonwaggen na de dag waarop het in art. 31 bedoelde kenteken is aangebracht, als woning of woonwaggen in gebruik te hebben, te nemen of te geven.<sup>655</sup> Artikel 31 Ww bepaalt dat zodra de beslissing tot onbewoonbaarverklaring van kracht is geworden, door het college van burgemeester en wethouders op de onbewoonbaarverklaarde woning of woonwaggen een kenteken wordt aangebracht waarop duidelijk is vermeld dat de woning of woonwaggen onbewoonbaar is verklaard.

De aan de bijzondere strafuitsluitingsgrond equivalente bepaling bepaalt dat het verbod van het eerste lid niet geldt ten aanzien van degenen, die de woning of woonwaggen op de dag waarop het kenteken is aangebracht reeds gedurende ten minste zes maanden onafgebroken bewoont, zolang die bewoning niet wordt onderbroken en de termijn van ontruiming niet is verstreken. Zolang er niet ontruimd wordt of zolang de woning niet op instorten staat, kan iemand die gedurende minimaal zes maanden onafgebro-

<sup>655</sup> Het wederrechtelijk wegnemen, vernielen of beschadigen van dit kenteken is een strafbaar feit dat gestraft wordt met een geldboete van de tweede categorie (art. 106 jo. art. 111 Ww).

ken een woning of woonwagen die onbewoonbaar is verklaard en waarop het kenteken is aangebracht, blijven wonen. Artikel 107 Ww leert dat overtreding van art. 32 Ww bestraft wordt hechtenis van ten hoogste vier maanden of een geldboete van de tweede categorie. De parlementaire geschiedenis van deze equivalente bepaling bevat geen informatie omtrent de beweegredenen van de wetgever om deze formulering te bezigen.

*Artikel 40 jo 43, eerste en tweede lid, Woningwet*

Artikel 43, eerste lid, Woningwet bezigt ten dele de formulering: ‘In afwijking van artikel 40, eerste lid, is geen bouwvergunning vereist voor het bouwen’, waarna drie specifieke omstandigheden worden geschetst. Het tweede lid sluit wat de formulering betreft aan bij de toepassingsvariant uit het strafrechtelijk deel (‘Het eerste lid is niet van toepassing op het bouwen..’), waarin twee omstandigheden worden genoemd. In art. 43 Ww zijn derhalve twee soorten functioneel equivalente bepalingen te vinden. Artikel 40, eerste lid, Ww bepaalt dat het verboden is zonder of in afwijking van een bouwvergunning te bouwen.

Artikel 43 Ww heeft een soortgelijke functie als art. 103a Sr, de eerder behandelde kwalificatie-uitsluitingsgrond met betrekking tot hulpverlening aan de vijand. De functioneel equivalente bepaling van art. 43 Ww is losgekoppeld van de verbodsbepaling. De sanctiebepaling is terug te vinden in art. 108 Ww, dat bepaalt dat overtreding van art. 40 Ww wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie. Artikel 43 is te zien als een uitbreiding van de categorie vergunningsvrije bouwwerken. Het vergunningsvrij bouwen betekent echter niet dat dergelijke bouwwerken niet aan de preventieve gemeentelijke toets in het kader van de bouwvergunningsprocedure zijn onderworpen of dat de voorschriften uit de gemeentelijke bouwverordening, het bestemmingsplan, de leefmilieuverordening en de welstandscriteria niet zouden gelden, stelt de memorie van toelichting.<sup>656</sup> Overigens geeft de Woningwet niet concreet aan welke bouwwerken vergunningvrij zijn. Vanwege de omvang en de gedetailleerdheid is besloten de opsomming in een algemene maatregel van bestuur op te nemen.<sup>657</sup> Art. 43, eerste lid, Ww bepaalt dat er geen bouwvergunning vereist is voor het bouwen indien het bouwen betreft ingevolge een aanschrijving van burgemeester en wethouders.<sup>658</sup> Dat geldt ook in ge-

<sup>656</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 734, nr. 3, p. 5.

<sup>657</sup> Vgl. het Besluit meldingsplichtige bouwwerken en het Besluit van 13 juli 2002, houdende voorschriften omtrent het bouwen waarvoor het vereiste van een bouwvergunning niet geldt, en omtrent het bouwen waarvoor een lichte bouwvergunning vereist is (Besluit bouwvergunningvrije en licht-bouwvergunningplichtige bouwwerken, *Stb.* 2002, 410).

<sup>658</sup> Men denke hierbij aan het bouwen om iets in de oorspronkelijke, niet met het recht in strijd zijnde staat terug te brengen in het kader van bestuursdwang.

val van bouwen dat tot het reguliere onderhoud behoort. Ten slotte kan het om bouwen gaan dat bij algemene maatregel van bestuur is aangemerkt als van beperkte betekenis, waarbij tevens voorschriften kunnen worden gegeven omtrent het gebruik van het bouwwerk of de standplaats. Niet-ingrijpende veranderingen (veranderingen van beperkte betekenis) mogen geen veranderingen zijn aan de draagconstructie of uitbreiding van het bebouwde oppervlak. Eveneens dient bestaand, niet-wederrechtelijk gebruik te worden gehandhaafd. Concrete voorbeelden zijn het plaatsen van dakramen, kleine bouwwerken op het erf (zoals een serre), carports, (in niet-winkelgebieden) het plaatsen van zonweringen of rolluiken, het plaatsen of verwijderen van niet-dragende binnenwanden of het vervangen van raamkozijnen.

Het betreft tevens het plaatsen van bouwwerken, geen gebouw zijnde. Te denken valt hierbij aan straatmeubilair zoals speeltoestellen en centraal opgestelde containers ter gescheiden inzameling van huishoudelijk afval en tuinmeubilair.<sup>659</sup> De Woningwet ziet speeltoestellen als bouwwerken, geen gebouw zijnde, waarop de bepalingen van de Woningwet van toepassing zijn. Een speeltoestel is hier blijkens art. 1 sub c 'een inrichting bestemd voor vermaak of ontspanning waarbij uitsluitend van zwaartekracht of van fysieke kracht van de mens gebruik wordt gemaakt'.<sup>660</sup>

Het tweede lid van art. 43 Ww bepaalt dat het eerste lid niet van toepassing is op het bouwen in, op, aan of bij een monument. De verruiming van de categorie vergunningsvrije bouwwerken ging naast deze bepalingen gepaard met regelingen om een gewenst kwaliteitsniveau te waarborgen. Deze waarborgen betreffen alle hierboven besproken uitzonderingen. Via algemene maatregelen van bestuur kunnen verschillende ruimtelijke randvoorwaarden worden gesteld, waarbij te denken valt aan een maximaal bebouwingspercentage op een erf. Bouwwerken die er niet in slagen aan dergelijke voorwaarden te voldoen zijn vergunningsplichtig.

Een tweede mogelijkheid om kwaliteitsmaatstaven met betrekking tot vergunningsvrije bouwactiviteiten te waarborgen vormt de procedure die geldt voor vergunningsvrije bouwactiviteiten betreffende monumenten en in door het Rijk aangewezen beschermde stads- en dorpsgezichten. Dergelijke bouwactiviteiten dienen door de gemeente preventief te worden getoetst op ruimtelijke kwaliteit.<sup>661</sup> Het betreft hier een toets aan de verschillende welstandscriteria, stedenbouwkundige voorschriften, de gemeentelijke bouwverordening, het bestemmingsplan en de leefmilieuverordening.

Ten slotte de derde categorie vergunningsvrije bouwwerken. Op vergunningsvrije bouwwerken die niet onder bovenstaande regels vallen en die

<sup>659</sup> *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 734, nr. 3, p. 47. Zie in dit kader eveneens het Besluit veiligheid attractie- en speeltoestellen *Stb.* 1996, 474.

<sup>660</sup> Vgl. art. 3, sub b en sub c Besluit veiligheid attractie- en speeltoestellen.

<sup>661</sup> *Kamerstukken II*, 1999-2000, nr. 6, p. 14-15 en 29-35.

niet aan redelijke eisen van welstand behoeven te voldoen is wel een excessenregeling van toepassing.<sup>662</sup> Deze mogelijkheid van repressief welstandtoezicht met betrekking tot vergunningsvrije bouwwerken was uit het wetsvoorstel verwijderd bij de derde Nota van wijziging<sup>663</sup> vanwege kritiek vanuit gemeente- en welstandkring. Via het amendement Ravestein<sup>664</sup> is de regeling alsnog in de wet terechtgekomen. Op basis van de excessenregeling kunnen gemeenten repressief optreden door middel van het bestuursjuridisch instrumentarium (te denken valt aan bestuursdwang) indien het uiterlijk van een vergunningsvrij bouwwerk in ernstige strijd is met redelijke eisen van welstand. Het uiterlijk dient in dergelijke gevallen meer in overeenstemming met de redelijke eisen van welstand te worden gebracht. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het niet de bedoeling is het plaatsen van het object eveneens aan te pakken.<sup>665</sup>

Indien er sprake is van een bouwwerk dat of staanplaats die niet aan de welstandscriteria ex art. 12 Ww hoeft te voldoen en het uiterlijk van dat bouwwerk in ernstige strijd met redelijke eisen van welstand is, hebben burgemeester en wethouders een bevoegdheid om daartegen op te treden. Ex art. 19 Ww zijn zij bevoegd degene die als eigenaar of degene die anderszins tot opheffing van de niet met welstandscriteria in overeenstemming zijnde situatie bevoegd is, aan te schrijven om binnen een door de burgemeester en wethouders te bepalen termijn deze strijdigheid op te heffen.

Ook met betrekking tot deze bepaling verstrekt de wetsgeschiedenis geen informatie omtrent de formulering van de bepaling.

#### *Art. 60, derde lid, Woningwet*

1. *Het is verboden zonder vergunning van burgemeester en wethouders (woonvergunning) een bestaand gebouw dan wel een gedeelte van een bestaand gebouw, dat, ofschoon niet ongeschikt voor bewoning, laatstelijk niet of wederrechtelijk als woning of woonwagen werd gebruikt, als woning of woonwagen in gebruik te geven of te nemen.*
2. *(..)*
3. *Het eerste lid is niet van toepassing op het als woning of woonwagen in gebruik geven of nemen van een bestaand gebouw dan wel een gedeelte van een bestaand gebouw, dat, ofschoon ongeschikt voor*

<sup>662</sup> *Kamerstukken II, 1998-1999, 26 734, A, p. 2-4.*

<sup>663</sup> *Kamerstukken II, 2000-2001, 26 734, nr. 9, p. 4.*

<sup>664</sup> *Kamerstukken II, 2000-2001, 26 734, nr. 21.*

<sup>665</sup> *Kamerstukken II, 1998-1999, 26 734, nr. 3, p. 7-8.*

*bewoning, overeenkomstig de daarvoor geldende voorschriften voor bewoning geschikt is gemaakt.*

Art. 60 Ww betreft de woonvergunning. Art. 109 Ww bepaalt dat overtreding van dit artikel wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste vier maanden of geldboete van de derde categorie. Het derde lid van art. 60 Ww verklaart het eerste lid niet van toepassing op het als woning of woonwagen in gebruik nemen of geven van een bestaand gebouw, dan wel een gedeelte van een bestaand gebouw, dat, ofschoon ongeschikt voor bewoning, overeenkomstig de daarvoor geldende voorschriften voor bewoning geschikt is gemaakt. De wetsgeschiedenis van de bepaling verstrekt geen inzicht in de wijze van formuleren van dit derde lid.

*Art. 103, tweede lid, Woningwet*

- 1. Bij de in artikel 101a bedoelde algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald, dat het verboden is zonder of in afwijking van toestemming van Onze Minister en, voor zover van toepassing, Onze Minister die het mede aangaat, als opdrachtgever, architect, bouwondernemer, aannemer of uitvoerder betrokken te zijn bij het uitvoeren van bouwwerken als bedoeld in artikel 102, eerste lid.*
- 2. Onze Minister kan, voor zover van toepassing tezamen met Onze Minister die het aangaat, al of niet onder voorwaarden ontheffing verlenen van het in het eerste lid bedoelde verbod.*

Art. 103 Ww staat in hoofdstuk VII van de Woningwet, waar de voorzieningen in geval van buitengewone omstandigheden worden geregeld. Het artikel is gekoppeld aan art. 101a Ww. Dat bepaalt dat indien er schaarste dreigt te ontstaan dan wel bestaat aan arbeidskrachten, geldmiddelen of materialen, er bij of krachtens algemene maatregel van bestuur voorschriften kunnen worden gegeven, zo nodig in afwijking van de in de Hoofdstukken III, IV en V vervatte bepalingen, omtrent de toepassing van die bepalingen. In Hoofdstuk III zijn enkele bijzondere maatregelen verwoord. Het betreft het toezicht op bouwwerken, open erven en terreinen en betreft mede de regels met betrekking tot onbewoonbaarverklaring. Hoofdstuk IV betreft bouw- en woonvergunningen. Hoofdstuk V regelt voorziening in de woningbehoefte via onderzoeken naar volkshuisvesting, planning, programmering en verdeling en behelst regels omtrent de instellingen die werkzaam zijn in het belang van de volkshuisvesting. Art. 103 Ww bepaalt in het eerste lid dat bij de in art. 101a Ww bedoelde algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat het verboden is zonder of in afwijking van toestemming van de Minister en, indien van toepassing, de Minister die het mede aangaat, als opdrachtgever, architect, bouwondernemer, aannemer of

uitvoerder betrokken te zijn bij het uitvoeren van bouwwerken als bedoeld in art. 102, eerste lid, Ww. Het betreft hier bouwwerken die, indien er toepassing wordt gegeven aan art. 101a Ww, passen in het plan dat door een Minister, in overeenstemming met andere Ministers die het mede aangaat is vastgesteld. In dit plan is aangegeven aan welke werken er op het gebied van de burgerlijke utiliteitsbouw, grond-, water-, of wegebouw of enig ander gebied de bouwnijverheid betreffende, in het eerstkomende jaar uitvoering kan worden gegeven. Het tweede lid van art. 103 Ww bepaalt dat, al dan niet onder voorwaarden ontheffing kan worden verleend van het in het eerste lid genoemde verbod.

De wetsgeschiedenis van de bepaling verstrekt geen nadere informatie omtrent de formulering van de bepaling.

## **5.8. Samenvatting en tussenconclusies**

In de bovenstaande paragraaf zijn verschillende manieren van de techniek van regel en uitzondering in de Woningwet en het Bouwbesluit beschreven. Voor de Woningwet geldt dat er in deze wet verschillende soorten bepalingen te vinden zijn die functioneel equivalent dan wel equivalent aan de bijzondere strafuitsluitingsgrond zijn. Een voorbeeld van het laatste is art. 32, tweede lid, Ww. De wetgever bedient zich voorts van tabellen om de strekking van de bepaling te verduidelijken en om verschillen in relevante vereisten aan te geven. Evenals in het strafrechtelijk deel werd betoogd, beperkt de wetgever zich bij de behandeling van de onderscheidene bepalingen tot de aard en strekking van de bepaling in het licht van de wet waar deze deel van uitmaakt.

De uitzonderingen zoals hier beschreven betreffen in het geval van het Bouwbesluit veelal specifieke technisch-constructieve uitzonderingen die voor bepaalde situaties en omstandigheden, afhankelijk van gebruiksfuncties gelden. De technisch-juridische constructie is in dergelijke gevallen: functionele eis/prestatie-eis/(eventuele) uitzondering. Uit het Bouwbesluit blijkt dat de wetgever verschillende formuleringen hanteert, die ik heb aangeduid als functioneel equivalente bepalingen. Andere technisch-juridische constructies hebben de vorm van wat in het strafrechtelijk deel als de toepassingsvariant is beschreven. Deze bepalingen zijn qua formulering equivalent aan de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De voor dit onderzoek relevante bepalingen in de Woningwet missen dat technische karakter en zien meer op beleidskeuzes die gemaakt kunnen worden (art. 12, tweede lid, Ww), uitzonderingssituaties (art. 32, tweede lid jo. art. 43, eerste en derde lid, en 60, derde lid, Ww) of de noodzaak tot het treffen van bepaalde voorzieningen (art. 103, tweede lid, Ww).

De besproken bepalingen zijn vanwege het hoge technische karakter ervan gesloten geformuleerd. Dit komt door de toepasselijkheid van bijvoorbeeld NEN-normen en andere kwaliteitsstandaarden waaraan dient te worden voldaan. De gedetailleerdheid van de min of meer gesloten formulering van de bepaling, de eveneens van toepassing zijnde nader vastgestelde wet- en regelgeving, bijvoorbeeld regelgeving met betrekking tot (brand)veiligheid, is te begrijpen in het licht van het onderwerp: de veiligheid van constructies waar mensen zich in of bij kunnen bevinden en de kwalitatieve vereisten met betrekking tot levens- en werkomstandigheden. In het strafrechtelijk deel konden de bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond als ‘open’ en ‘gesloten’ worden aangemerkt.

De besproken equivalente en functioneel equivalente bepalingen geven geen ruimte voor een dergelijk onderscheid: de bestanddelen in het bestuursrecht zijn vanwege hun technische karakter gesloten. Resumerend: de wetgever geeft door functioneel equivalente en equivalente bepalingen zowel regels aan die nageleefd dienen te worden als ruimte waarbinnen het bestuur beleidsruimte heeft.

## **5.9. De Wet milieubeheer: achtergrond**

De tweede wet die hier wordt bekeken is de Wet milieubeheer. In het navolgende volgt een korte schets van enkele factoren die van belang zijn om de achtergrond van de wet te begrijpen. Na de periode van economische wederopbouw en modernisering van de industrie, begonnen in de jaren '60 en '70 van de vorige eeuw, werd er vanuit wetenschappelijke kringen en milieugroeperingen aandacht gevraagd voor de consequenties van de economische groei, de verdere industrialiseringsprocessen en de opkomst van de consumptiemaatschappij voor het leefmilieu. De productie en het gebruik van bepaalde goederen en grondstoffen, alsmede het verkeer, de industrie en het consumentengedrag bleken kwalijke gevolgen te hebben voor de kwaliteit van het water, de bodem en de lucht.

De rode draad in het Nederlandse milieubeleid bestaat uit twee onderdelen: de gemeenschappelijke aanpak van de grensoverschrijdende milieuproblemen in het kader van de Europese Unie en het streven naar duurzame ontwikkeling, welke onderdelen deels in elkaars verlengde liggen. Het concept ‘duurzame ontwikkeling’ komt voort uit de Club van Rome, een groep wetenschappers die in 1972 een rapport presenteerden omtrent economie, milieu en de situatie van de aarde ten opzichte van natuurlijke hulpbronnen en grondstoffen.<sup>666</sup> De kern van het rapport van de Club van Rome is dat in de

<sup>666</sup> De term ‘sustainability’ werd geoperationaliseerd en in verband gebracht met productiefactoren door Boulding, waar hij schrijft dat in een economische analyse niet geabstraheerd kan

eerste plaats de verschillende natuurlijke bronnen waaruit op aarde geput wordt ten behoeve van de economie en de voedselproductie, grondstoffen en dergelijke, slechts in een beperkte mate aanwezig zijn. Na verloop van tijd zullen deze bronnen bij een bepaald gebruik en bepaalde ontwikkelingen (lees: ongebreidelde economische groei) opdrogen. De gevolgen van de uitputting van de natuurlijke bronnen zijn de teloorgang van ecosystemen en de ineenstorting van de economie met als gevolg hongersnood, natuurrampen en gewapende conflicten.<sup>667</sup> Eveneens is vastgesteld dat de juiste wijze om de gevolgen van de uitputting van natuurlijke hulpbronnen en de geschetste gevolgen hiervan te kunnen voorkomen, het best kan worden bereikt uit gezamenlijk, gecoördineerd beleid dat op grote schaal uitgevoerd dient te worden waarbij grenzen gesteld moeten worden aan bevolkingsgroei, vervuiling en economische groei.<sup>668</sup> Het rapport kreeg internationaal veel aandacht en stond aan de basis van het ontwikkelen van (inter)nationaal milieubeleid en economische politiek.<sup>669</sup> De beleidsmatige uitwerking van het concept 'duurzame ontwikkeling' in Nederland komt neer op het streven op een dusdanige manier in behoeften van de huidige generatie te voorzien dat deze niet ten koste zal komen van toekomstige generaties of groepen mensen elders.

Het Nederlandse milieubeleid rust op vijf pijlers die dit streven ondersteunen: het handhaven van strenge milieunormen; het komen tot een oplossing van drie tot op heden structurele problemen, te weten het broeikaseffect, de geluidshinder en de verzuring; het realiseren van een grotere betrokkenheid van de verschillende maatschappelijke participanten bij het oplossen van milieuproblemen; het streven naar betere internationale samenwerking met

worden van het fysieke milieu waarin productie plaatsvindt. K. Boulding, 'The economics of the coming spaceship Earth', in: H. Jarrett (ed.), *Environmental Quality in a growing Economy*, p. 3-14, John Hopkins Press, Baltimore, 1966, m.n. p. 9-10.

<sup>667</sup> Het lijkt dan ook geen toeval te zijn dat een substantieel deel van de gewapende conflicten in Afrika zich in ecologisch gekwetste of kwetsbare gebieden voordoen. Vgl. Robert D. Kaplan, *The Ends of The Earth. A Journey at the Dawn of the 21st Century*, Random House, New York, 1996, waar ecologische kwetsbaarheid en armoede die hieruit ontspringt eveneens als een factor voor de verklaring voor het ontstaan van politiek extremisme wordt gebruikt. P. Terhal, 'The Fourth World, concept, reality and prospects', in: W. Adriaansen e.a. (red.) *A dual world economy, forty years of development experience*, Centre for development planning, EUR, 1989, p. 271-295.

<sup>668</sup> Dennis L. Meadows e.a. (red.), *The Limits to Growth. A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, Universe Books, New York, 1972, David Reed, *Structural Adjustment, the Environment, and Sustainable Development*, WWF/ Earthscan Publications, London, 1997, p. 25-40 en 299-364 en J.A. van Nederpelt, 'Bevolkingsgroei en het dilemma van ontwikkeling en milieubehoud', in: *Ontwikkelingslanden en een verdeelde wereld. Een inleiding tot het ontwikkelingsvraagstuk*, Van Gorcum., Assen/Maastricht, 1993, p. 122-143.

<sup>669</sup> World Commission on Employment, Gro Harlem Brundtland, *Our Common Future*, Oxford University Press, 1987, R.F.M. Lubbers, 'Governance in an Era of Globalization', in: H.C. Blauwkuip (red.), *Opties voor de toekomst. Op weg naar een duurzame samenleving*, Kok, Agora, 1998.



betrekking tot het aanpakken van milieuproblemen; meer oog voor de gevolgen van milieuproblemen op de lange termijn. Wat het tweede onderdeel, de invloed van de Europese Unie, betreft, het volgende. De doelstellingen van het communautaire milieubeleid zijn in art. 174 EG-verdrag neergelegd. Het betreft hier het behoud, de bescherming en de verbetering van de kwaliteit van het milieu; de bescherming van de gezondheid van de mens; een behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen en de bevordering op internationaal vlak van maatregelen om het hoofd te bieden aan regionale of mondiale milieuproblemen.<sup>670</sup> In dit kader kan gewezen worden op verschillende Europeesrechtelijke normen die in al dan niet rechtstreeks werkende bepalingen zijn vervat.<sup>671</sup> Hiernaast zijn er raakvlakken met andere gebieden van het Nederlands (milieu)recht waar weer een ander deel van het Europese recht op van toepassing is. Voorbeelden hiervan zijn het vrije verkeer van goederen (milieuheffingen of technische voorschriften met betrekking tot verpakkingen als maatregelen die de intracommunautaire handel kunnen raken)<sup>672</sup>, het verdragenrecht (bijvoorbeeld in het geval van verschillen tussen het communautaire milieubeleid, de omvang van de exclusieve communautaire bevoegdheden, en de door een lidstaat gesloten verdragen, of milieuverdragen waarin zowel lidstaten als de EU partij zijn, gemengde verdragen)<sup>673</sup> en mededinging.<sup>674</sup> Dat duurzame ontwikkeling eveneens een belangrijke factor in het EU-milieubeleid is, blijkt uit het in 1993 door de Europese Commissie vastgestelde Vijfde Milieuactie-programma.<sup>675</sup> Milieuactieprogramma's zijn beleidsprogramma's die het uitgangspunt vormen voor uit te vaardigen richtlijnen, verordenin-

<sup>670</sup> J.H. Jans (e.a.) red., *Europees milieurecht in Nederland*, Boom, Den Haag, 2000, p. 38 e.v.

<sup>671</sup> Vgl. de Integrated pollution prevention and control-richtlijn, *Pbl.EG* L257/26. Vgl. in dit kader eveneens *Kamerstukken II*, 1997-1998, 25 991, nr. 3: Wijziging van de Wet milieubeheer (toevoeging van bepalingen over internationale zaken), naar aanleiding van verordening 793/93 EEG (*Pbl.EG* L 84), en *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 683, nr. 3: Wijziging van enkele artikelen van de Wet milieubeheer (hoofdstuk 12) in verband met de herziening van de EMAS-verordening (verordening 1836/93, m.b.t. vrijwillige deelname van bedrijven uit de industriële sector aan een communautair milieubeheer en milieu-auditsysteem (*Pbl.EG* L168).

<sup>672</sup> Jans (2000), *a.w.*, p. 299 e.v.

<sup>673</sup> Jans (2000), *a.w.*, p. 79 e.v., m.n. vanaf p. 101.

<sup>674</sup> Als voorbeeld van het laatste kan staatssteun op milieuterrein (milieusteun) genoemd worden. Blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie omvat het begrip 'steun': 'Besluiten van de Lidstaten, waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden, eenzijdig en autonoom geldmiddelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefde economische of sociale doelstellingen te bevorderen'. Jans (2000), *a.w.*, p. 400. Voorbeelden zijn fiscale voordelen of vrijstellingen van heffingen voor milieuvriendelijke investeringen in productie- en kapitaalgoederen.

<sup>675</sup> OECD documents, *Reducing Environmental Pollution: Looking Back, Thinking Ahead*, Organisation for economic co-operation and development, Paris, 1994, p. 6-7 en 10 e.v. N. Castells, *International Environmental Agreements. Institutional innovation in European Transboundary Air Pollution Policies*, diss. VU, Joint Research Centre European Commission, Ispra, Italy, 1999, p. 38.

gen en besluiten op het gebied van de bescherming van de natuur. In de algemene grondslag van het programma werd duurzame ontwikkeling gezien als 'beleid en strategie voor verdere economische en sociale ontwikkeling, waarbij geen schade mag worden toegebracht aan het milieu en de natuurlijke hulpbronnen, van wier kwaliteit de voortzetting van de menselijke activiteit afhankelijk is. De nadruk ligt in het programma vooral op de actoren en activiteiten die uitputting van de natuurlijke hulpbronnen en aantasting van het milieu veroorzaken, waarbij niet gewacht moet worden totdat er problemen ontstaan'.<sup>676</sup> Hiernaast wordt er naar gestreefd het milieu een integraal onderdeel te laten vormen van het EG-beleid op de verschillende terreinen van het Gemeenschapsrecht en Gemeenschapsbeleid.<sup>677</sup> Kamminga en Klatte stellen dat eisen ter zake van milieubescherming in het bepalen en uitvoeren van Gemeenschapsbeleid op andere terreinen (dienen te) worden geïntegreerd. 'De toepassing van dit integratiebeginsel dient niet slechts getoetst te worden door te kijken of er milieu-aspecten pro forma zijn meegenomen in de besluitvorming in andere beleidssectoren. Er moet ook onderzocht worden of daarbij recht is gedaan aan 'de eisen ter zake van milieubescherming', zoals die zijn vastgelegd in primair en secundair Gemeenschapsrecht. (...) Duurzame ontwikkeling is alleen mogelijk als de beginselen ervan ook effectief doorwerken in alle beleidssectoren'.

## **5.10. Techniek van regel en uitzondering in de Wet milieubeheer**

### **5.10.1. Inleiding**

In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de bepalingen in de Wet milieubeheer (Wmb) die equivalent en functioneel equivalent zijn aan de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Milieurecht en strafrecht zijn mede aan elkaar verbonden middels art. 1a van de Wet op de Economische delicten (WED), waarin enkele gedragingen omschreven in de Wet milieubeheer als economisch delict worden bestempeld, waardoor bepalingen van de WED met betrekking tot straffen en (voorlopige) maatregelen<sup>678</sup> en het opsporingsonderzoek<sup>679</sup> naast het bestuursrecht en het commune strafrecht komen te staan. Daarnaast zijn er in de Wet milieubeheer en de Woningwet verschillende bepalingen te vinden die de afstemming tussen enerzijds een

<sup>676</sup> Jans (2000), *a.w.*, p. 426.

<sup>677</sup> M.T. Kamminga en E.R. Klatte, 'Twintig jaar EG milieubeleid en het integratiebeginsel', in: *Milieu en Recht*, 1994/1, p. 2-10.

<sup>678</sup> Vgl. de artt. 5-17 jo. 28-32 WED.

<sup>679</sup> Vgl. de artt. 17-27 WED. Zie M. Wladimiroff, 'Hoe apart is economisch strafrecht: een evaluatie', in: M. Wladimiroff (red.), *Facetten van economisch strafrecht*, Willem Pompe Instituut Utrecht/Gouda Quint Arnhem, 1990, p. 183 e.v.

milieuvergunning en anderzijds een bouwvergunning behelzen.<sup>680</sup> Evenals bij de Woningwet het geval is, kent de Wet milieubeheer een vergunningsstelsel. In de voorgaande paragrafen is aan behandeling van de woonvergunning voorbijgegaan, daar de Wet milieubeheer een uitgebreider voorbeeld is van de relevantie van dergelijke bepalingen in het kader van het onderzoek. Er wordt begonnen met een korte introductie van de Wet milieubeheer. Vervolgens is er aandacht voor de bepalingen die in het kader van dit onderzoek relevant zijn. Evenals dit in de paragraaf betreffende de Woningwet het geval was, wordt deze paragraaf afgesloten met een overzicht.

### 5.10.2. Wet milieubeheer

De Wet milieubeheer kwam tot stand vanuit de gedachte dat het wenselijk was een groot deel van de juridische ‘oplossingen’ van de verschillende problemen die er op milieugebied speelden meer centraal bijeen te brengen, in één wet. Voorheen waren deze onderwerpen geregeld in een lappendeken van wet- en regelgeving, bestaande uit onder meer de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne en de Hinderwet. Voorts zijn er nieuwe onderwerpen geregeld.<sup>681</sup> De Wet milieubeheer laat zich, zoals veel andere wet- en regelgeving, wellicht het beste vergelijken met *El Temple de la Sagrada Familia* (Barcelona): zij is nooit af en altijd in constructie. De Wmb maakt slechts een onderdeel uit van het juridisch kader van het milieurecht, dat eveneens bestaat uit normstellingen in algemene maatregelen van bestuur, vergunningen, wetten en het bestuursjuridisch sanctie-instrumentarium. De Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer noemt de Nederlandse milieuwetgeving omvangrijk, complex en dynamisch.<sup>682</sup> De omvang zou in de hand werken dat het ‘voor overheden vrijwel onmogelijk is om de naleving van regels goed te kunnen controleren’, wat uiteindelijk overtredingen in de hand kan werken.

De complexiteit blijkt uit de technische en procedurele aspecten van het milieurecht; technische complexiteit vanwege verschillende milieutechnologische bedrijfsprocessen (technieken die in het bedrijf worden ge-

<sup>680</sup> In dit kader kan gewezen worden op art. 8.5, tweede lid, Wmb, waaruit blijkt dat er een tweetal procedures bestaat indien een aan te vragen milieuvergunning betrekking heeft op het oprichten of veranderen van een inrichting, hetgeen eveneens is aan te merken als bouwen in de zin van de Woningwet. Naast de relevantie voor het onderzoek zijn er derhalve onderlinge raakvlakken met eerder behandelde rechtsgebieden. Vgl. Michiels (2003), *a.w.*, p. 213-217.

<sup>681</sup> Th.G. Drupsteen, ‘Twintig jaar milieuwetgeving, tijd voor bezinning’, in *Milieu en Recht*, 1990, p. 194-202, A. van Dijk-Barkmeijer, ‘De gevolgen van de invoering van de Algemene wet bestuursrecht voor het milieurecht’, in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 1994/5, p. 132 en Michiels (2003), *a.w.*, p. 1-2.

<sup>682</sup> Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, Over de naleving van de zorgplicht voor de handhaving door bevoegde besturen (Commissie-Michiels), *Zorgplicht voor de handhaving van milieurecht*, VROM, 2002, p. 17.

bruikt die er op gericht zijn het milieu te beschermen) en procedurele complexiteit wat betreft juridische processen en bevoegdheidsregels (de relevante wet- en regelgeving met betrekking tot het milieu). Het dynamische aspect in milieuwetgeving betreft het (juridische) reactievermogen van overheid en justitiabelen op milieutechnologische en milieuwetenschappelijke inzichten en internationale normstellingen.<sup>683</sup> Michiels omschrijft de Wmb als een kaderwet met normatieve elementen.<sup>684</sup> De Wmb bestaat hoofdzakelijk uit bepalingen betreffende bevoegdheden en procedures; voorts is er het streven naar een bepaald beschermingsniveau voor het milieu en zijn er actualiserings- en zorgplichten.<sup>685</sup>

Art. 1.1, tweede lid, sub b, Wmb bepaalt, dat in de Wmb en de daarop berustende bepalingen onder bescherming van het milieu mede worden verstaan de verbetering van het milieu, de zorg voor een doelmatig beheer van afvalstoffen of een doelmatig beheer van afvalwater, de zorg voor een zuinig gebruik van energie en grondstoffen, alsmede de zorg voor de beperking van de nadelige gevolgen voor het milieu van het verkeer van personen of goederen van en naar de inrichting. Wat ‘gevolgen voor het milieu’ zijn, wordt bepaald in art. 1.1, tweede lid, Wmb: daaronder wordt mede verstaan gevolgen die verband houden met een doelmatig beheer van afvalstoffen of een doelmatig beheer van afvalwater, de zorg voor een zuinig gebruik van energie en grondstoffen, alsmede gevolgen die verband houden met het verkeer van personen of goederen van en naar de inrichting.<sup>686</sup> Het begrip ‘inrichting’ is, met de ‘vergunning’, waarop later teruggekomen wordt, een van de centrale concepten in de Wmb. Wat daaronder wordt verstaan, blijkt uit art. 1.1, eerste lid, Wmb: een inrichting is ‘elke door de mens bedrijfsmatig of in een omvang alsof zij bedrijfsmatig was<sup>687</sup>, ondernomen bedrijvigheid die binnen een zekere begrenzing pleegt te worden verricht. De binding van het begrip ‘inrichting’ met de Wmb blijkt duidelijker uit het derde lid van art. 1.1. Wmb, waarin bepaald wordt dat bij algemene maatregel van bestuur categorieën van inrichtingen worden aangewezen ‘die nadelige gevolgen voor het milieu kunnen veroorzaken’.<sup>688</sup>

<sup>683</sup> Evaluatiecommissie Wet milieubeheer (2002), *a.w.*, p. 17-18.

<sup>684</sup> Michiels (2003), *a.w.*, p. 6.

<sup>685</sup> Dit laatste blijkt uit art. 1.1a Wmb, waar de algemene zorgplicht is omschreven. Vgl. omtrent de zorgplicht Visser (2001), *a.w.*, p. 384, e.v. Dit artikel is opgebouwd uit drie leden; in het eerste lid wordt bepaald dat een ieder voldoende zorg voor het milieu in acht neemt, het tweede lid heeft enkele omschrijvingen van de inhoud van de zorgplicht, waarbij geldt dat deze omschrijvingen niet limitatief zijn (‘houdt in ieder geval in’), het derde lid bepaalt dat de voorgaande twee leden van het artikel eventuele civiele aansprakelijkheid niet aantast.

<sup>686</sup> Zie art. 8.8, eerste lid, Wmb en eveneens de weigeringsgronden van art. 8.10 Wmb.

<sup>687</sup> Om dit te kunnen bepalen dient de aard van de activiteit bepaald te worden, daarbij speelt een rol of de activiteit op winst is gericht, vgl. Michiels (2003), *a.w.*, p. 49.

<sup>688</sup> Vgl. het Besluit van 5 januari 1993, houdende uitvoering van de hoofdstukken 1 en 8 van de Wet milieubeheer en hoofdstuk V van de Wet geluidhinder (Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer), laatstelijk gewijzigd in *Stb.* 2002, nr. 189.

Het vierde lid bepaalt vervolgens: ‘Elders in deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt onder inrichting verstaan een inrichting, behorende tot een categorie die krachtens het derde lid is aangewezen. Daarbij worden als één inrichting beschouwd de tot dezelfde onderneming of instelling behorende installaties die onderling technische, organisatorische of functionele bindingen hebben en in elkaars onmiddellijke nabijheid zijn gelegen. Onze Minister kan nadere regels stellen met betrekking tot hetgeen in deze wet en de daarop berustende bepalingen onder inrichting wordt verstaan’.

In het voorgaande is beschreven waartoe de Wmb dient en zijn er enkele kernbegrippen van die wet (‘gevolgen voor het milieu’ en ‘inrichtingen’) genoemd en besproken. In de hiernavolgende paragraaf worden voor dit onderzoek relevante bepalingen beschreven.

### 5.10.3. Relevante bepalingen uit de Wet milieubeheer

#### *Art. 8.1, tweede en derde lid, Wet milieubeheer*

Art. 8.1, eerste lid, Wmb verbiedt zonder daartoe verleende vergunning een inrichting op te richten, te veranderen of de werking daarvan te veranderen of in werking te hebben. Overtreding is op grond van art. 1a WED een economisch delict.

Art. 8.1, tweede lid, Wmb bepaalt dat het verbod niet geldt met betrekking tot inrichtingen die bij een algemene maatregel van bestuur krachtens art. 8.40, eerste lid, Wmb, zijn aangewezen, behoudens in gevallen waarin, krachtens de tweede volzin van dat lid, de bij die maatregel gestelde regels niet gelden voor een zodanige inrichting. Het genoemde art. 8.40, eerste lid, Wmb, bepaalt in het eerste lid dat bij algemene maatregel van bestuur met betrekking tot daarbij aangewezen categorieën van inrichtingen regels worden gesteld ter bescherming van het milieu. Het betreft regels voor niet-vergunningplichtige inrichtingen. Zoals bekend, vallen bedrijven en bedrijfsmatige activiteiten onder de werkingssfeer van de Wmb en hebben deze een milieuvergunning nodig. Indien een bedrijf echter in een categorie bedrijven valt die niet-vergunningplichtig zijn, kan op basis van art. 8.41, eerste lid, Wmb, volstaan worden met een melding van het oprichten of veranderen van de inrichting of het veranderen van de werking daarvan. De melding leidt ertoe dat er algemene, landelijk geldende, milieuregels (al dan niet in combinatie met een ‘nadere eis’ ex art. 8.42 Wmb) worden opgelegd waaraan het meldende bedrijf in casu dient te voldoen. De tweede volzin van art. 8.40 Wmb bepaalt dat bij de maatregel kan worden bepaald dat daarbij gestelde regels slechts gelden in daarbij aangegeven categorieën van gevallen. Middels de tweede volzin van deze bepaling wordt het bereik van de uitzondering kleiner gemaakt. De aan het onderzoek equivalente

bepaling betreft derhalve niet-vergunningplichtige inrichtingen waarop de algemene regels van toepassing zijn, met het voorbehoud dat er met betrekking tot deze inrichtingen niet is bepaald dat de vastgestelde maatregelen niet op deze inrichting betrekking hebben.

De equivalente bepaling van het derde lid bepaalt dat de verbodsbepaling van het eerste lid niet geldt met betrekking tot veranderingen van de inrichting of van de werking daarvan die in overeenstemming zijn met de voor de inrichting verleende vergunning en de daaraan verbonden beperkingen en voorschriften. Indien een bepaalde categorie inrichtingen of een inrichting die voorheen onder een van de twee uitzonderingsbepalingen viel op enig moment op basis van verandering van wet- en regelgeving wel onder het bereik van de verbodsbepaling van het eerste lid wordt gebracht, geldt het overgangsrecht van art. 8.21 Wmb. De inrichting kan in dat geval twaalf weken, te rekenen vanaf het moment dat de inrichting vergunningplichtig is geworden, zonder vergunning in werking worden gehouden, mits binnen deze twaalf weken een aanvraag om de vereiste vergunning ingediend. Daarna geldt een vergunningvrije periode van acht weken na het tijdstip waarop de beschikking op die aanvraag in werking is getreden. Hiermee wordt de houder van de inrichting de tijd vergund zijn inrichting in overeenstemming te brengen met de vereisten van het wettelijk regime waaronder zijn inrichting is gaan vallen.<sup>689</sup>

#### *Art. 10.1, vijfde lid, Wet milieubeheer*

De equivalente bepaling van art. 10.1, vijfde lid, Wmb heeft betrekking op afvalstoffen<sup>690</sup> en betreft het tweede en derde lid van art. 10.1. Wmb. Dat equivalente bepaling is te zien is als een bijzondere strafuitsluitingsgrond volgt uit art. 1a sub 1 jo. art 6 WED, waardoor de bepaling te zien is als een veroorloevende of verbondsontheffende bepaling. Blijkens art. 1.1, eerste lid, Wmb zijn afvalstoffen ‘alle stoffen, preparaten of andere producten die behoren tot de categorieën die zijn genoemd in bijlage I bij richtlijn nr. 75/442/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 15 juli 1975 betreffende afvalstoffen, waarvan de houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen’. Art 10.1., tweede en derde lid, Wmb houden een zorgplicht in. Visser heeft aangetoond dat de ratio van een zorgplicht te vinden is in de volgende overwegingen van de wetgever. Het is een vangnet voor het ontbreken van regels in het geval van

<sup>689</sup> Art. 8.21, tweede en derde lid, Wmb bevatten nadere regelingen met betrekking tot het veranderen van de inrichting of van de werking daarvan (tweede lid) en het van toepassing blijven van art. 8.40 of de provinciale milieuverordening (derde lid).

<sup>690</sup> Zie omtrent de nadere uitleg van dit begrip Michiels (2003), *a.w.*, p. 117 e.v. en J.R.C. Tiesman, *Naar een nuttige toepassing van het begrip afvalstof. Over de betekenis en toepassing van kernbegrippen van internationaal, Europees en Nederlands afvalstoffenrecht*, diss. UU, Kluwer, Deventer, 2003.

nieuwe ontwikkelingen, met een zorgplicht wordt tot uitdrukking gebracht dat iedereen verantwoord dient om te gaan met het milieu. Daarnaast zou de zorgplicht een preventieve en signalerende werking hebben.<sup>691</sup> De zorgplicht van het tweede lid bepaalt dat het een ieder bij wie afvalstoffen ontstaan, verboden is om handelingen met die afvalstoffen te verrichten of na te laten, waarvan hij weet of redelijkerwijs had kunnen weten dat daardoor nadelige gevolgen voor het milieu ontstaan of kunnen ontstaan. In het derde lid wordt bepaald dat het verboden is bedrijfsmatig of in een omvang of op een wijze alsof deze bedrijfsmatig was, handelingen met betrekking tot afvalstoffen te verrichten, indien daardoor, naar hij weet of redelijkerwijs had kunnen weten, nadelige gevolgen voor het milieu ontstaan of kunnen ontstaan. Het vierde lid van art. 10.1. Wmb behelst een het derde lid (niet-limitatief op te vatten) concretiserende bepaling: ‘Onder handelingen als bedoeld in het derde lid wordt in ieder geval verstaan: inzamelen of anderszins in ontvangst nemen, bewaren, nuttig toepassen, verwijderen, vervoeren of verhandelen van afvalstoffen of bemiddelen bij het beheer van afvalstoffen’.

De bepaling bepaalt dat de verbodsbepalingen van het tweede en derde lid van art. 10.1. Wmb niet gelden voor zover het om handelingen gaat die degene die deze handelingen verricht uitdrukkelijk zijn toegestaan ofwel bij of krachtens de Wmb, ofwel bij een in art. 13.1, tweede lid, Wmb genoemde wet, ofwel de EEG-verordening overbrenging van afvalstoffen.<sup>692</sup>

De verordening overbrenging afvalstoffen<sup>693</sup> behelst het toezicht en de controle op het overbrengen van afvalstoffen, binnen, vanuit en naar de EG. De verordening is van toepassing op alle soorten afvalstoffen, ook de niet-gevaarlijke.<sup>694</sup> Het doel van deze verordening was het beleid van de EG met betrekking tot afvalstoffen in overeenstemming te krijgen met de verplichtingen die uit het Verdrag inzake de beheersing van de grensoverschrijdende overbrenging van gevaarlijke afvalstoffen

<sup>691</sup> Visser (2001), *a.w.*, p. 377 e.v. De signalerende functie betreft de constatering van een bepaald geval en de overweging of er geen nadere wet- en regelgeving dient te worden vastgesteld om het geval in de toekomst te kunnen voorkomen. Omtrent het legaliteitsbeginsel verwijst Visser naar vage bestanddelen: ‘De spanning met het lex certa-beginsel, die wordt veroorzaakt door vage bestanddelen, wordt vooral duidelijk indien het OM zich niet erg terughoudend opstelt (..) Deze spanning wordt nog versterkt indien het OM de verweten gedraging (..) weinig specifiek ten laste legt. Dit komt de kenbaarheid door de justitiabele van wat hem verweten wordt niet ten goede, evenmin als de normbevestigende werking van de strafbaarstelling’. Visser (2001), *a.w.*, p. 484.

<sup>692</sup> De genoemde wetten zijn de Mijnbouwwet, de Deconstructiewet, de Kernenergiewet, de Wet geluidhinder, de Grondwaterwet, de Wet inzake de luchtverontreiniging, de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, de Wet verontreiniging zeewater, de Wet milieugevaarlijke stoffen, de Wet bodembescherming, de Ontgrondingenwet en de Wet bescherming Antarctica.

<sup>693</sup> Verordening 259/93/EEG van 1 februari 1993, *Pbl.EG* L30, 06/02/1993, waarvan toentertijd de rechtsgrondslag art. 130s EG-verdrag was (thans art. 175).

<sup>694</sup> Voor enkele specifieke categorieën afvalstoffen wordt een uitzondering gemaakt. Een voorbeeld hiervan zijn radioactieve afvalstoffen, die onder een andere richtlijn vallen.

en het verwijderen ervan (Verdrag van Bazel) en besluiten van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) voortvloeien.<sup>695</sup> De verordening omvat een ingewikkeld stelsel van procedures met betrekking tot afvalstoffen.<sup>696</sup> Het gaat hier om een stelsel waarin het vrij verkeer van afvalstoffen strikt gereguleerd wordt en waar Lidstaten op basis van het beschermen van het milieu en de volksgezondheid middels bezwaarmogelijkheden over de bevoegdheid beschikken een grensoverschrijdende overbrenging tegen te houden.<sup>697</sup> Sommige overbrengingen kennen een verbod, waar enkele specifieke uitzonderingen op van toepassing zijn.

### *Art. 10.30, tweede en derde lid, Wet milieubeheer*

De verbodsbepaling van art. 10.30 Wmb is te vinden in titel 10.5 Wmb, de titel betreffende het zich ontdoen, de inzameling en het transport van afvalwater. Afvalwater wordt in art. 1.1 Wmb omschreven als ‘alle water waarvan de houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen’. Het eerste lid van art. 10.30 Wmb bepaalt dat het verboden is zich, anders dan vanuit een inrichting, van afvalwater of andere afvalstoffen te ontdoen door deze in een voorziening voor de inzameling en het transport van afvalwater te brengen (bijvoorbeeld een riolering). De ratio van dit eerste lid is met name gelegen in de overweging de verbodsbepaling niet van toepassing te doen zijn op het lozen van huishoudelijk afvalwater en constructies die regenwater doen afvloeien naar het rioleringsstelsel.

De equivalente bepaling van het tweede lid bepaalt dat het verbod niet geldt voor het brengen in een zodanige voorziening, een riolering, van: a) afvloeiend hemelwater<sup>698</sup>; b) huishoudelijk afvalwater in het kader van normaal huishoudelijk gebruik en c) bedrijfsafvalwater dat naar zijn aard overeenkomt met huishoudelijk afvalwater, in het kader van met normaal

<sup>695</sup> De verordening behelst eveneens het exportverbod van afvalstoffen naar landen die vallen onder de werking van de vierde Overeenkomst van Lomé van 1989 (ACS staten, een aantal landen in Afrika, het Caribisch gebied en de Stille Oceaan). Zie, uitgebreider, Tieman, (2003), *a.w.*, p. 153 e.v.

<sup>696</sup> Zo zijn er elf verschillende basisstelsels en bestaan er lijsten afvalstoffen: de groene, rode en oranje lijst, waarbij geldt dat de afvalstoffen die op de rode en oranje lijst worden genoemd als gevaarlijk worden aangemerkt, enkele uitzonderingen daargelaten. Huishoudelijke afvalstoffen, varkensmest, uitwerpselen en afval van asfaltcement zijn voorbeelden van afvalstoffen op de oranje lijst die uitgezonderd zijn van het exportverbod. Handboek Implementatie milieubeleid in Nederland, <http://www.vrom.nl/milieuhandboek>. Vgl. eveneens art. 10.58. jo. 10.60. Wmb.

<sup>697</sup> Tieman (2003), *a.w.*, p. 164.

<sup>698</sup> Indien en voor zover het water in het riool terechtkomt. In het kader van het duurzaam omgaan met natuurlijke hulpbronnen (duurzaam water- en bodembeheer) kan ervoor gekozen worden het water te laten infiltreren in de bodem of anderszins een functie te geven. Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *Anders omgaan met water. Waterbeleid voor de 21<sup>e</sup> eeuw* en Provincie Zeeland, *Samen slim met water. Waterhuishoudingsplan 2001-2006*.



gebruik vergelijkbaar gebruik, door middel van een straatkolk of inspectieput. Huishoudelijk afvalwater is ex art. 1.1 Wmb afvalwater afkomstig uit particuliere huishoudens. Bedrijfsafvalwater is blijkens hetzelfde artikel 'afvalwater, niet zijnde huishoudelijk afvalwater'. In de equivalente bepaling van het derde lid wordt bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur in het belang van een doelmatig beheer van afvalwater voor daarbij aangegeven categorieën van gevallen vrijstelling kan worden verleend van het verbod (in casu het Besluit lozingsvoorschriften niet-inrichtingen milieubeheer). In principe wordt het lozen vanuit inrichtingen geregeld via een vergunning of algemene regels.<sup>699</sup> In aanvulling op de equivalente bepaling van art. 10.30, derde lid Wmb, kan ex art. 10.63 Wmb het college van burgemeester en wethouders ontheffing verlenen van de verbodsbepaling van art. 10.30, eerste lid, Wmb indien het belang van een doelmatig beheer van afvalwater zich daar niet tegen verzet. Eerdergenoemde algemene maatregel van bestuur geeft in art. 7, tweede lid, het college van burgemeester en wethouders de bevoegdheid om, indien ontheffing wordt verleend, nadere regels te stellen met betrekking tot de samenstelling, eigenschappen of hoeveelheid van afvalwater dat in een openbaar riool wordt gebracht met het oog op een doelmatige werking, de verwerking en de kwaliteit van het oppervlaktewater.

*Art. 10.37, tweede lid, Wet milieubeheer*

Het beheer van bedrijfsafvalstoffen en gevaarlijke afvalstoffen wordt geregeld in Titel 10.6 Wmb. In deze titel worden blijkens art. 10.36 ingezamelde of afgegeven huishoudelijke afvalstoffen gelijkgesteld met bedrijfsafvalstoffen. Huishoudelijke afvalstoffen worden in art. 1.1 Wmb omschreven als afvalstoffen, afkomstig uit particuliere huishoudens, behoudens voor zover het afgegeven of ingezamelde bestanddelen van die afvalstoffen betreft, die zijn aangewezen als gevaarlijke afvalstoffen. De ratio van de gelijkstelling van huishoudelijke afvalstoffen met bedrijfsafvalstoffen is dat ingezamelde of afgegeven huishoudelijke afvalstoffen componenten kunnen bevatten die even schadelijk (kunnen) zijn voor het milieu als bepaalde bedrijfsafvalstoffen. Bedrijfsafvalstoffen zijn afvalstoffen, niet zijnde huishoudelijke afvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen. Gevaarlijke afvalstoffen zijn bij Ministeriële regeling als zodanig aangewezen afvalstoffen, met inachtneming van ter zake voor Nederland verbindende verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Thans is sprake van een Europese afvalstoffenlijst, waar afvalstoffen worden benoemd en waar

<sup>699</sup> Dit type lozingen dat niet onder de algemene regels valt worden via de algemene maatregel van bestuur en de procedure ex art. 10.63 gereguleerd. Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, Beheer van afvalwater. Advies inzake de regeling voor het zich ontdoen, de inzameling en het transport van afvalwater, ECWM 2002/9, VROM, 2002, p. 1.

wordt aangegeven welke van deze afvalstoffen gekwalificeerd zijn als gevaarlijke afvalstoffen.<sup>700</sup> Art. 10.37, eerste lid, Wmb verbiedt om zich door afgifte aan een ander van bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen te ontdoen. De equivalente bepaling van het tweede lid, sub a tot en met f, bepaalt dat het verbod niet geldt indien de bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen worden afgegeven aan een persoon die over de bevoegdheid bezit of in het bezit is van een ontheffing.

*Sub a)* betreft de persoon die krachtens artikel 10.45 of 10.48 bevoegd is de betrokken afvalstoffen in te zamelen. Art. 10.45 Wmb bepaalt dat het verboden is bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen in te zamelen zonder vermeld te zijn op een lijst van inzamelaars of, in het geval dat de afvalstoffen tot de krachtens art. 10.48 Wmb aangewezen categorie behoren, zonder vergunning van de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer.<sup>701</sup> Art. 10.48 betreft een Ministeriële inzamelvergunning. Bij algemene maatregel van bestuur kan de Minister in het belang van een doelmatig beheer van bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen bepalen dat voor het inzamelen van daarbij aangewezen categorieën van afvalstoffen een vergunning is vereist.

*Sub b)* verklaart het verbod niet van toepassing op de persoon die bevoegd is de betrokken afvalstoffen nuttig toe te passen of te verwijderen<sup>702</sup> ofwel krachtens hoofdstuk 8 Wmb; ofwel op grond van een vrijstelling of een ontheffing. Art. 10.63 Wmb verleent in het tweede lid Burgemeester en wethouders de discretionaire bevoegdheid om, indien het belang van het milieu zich daartegen niet verzet, ontheffing te verlenen van het in art. 10.2, eerste lid Wmb gestelde verbod zich van afvalstoffen te ontdoen door deze buiten een inrichting te verbranden, indien deze afvalstoffen geen gevaarlijke afvalstoffen zijn. Blijkens het derde lid van art. 10.63 Wmb beschikken Gedeputeerde Staten over een soortgelijke discretionaire bevoegdheid, met betrekking tot de verboden van art. 10.37 en 10.54 Wmb, krachtens art. 10.52,<sup>703</sup> ofwel op grond van een ontheffing krachtens het eerdergenoemde 10.63, derde lid, van het verbod bedoeld in art. 10.54 Wmb.

*Sub c)* betreft de persoon die krachtens art. 10.50 Wmb is vrijgesteld van de verplichtingen bij of krachtens de artikelen 10.38 tot en met 10.40, 10.45, 10.46 en 10.48. Artikel 10:50 betreft de uitzondering op de inzamelplicht. De Minister van VROM kan, wanneer er voor het beheer van bedrijfsafvalstoffen en gevaarlijke afvalstoffen, preparaten of andere producten een verplichting ex art. 10.17 Wmb bestaat om deze in te nemen of een daaraan gelijkwaardige vrijwillige inname is,

<sup>700</sup> Vgl. het hierbij Besluit inzamelen afvalstoffen, *Stcrt.* 12 juni 2003, nr. 110, p. 17.

<sup>701</sup> Ex art. 10:45, tweede, derde en vierde lid, Wmb wijst deze Minister een instantie aan die namens hem zorg draagt voor de vermelding van inzamelaars op de eerder genoemde lijst (tweede lid). De Minister kan een aanwijzing geven omtrent het beëindigen van de vermelding op de lijst (derde lid) en stelt deze regels met betrekking tot de criteria voor vermelding op de lijst en de beëindiging daarvan.

<sup>702</sup> ‘Nuttige toepassing’ moet ex art. 1.1. Wmb opgevat worden als de handelingen welke genoemd zijn in bijlage II B van richtlijn nr. 75/442 EEG van 15 juli 1975 betreffende afvalstoffen. ‘Verwijdering’ is, blijkens 1.1. Wmb de handelingen die zijn genoemd in bijlage II A van de eerder in deze noot genoemde richtlijn.

<sup>703</sup> Dit artikel betreft de algemene maatregel van bestuur welke is opgesteld met betrekking tot het beheer buiten een inrichting van de bij de maatregel aangewezen categorieën.

middels een Ministeriële regeling categorieën van gevallen aangeven waarin de registratieverplichtingen ex art. 10.38 tot en met 10.40, 10.46 en 10.48 Wmb niet gelden.<sup>704</sup>

*Sub d)* betreft de persoon die krachtens de Wet verontreiniging zeewater (Wvz) een ontheffing heeft gekregen en bevoegd is de betrokken afvalstoffen te lozen, dan wel aan boord van een vaartuig of luchtvaartuig te nemen met het oogmerk de afvalstoffen te lozen, valt niet onder de verbodsbepaling. De Wvz beoogt tegen te gaan dat giftige stoffen en schadelijke stoffen die in het zeewater niet biologisch onschadelijk kunnen worden gemaakt in zee worden gebracht. Bepaalde stoffen kennen een lozingsverbod ex art 3, eerste lid, Wvz.<sup>705</sup> Voor stoffen die niet onder dat regime vallen geldt een ontheffingsstelsel met daaraan verbonden voorschriften (art. 4 jo. 7 Wvz). Ontheffingen worden verleend door de Minister van Verkeer en waterstaat, in overeenstemming met de Minister van VROM. Aan de ontheffing kunnen voorschriften worden verbonden welke kunnen worden gewijzigd of aangevuld (art. 7 Wvz). Overigens geldt voor bepaalde absoluut verboden stoffen ex art 3, eerste lid en het daarop gebaseerde Besluit eveneens een ontheffingsstelsel.

*Sub e)* bepaalt dat degene die krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren<sup>706</sup> (Wvo) bevoegd is afvalstoffen van de betrokken aard en samenstelling te brengen in oppervlaktewateren is het verbod niet van toepassing.<sup>707</sup> Art. 1 Wvo verbiedt het zonder vergunning van een werk afvalstoffen, verontreinigende of schadelijke stoffen, in welke vorm dan ook te brengen in oppervlaktewateren.<sup>708</sup> Eveneens is het blijkens art 1, vierde lid, verboden zonder vergunning van de Minister van VROM stoffen ex art 1, eerste, Wvo, met behulp van een werk vanaf of over het grondgebied van Nederland in het water van de volle zee te brengen. Hoewel de relevante vergunningsprocedure centraal is geregeld in hoofdstuk 2 van

<sup>704</sup> De verplichtingen waar hier over gesproken wordt betreffen de registratieplicht van degene die zich van bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen ontdoet en het bewaren van registratiegegevens (art. 10.38 Wmb), het verstrekken van registratiegegevens (inclusief een omschrijving van aard, eigenschappen en samenstelling van desbetreffende afvalstoffen) in een begeleidingsbrief voor de vervoerder van de gevaarlijke stoffen, bestemd voor een persoon die bevoegd is de betrokken afvalstoffen te verzamelen (art. 10.37, tweede lid onder a jo. 10.39 Wmb), de meldingsplicht van de ontvanger van de gevaarlijke afvalstoffen of bedrijfsafvalstoffen (art. 10.40 Wmb), de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur in het belang van een doelmatig beheer van bedrijfsafvalstoffen en gevaarlijke afvalstoffen gestelde regels inzake het inzamelen van dergelijke afvalstoffen (art. 10.46 Wmb) en de vergunningsverplichting van art. 10.48 Wmb.

<sup>705</sup> Vgl. het eerste artikel van het Besluit van 9 juli 1975, houdende aanwijzing van de stoffen, bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Wet verontreiniging zeewater.

<sup>706</sup> Beschikking van de Minister van Justitie van 28 mei 2002, houdende de plaatsing in het Staatsblad van de tekst van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren zoals deze luidt met ingang van 1 juli 2002, *Stb.* 2002, 256.

<sup>707</sup> Doel van de Wvo is het tegengaan en voorkomen van verontreinigingen van oppervlaktewateren. De wet voorkomt onder meer willekeurige lozing van afvalwater op zee door installaties binnen de twaalf mijlszone. Wat onder 'oppervlaktewateren' dient te worden verstaan, wordt in de wet zelf niet aangegeven, maar is/wordt jurisprudentieel vorm gegeven.

<sup>708</sup> Behoudens de situatie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 1, tweede lid, Wvo. Verboden en vergunningsplichtig is derhalve directe lozing. Indirecte lozing middels een rioering, waar het tweede lid van het eerste artikel op slaat, is dat niet mits de voor het werk waarmee indirecte lozing plaatsvindt relevante voorschriften worden nageleefd.

de Wvo (artt. 3-9a Wvo), kunnen er middels de eerste artikelen van de Wvo eveneens verschillende vereisten of voorschriften als vergunningsvoorschriften worden gesteld.

*Sub f)* bepaalt dat de persoon die in een ander land dan Nederland is gevestigd, en die overeenkomstig de EEG-verordening Overbrenging van afvalstoffen en titel 10.7 die afvalstoffen naar dat land brengt, zal eveneens buiten de verbodsbepaling vallen.

#### *Art. 10.54, tweede lid, Wet milieubeheer*

Art. 10.54, eerste lid, Wmb verbiedt om gevaarlijke afvalstoffen buiten een inrichting nuttig toe te passen of te verwijderen. De equivalente bepaling van het tweede lid bepaalt dat het verbod niet geldt voor handelingen die aan degene die gevaarlijke afvalstoffen inzamelt uitdrukkelijk zijn toegestaan krachtens de artikelen 10.47 of 10.48 Wmb. De algemene maatregel van bestuur betreffende het doelmatig beheer van bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen bevat blijkens art. 10.47, tweede lid, Wmb de volgende verplichtingen. In de eerste plaats dienen de gemeenten of de provincies voor de inzameling van afvalstoffen maatregelen te treffen of daartoe voorzieningen in stand te houden. Het betreft hier een regel die een infrastructurele verplichting oplegt, te onderscheiden van de volgende, organisatorische, verplichting. In de tweede plaats dienen er regels te zijn die inhouden dat daarbij aangewezen categorieën van bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen die gescheiden worden afgegeven, afzonderlijk worden verzameld.<sup>709</sup> In het kader van een doelmatig beheer van bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen bepaalt art. 10.48, eerste lid, Wmb, dat bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat voor het inzamelen van daarbij aangewezen categorieën van zodanige afvalstoffen een vergunning van de Minister van VROM is vereist. De bepalingen van art. 8.5 tot en met 8.25 Wmb (algemene bepalingen betreffende vergunningen) zijn van overeenkomstige toepassing op het weigeren, verlenen, wijzigen en intrekken van een vergunning ex art 10.48, eerste lid, Wmb. Er wordt echter bepaald dat voor de toepassing van de artikelen 8.5 tot en met 8.25 het belang van de bescherming van het milieu beperkt wordt tot het belang van een doelmatig beheer van afvalstoffen (art. 10.48, tweede lid, Wmb).

<sup>709</sup> Art. 10.47, derde lid, Wmb bepaalt dat er bij de algemene maatregel van bestuur een termijn wordt gesteld welke bepaalt binnen welke termijn de regels door de daartoe aangewezen bestuursorganen worden uitgevoerd.

## **5.11. Overzicht met betrekking tot de Wet milieubeheer**

De relevante bepalingen in de Wmb dienen ter beperking van het bereik van een verbodsbepaling in het kader van andere en nader vastgestelde wet- en regelgeving. In sommige gevallen is er sprake van proceduralisering (art. 10.37, tweede lid, sub b); in een enkel geval is er sprake van een beperking van het bereik van de verbodsbepaling (art. 10.30, tweede lid, Wmb). De behandelde bepalingen staan niet op zichzelf, maar maken onderdeel uit van een groter geheel in het kader van integrale beleidsvoering en het voldoen aan internationale verplichtingen. Wat dat betreft zijn de bijzondere strafuitsluitingsgronden in de Wmb een goed voorbeeld van het gegeven dat geïntegreerde beleidsvoering tot geïntegreerde en uitgebreide wettelijke regelingen leidt.

De bestanddelen van de bepalingen zijn in de Wmb min of meer gesloten omschreven vanwege de verwijzingen naar andere wet- en regelgeving en relevante vergunnings- en ontheffingsvoorwaarden en ontheffingsvoorschriften, die op hun beurt eveneens min of meer gesloten zijn omschreven. De in het strafrechtelijk deel beschreven proceduralisering van rechtsgoederenbescherming blijkt in de bestuursrechtelijke wetgevingstechniek met betrekking tot de equivalente bepaling eerder regel dan uitzondering.

## **5.12. Conclusie(s) en nadere vraagstelling**

In dit hoofdstuk zijn de equivalente en functioneel equivalente bepalingen in de Woningwet, het Bouwbesluit en de Wet Milieubeheer aan de orde gesteld. Voor deze wetten is gekozen omdat zij een goed beeld geven van de diversiviteit van bestuursrechtelijke wet- en regelgeving in de techniek van regel en uitzondering. Om dezelfde reden is ervoor gekozen vooral functioneel equivalente bepalingen, bepalingen die hetzelfde effect hebben als de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond, te selecteren. Beide wetten zijn te beschouwen als voorbeelden van terreinen waar de overheidsregulering sterk is en waarin een grote mate van gedetailleerdheid noodzakelijk lijkt om recht te doen aan de bijzonderheden van het desbetreffende beleidsterrein en de voor dat beleidsterrein relevante internationale verplichtingen.

De wijze waarop een en ander vorm wordt gegeven is verschillend. Er kan in het bestuursrecht sprake zijn van equivalente bepalingen of van een vergunningenstelsel of een ontheffingsstelsel als functioneel equivalente bepalingen. Deze bepalingen dienen door de rechtstoepasser te worden nageleefd en in acht te worden genomen bij beslissingen omtrent bijvoorbeeld handhaving, het formuleren van vergunningsvoorwaarden of ontheffingsvoorwaarden. In het derde hoofdstuk van dit onderzoek bleek al dat de be-

woordingen van de aldaar besproken strafrechtelijke bepalingen functioneel zijn naar het doel en de strekking van die bepalingen en dat er zelden een motivering wordt gegeven voor de gekozen bewoordingen als zodanig. Dat is bij de in dit hoofdstuk onderzochte bepalingen niet anders. Daarom is ook hier stilgestaan bij de strekking van de onderscheidene bepalingen. Bovendien is er, wat de formulering van de bepalingen betreft, nog minder eenduidigheid dan in het strafrecht. Dit heeft te maken met de instrumentele aard van het bestuursrecht. De bepaling wordt telkens toegesneden op (een) specifiek(e) te reguleren situatie(s), waarin gedetailleerd de verschillende vereisten worden omschreven. Deze veelvormigheid van bepalingen maakt een categorisering zinloos. De equivalente bepalingen en de beschreven functioneel equivalente bepalingen zijn niet te categoriseren zoals dat in het strafrechtelijk deel kon.

Eveneens is aandacht besteed aan de invloed die andere, technische, normen hebben en gelede normstelling. In het strafrechtelijk deel is getoond dat dit toesnijden op specifieke situaties wat het strafrecht betreft tot uitdrukking komt in de min of meer gesloten geformuleerde (bestanddelen van) bijzondere strafuitsluitingsgronden.

Terwijl in het strafrecht de wet een zekere mate van bestendigheid kent, is de bestuursrechtelijke wet- en regelgeving meer tijdsgebonden en derhalve flexibeler van aard en structuur, zeker indien in de bepaling een rol is weggelegd voor nader vastgestelde wet- en regelgeving, zoals bijvoorbeeld een algemene maatregel van bestuur. In de (functioneel) equivalente bepaling kan verwezen worden naar een specifieke of algemene technische norm, kwaliteitseisen, metingen of er kan een wetsverwijzing in voorkomen indien verwezen wordt naar nader vastgestelde of nader vast te stellen wet- en regelgeving. De parlementaire geschiedenis van de beschreven artikelen biedt weinig extra inzicht dan de plaats van de bepaling in de technisch-juridische constructie van een groter geheel.

Er liggen verschillende overwegingen ten grondslag aan de beschreven bepalingen. De enkele niet-strafbaarheid van de overtreding wegens een veranderd inzicht omtrent de strafwaardigheid van een strafbaar feit, de grondslag van een bijzondere strafuitsluitingsgrond in het commune strafrecht, komt in bestuursrechtelijke wetgeving tot op heden niet voor. De motivering achter de bepalingen is veelal gelegen in de wens een bepaald beleidssterrein dusdanig te reguleren dat deze regulering in overeenstemming is met internationale verplichtingen en dat deze regulering recht doet aan de in dat beleidsterrein levende inzichten (een soort *state of the art*-argument). Eveneens dient in ogenschouw te worden gehouden dat de strafrechtelijke delictsomschrijving een andere, grotere, morele lading heeft dan bestuursrechtelijke bepalingen. Het gegeven is dat de bijzondere strafuitsluitings-

grond of de functioneel equivalente bepaling behoort tot een regeling waarvoor specifieke vereisten gelden. Deze vereisten kunnen als technische of andere vereisten opgenomen zijn in vergunnings- of ontheffingsvoorwaarden of kunnen procedurele of technische vereisten in de bepaling zijn.

Op basis van de inzichten die in dit hoofdstuk zijn verkregen, kunnen nadere vragen worden geformuleerd die in het volgende hoofdstuk worden uitgewerkt. Het betreft de vraag naar de rol van de functioneel equivalente of de equivalente bepaling in het bestuursrecht.





## HOOFDSTUK 6

### CONCEPTUALISERING VAN DE EQUIVALENTE EN FUNCTIONEEL EQUIVALENTE BEPALINGEN IN HET BESTUURSRECHT

#### 6.1. Inleiding

In het vierde hoofdstuk van dit onderzoek heeft de conceptualisering van de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond plaatsgevonden. Er is gezocht naar een algemene duiding van de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgronden. Uiteindelijk is aansluiting gevonden bij het begrip ‘kwali-ficatie-uitsluitingsgrond’. In dit hoofdstuk volgt de conceptualisering van de inzichten die in het vijfde hoofdstuk zijn verkregen.

Deze werkwijze sluit aan bij de werkwijze die eerder is gevolgd. Er wordt gekeken of ook in het bestuursrecht een algemene duiding te formuleren is. Het ligt voor de hand dat ik daarbij bekijk in hoeverre deze conceptualisering afwijkt van hetgeen eerder omtrent de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluiting geschreven is, namelijk of er feitelijke of normatieve afwijkingen zijn en of er redenen zijn waarom de bestuursrechtelijke duiding anders zou moeten zijn dan die in het strafrecht. In de eerste plaats wordt er aandacht geschonken aan een wetgevingstechnische kwestie: het plaatsen van begrippen als ‘vergunning’ of ‘ontheffing’ in een verbodsbe-paling, terwijl een bijzondere strafuitsluitingsgrond (een equivalente bepa-ling) of functioneel equivalent artikellid eveneens deel uitmaakt van het artikel (6.2.). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de vraag hoe de bij-zondere strafuitsluitingsgrond en de functioneel equivalente bepaling in het bestuursrecht aan te merken is (6.3.). Het betreft hier tevens de mate waarin dergelijke begrippen samenhangen met een bijzondere strafuitsluitings-grond of een functioneel equivalente bepaling. In paragraaf 6.4. worden consequenties die voortvloeien uit de aanwezigheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond of een functioneel equivalent artikellid in bestuurs-rechtelijke wet- en regelgeving beschreven. Het hoofdstuk wordt afgesloten met enkele conclusies in 6.5.

Eerder bleek dat de grondslag van de bijzondere strafuitsluitingsgrond, de equivalente en de functioneel equivalente bepalingen in het bestuursrecht is gelegen in uiteenlopende overwegingen. Deze overwegingen betreffen het voldoen aan internationale verplichtingen met betrekking tot de implemen-tatie van technische normen, standaarden en bepalingen. Voorts dienen de overwegingen begrepen te worden als onderdeel van een bepaald beleids-terrein in samenhang met andere wet- en regelgeving op dat beleidsterrein.

De niet-strafbaarheid of de niet-toepasselijkheid van de norm die de bijzondere strafuitsluitingsgrond of de functioneel equivalente bepaling bewerkstelligt, is gebaseerd op het voldoen aan bepaalde technische normen in uitzonderingssituaties of in situaties die vanwege hun eigen aard om een andersoortige technische verwezenlijking vragen dan de voor een dergelijke situatie gebruikelijke normen. In dit hoofdstuk zal de conceptualisering van de inzichten, verkregen in het vorige hoofdstuk met betrekking tot de techniek van regel en uitzondering plaatsvinden. Het hoofdstuk is abstracter van inhoud dan het vierde hoofdstuk. In dit hoofdstuk worden verschillende vraagstukken besproken die ten opzichte van de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de functioneel equivalente bepalingen naar voren komen.

## 6.2. Vergunningen en ontheffingen in bepalingen en verbodsbepalingen

Er dient eerst iets gezegd te worden omtrent de relatie tussen vergunningen en ontheffingen zoals deze als bestanddeel van verbodsbepalingen zijn geformuleerd en zoals deze bepalingen zijn in de zin van het onderzoeksobject.

In de literatuur en de rechtspraak bestaat discussie over de rol van woorden als ‘vergunning’ of ‘ontheffing’ in een verbodsbepaling. Soms wordt het woord ‘vergunning’ of ‘ontheffing’, al dan niet in combinatie met een woordconstructie als ‘behoudens’ of ‘voor zover het betreft’ of ‘anders dan’<sup>710</sup> of andere soortgelijke bewoordingen in een verbodsbepaling opgenomen. Een verbodsbepaling heeft in sommige gevallen een redactie als ‘het is verboden om zonder vergunning/ontheffing (eventueel gevolgd door een omschrijving van de handeling of een verplichting)’. In dergelijke gevallen is het soms niet duidelijk of het woord ‘vergunning’ of het woord ‘ontheffing’ aan te merken is als een bestanddeel of een strafuitsluitingsgrond en welke consequenties hieruit voortvloeien.<sup>711</sup> Het gaat hier om het verschil tussen het verwijzen naar vergunnings- of ontheffingsverplichtingen in een verbodsbepaling en de bepalingen zoals deze in een bijzondere strafuitsluitingsgrond of een functioneel equivalente bepaling zijn opgenomen. In feite is het niet opzienbarend om ervan uit te gaan dat de bestanddelen van de laatstgenoemde bepalingen niet anders worden ingevuld dan de bestanddelen zoals deze in een verbodsbepaling zijn opgenomen. Waar de bestanddelen in een verbodsbepaling kunnen verwijzen naar algemene

<sup>710</sup> ‘Behoudens’, zoals bijvoorbeeld in art. 1.2.2 van het Vuurwerkbesluit (Besluit van 22 januari 2002, houdende nieuwe regels met betrekking tot consumenten- en professioneel vuurwerk (Vuurwerkbesluit), *Stb.* 2002, 33). Een voorbeeld van een constructie met ‘voor zover het betreft (...) anders dan’ is te vinden in art. 1.2.5, eerste lid, Vuurwerkbesluit.

<sup>711</sup> Visser (2001), *a.w.*, p. 151 e.v., HR 13 september 1994, *NJ* 1994, 746 en HR 2 juli 2002, nr. 01998/01 E.

of specifieke vereisten, verwijzen deze bepalingen enkel naar specifieke vereisten (via proceduralisering, overige wetsverwijzingen of nadere regelstelling(en)), die samenhangen met de specifieke positie van datgene wat nader, of: anders, gereguleerd dient te worden. Algemene vereisten zijn dan vereisten die voor alle vergunningen gelden, specifieke vereisten zijn hier op te vatten als aanvullende, nadere vereisten die naast algemene vereisten in de vergunning of ontheffing moeten worden opgenomen, op basis van de bijzondere omstandigheden van het geval.

### 6.3. De duiding van de uitzonderingsbepalingen in het bestuursrecht

In het bestuursrecht kan via het systeem van proceduralisering, gelede normstelling en vergunnings- en ontheffingsvoorschriften de reikwijdte van de bestuurlijke norm worden vastgesteld of nader vorm worden geven.<sup>712</sup> De procedurele vereisten, de vergunning- en ontheffingsvoorschriften en de gelede normstelling in het kader van het onderzoek hebben vanwege deze nadere vormgeving of vaststelling van de reikwijdte van een strafbaar feit een specifieke functie binnen de strafbaarstelling die ik hier omwille de leesbaarheid als verzamelbegrip ‘uitzonderingsbepalingen’ zal noemen. Deze uitzonderingsbepalingen komen voor als equivalente bepaling, bijzondere strafuitsluitingsgrond, of als een functioneel equivalente bepaling.<sup>713</sup> Overigens betreft het hier niet bestanddelen van verbodsbepalingen, waar door middel van termen als ‘behoudens’ een *fait d’excuse* in de delictsomschrijving wordt gebracht.<sup>714</sup> Het betreft hier de vraag of het artikel-lid in het bestuursrecht geldt als een in de verbodsbepaling in te lezen bestanddeel, als een strafuitsluitingsgrond of, indien geen van beiden het geval is, dat er een andere oplossing mogelijk is om de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het bestuursrecht te duiden. De uitzonderingsbepalingen vervullen een cruciale rol bij de beoordeling of de bijzondere strafuitsluitingsgrond of de functioneel equivalente bepaling van toepassing is of niet. De grondslag van de bijzondere strafuitsluitingsgrond is eerder benoemd als enerzijds een wederrechtelijkheidsbeperkende of -definiërende factor in de structuur van een strafbaar feit, anderzijds als de legislatieve begrenzing van de vrijheid van rechtstoepassers bij het hanteren van bevoegdheden of de straf als instrument. De eerste component wordt in deze paragraaf behandeld, de tweede, omtrent het hanteren van bevoegdheden, komt in paragraaf 6.4. aan bod.

De bestuursrechtelijke dogmatiek omtrent de techniek van regel en uitzondering staat in de kinderschoenen, vergeleken met de dogmatiek die bij-

<sup>712</sup> Vgl. Visser (2001), *a.w.*, p. 160-161.

<sup>713</sup> Ter herrineren en voor de duidelijkheid: het betreft hier bepalingen als art. 2.9 Bouwbesluit inzake de sterkte van een constructie in geval van brand.

<sup>714</sup> Zie HR 13 september 1994, *NJ* 1994, 746 en HR 2 juli 2002, nr. 01998/01 E., *LJN* AE 3523.

voorbeeld in het strafrecht met betrekking tot algemene strafuitsluitingsgronden als voorbeeld van de strafrechtelijke techniek van regel en uitzondering voorhanden is. Het hoeft naar mijn mening niet bezwaarlijk te zijn om de eerder in dit onderzoek behandelde strafrechtelijke theorievorming hier toe te passen.

Omtrent de zin van de duiding van de bepalingen in het bestuursrecht kan opgemerkt worden dat het overbodig of ongewenst kan zijn een andere duiding dan die welke de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond heeft verkregen te hanteren. Anders gezegd: het kan overbodig of ongewenst zijn de relevante bepalingen in het strafrecht en het bestuursrecht verschillend te hanteren. De redenen voor het overbodig zijn van een nadere duiding zijn te vinden in overwegingen omtrent eenduidigheid van terminologie, welke een grondslag vindt in het legaliteitsbeginsel. Daarover aan het eind van deze paragraaf meer. Omtrent eventuele ongewenstheid kan hetzelfde gezegd worden. Het probleem van een dergelijke stellingname is dat, indien verwezen wordt naar een ‘eigen aard’ van een rechtsgebied, er argumenten geleverd kunnen worden die voor een andere, rechtsgebiedgebonden of autonome, oplossing of duiding kunnen pleiten. Argumenten die verwijzen naar de autonome interpretatie van begrippen en concepten in een bepaald rechtsgebied. In het volgende wordt eveneens duidelijk gemaakt waarom in deze een heteronome stellingname te prefereren is. Met een heteronome stellingname wordt hier bedoeld op een visie waarin bepaalde concepten en beginselen in de verschillende publiekrechtelijke rechtsgebieden op dezelfde wijze en met een gelijkkluidende strekking gelding hebben. Daarnaast kan het argument gegeven worden dat de kwestie van handhaving van de uitzonderingsbepalingen een kwestie van rechtshandhaving is. De rechtstoepasser in casu dient, ongeacht het rechtsgebied, de wet als basis voor zijn handelen te nemen, waardoor een oordeel omtrent het al dan niet van toepassing zijn van de uitzonderingsbepalingen dient te worden gevormd.

Eerder is geconstateerd dat in het strafrecht de concepten van ‘het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid’ en ‘wederrechtelijkheid’ aanknopingspunten geven voor de duiding van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Het juridische concept ‘wederrechtelijkheid’, opgevat als ‘in strijd met het recht’, is echter een algemeen juridisch concept dat een specifieke invulling krijgt in het strafrecht, waar het ontwikkeld wordt naar aanleiding van (interpretaties van) delictsomschrijvingen in specifieke omstandigheden. Indien de wetgever het bereik van een verbodsbepaling in het bestuursrecht beperkt via vergunningen of ontheffingen worden verleend die in een apart artikellid staan, dan is er geen verboden handeling indien aan deze voorwaarden wordt voldaan. De justitiabele die voldoet aan de bepalingen heeft toestemming de handeling te verrichten en is derhalve a fortio-

ri niet strafbaar, afhankelijk van de wijze waarop de toestemming is gestructureerd (de materiële eisen van de bepalingen en, indien daar sprake van is, proceduralisering van rechtsgoederenbescherming). Om deze redenen is ook in het bestuursrecht het concept 'ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid' bruikbaar.

De bijzondere strafuitsluitingsgronden in het strafrecht hebben overwegend een codificerend karakter, terwijl bijzondere strafuitsluitingsgronden, de equivalente bepalingen derhalve, en de functioneel equivalente bepalingen in het bestuursrecht overwegend een overwegend modificerend karakter hebben. De wet- en regelgeving beoogt in dat geval de samenleving een gewenste richting op te sturen door middel van het vaststellen van nieuwe normen of verplichtingen. Dit in tegenstelling tot codificatie, wat het in wet- en regelgeving opnemen van bijvoorbeeld bestaande normen en inzichten betreft. Het overwegend modificerende karakter van bestuursrechtelijke wetgeving brengt met zich mee dat het concept 'ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid' in mindere mate bruikbaar lijkt voor de conceptualisering van de positie van de bepalingen, omdat bij modificerende wetgeving veranderende maatschappelijke inzichten niet als referentiepunt worden gebruikt, maar de wijze waarop bepaalde processen in een samenleving juridisch beïnvloed worden. Het 'ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid' is een concept op basis waarvan ik de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond als kwalificatie-uitsluitingsgrond heb benoemd. In milieustrafrechtelijke jurisprudentie wordt in voorkomende gevallen een beroep gedaan op 'ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid', bijvoorbeeld indien de justitiabele een manier heeft gevonden om te handelen in overeenstemming met datgene wat een verbodsbepaling placht te beschermen of in overeenstemming met wat vergunnings- of onthefingsverplichtingen trachten te bereiken. Het betreft hier dan een techniek of methode waarmee een bepaalde handeling wordt verricht die door technische voorschriften wordt gereguleerd. In sommige gevallen kan deze techniek aangemeld worden ter toetsing in het kader van het beschermde belang. Voorop staat echter de geldigheid van de technische vereisten zoals in de bepalingen zijn vastgelegd, ook als achteraf vastgesteld wordt dat de methode zoals deze gehanteerd werd het rechtsgoed net zo goed of wellicht beter beschermt. Het betreft hier derhalve het 'eigen inzicht' zoals in de strafrechtelijke jurisprudentie terug te vinden zijn bij verwerpen met betrekking tot 'ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid'.

De verschillende constructievereisten voor verscheidene gebruikssituaties in de bouw en de fijnmazige milieuwetgeving dienen begrepen te worden in het kader van bescherming van het menselijk leven, het garanderen van woongenot en bescherming van de natuurlijke leefomgeving, terreinen waar de wetgever een opdracht te vervullen heeft, waartoe hij verplicht is

op grond van de Grondwet en verdragen. Het betreft hier een streven naar realisering van grond- en verdragsrechten door middel van het formuleren van uitzonderingsbepalingen.

In de wetstechnische uitvoering dient rekening te worden gehouden met verschillende vereisten die voor een zelfde situatie gelden en hun grondslag hebben in relevante wet- en regelgeving. Deze vereisten worden tot uitdrukking gebracht door de verbodsbepaling en de uitzonderingsbepalingen, te weten de verbodsbepaling en de (gekozen) techniek van regel en uitzondering. Zo opgevat, is rechtsgoederenbescherming in het bestuursrecht niet wezenlijk anders dan in het strafrecht. De uitzonderingsbepalingen zijn er niet enkel om besturen mogelijk te maken,<sup>715</sup> maar bepalen eveneens de reikwijdte van een juridische norm. In beide gevallen wordt namelijk een gebod of een verbod nader geclausuleerd. Deze clausulering geschiedt middels de bestanddelen van het artikellid op open wijze (via min of meer open geformuleerde bestanddelen), op gesloten wijze (de min of meer gesloten geformuleerde bestanddelen en/of proceduralisering) of beide. In het bestuursrecht komt de laatste vorm, gesloten bestanddelen (en proceduralisering), meer voor dan in het strafrecht. De vraag naar de reikwijdte van de norm wordt ingevul aan de hand van een verbodsontheffing. Het is derhalve niet bezwaarlijk om via de concepten ‘ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid’ en ‘wederrechtelijkheid’ de positie van de bepalingen op een gelijke wijze te duiden voor het bestuursrecht als voor het strafrecht is gedaan.

De eerder aangehaalde wenselijkheid van eenduidigheid van terminologie is te zien als een versterking van rechtszekerheid, nu justitiabelen uit de praktische uitwerking van een juridisch fenomeen als de bijzondere strafuitsluitingsgrond in een procedure en in de fase van opsporing, toezicht en controle bepaalde consequenties mogen trekken of kunnen verwachten. De wetgever is zich bewust van de noodzaak van uniformiteit. In de Aanwijzingen voor de regelgeving<sup>716</sup> bepaalt Aanwijzing 58.1. dat hetzelfde begrip niet met verschillende termen wordt aangeduid. Aanwijzing 58.2. bepaalt dat dezelfde term niet voor verschillende begrippen wordt gebruikt. Hoewel het de wetgever vrij staat om bepaalde begrippen, indien hij dat nodig acht, in het ene rechtsgebied anders te omschrijven of te gebruiken dan in het andere rechtsgebied, dient de dogmatische duiding bij gebreke van een dergelijke juridische of dogmatische definitie, zoals met betrekking tot de uitzonderingsbepalingen het geval is, aan te sluiten bij begrippen die op beide rechtsgebieden van toepassing zijn.

<sup>715</sup> Bijvoorbeeld het voeren van een bepaald woonbeleid.

<sup>716</sup> Tekst per 29 mei 2002, zie [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl).

Het gebrek aan dogmatiek en het ontbreken van een door de wetgever verstrekte consequente duiding van de bijzondere strafuitsluitingsgrond in het strafrecht en de bestuursrechtelijke bepalingen noopt ertoe bij de duiding van de bepalingen aansluiting te vinden bij geldende concepten en dogmatische inzichten, waaronder het legaliteitsbeginsel. Methodologisch gezien kan het legaliteitsbeginsel als een van de centrale concepten van de publiekrechtelijke rechtsgebieden en de publiekrechtelijke dogmatiek de basis vormen voor theorievorming. In dit kader definieerde Van Oven ‘dogmatisch’ als het ‘door middel van logische redenering inclusief rechtsregels en rechtsbegrippen formuleren, die geschikt zijn om door de deductie gebruikt te worden bij het beslissen van concrete rechtsvragen’.<sup>717</sup> De logica van een dogmatische constructie van juridische verschijnselen waaromtrent de wetgever zich niet uitdrukkelijk heeft uitgelaten en waaromtrent de dogmatiek verschillende oordelen heeft, is in een dergelijk geval afhankelijk van andere, eventueel buitenpositiefrechtelijke, bronnen<sup>718</sup> en interpretaties van wat wel voorhanden is zoals bijvoorbeeld voorhanden zijnde wetgevingsstukken en de bestaande dogmatiek en de visie die men op dogmatische arbeid heeft.<sup>719</sup>

De combinatie van deze interpretaties vormt de grondslag van de positie die men inneemt ten aanzien van een juridisch fenomeen. Indien gesteld wordt dat in sommige gevallen niet duidelijk is of de wetgever zich bewust door het beginsel zou hebben laten leiden, dan kan dit slechts ten dele worden beaamd. Inderdaad is het zo dat de wetgever met betrekking tot de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond en de bestuursrechtelijke bepalingen *expressis verbis* het legaliteitsbeginsel noemt en dat de constructie bestaat bij de gratie van de validiteit van het argument. Het legaliteitsbeginsel zoals verwoord in art 1 Sr en Aanwijzing 58 van de Aanwijzingen voor de regelgeving en zoals beschreven in het tweede hoofdstuk bieden naar mijn mening valide argumenten om te stellen dat bij een duiding van publiekrechtelijke juridische fenomenen als de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond en de bestuursrechtelijke bepalingen het legaliteitsbeginsel betrokken moet worden. Op basis van deze overwegingen kan men de bestuursrechtelijke bepalingen op eenzelfde wijze duiden als de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond, namelijk als kwalificatie-uitsluitingsgrond.

<sup>717</sup> J.C. van Oven, ‘Dogmatische en Historische Rechtswetenschap’ in *Ars Aequi*, 1955-1956, p. 1-8.

<sup>718</sup> Men denke hierbij aan politieke programma’s als kader voor rechtspolitieke beslissingen, blijkend uit wetgevingsstukken als juridische bron. Daarnaast kunnen maatschappijwetenschappelijke inzichten een rol spelen.

<sup>719</sup> G.E. Langemeijer, *Juridische dogmatiek*, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, Nieuwe reeks, Deel 25, No. 10, N.V. Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij, Amsterdam, 1962.

Er kan een bezwaar kleven aan het hanteren van deze term bij de functioneel equivalente bepalingen in het bestuursrecht omdat de term specifiek strafrechtelijk is vanwege de functie ervan in het strafrechtelijke beslissingsmodel. Toch kan men ook in het juridische begrippenapparaat van het bestuursrecht de term ‘kwalificatie-uitsluitingsgrond’ hanteren. In de eerste plaats gelden ook hier de argumenten die betrekking hebben op gewenste eenheid van terminologie. Uit de behandeling van de Woningwet en de Wet milieubeheer is naar voren gekomen dat de verschillende functioneel equivalente bepalingen een deel van een verbod, verplichting of ontheffing nader definiëren, op een wijze zoals dat bij de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond het geval was. Het technisch-juridische verschijnsel is derhalve vergelijkbaar, zij het, dat met de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond de wetgever en de rechter bepalen wat de inhoud van de bepaling is, en in het bestuursrecht dat nader wordt ingevuld door het bestuur en eventueel de rechter.

In het verlengde hiervan kan gewezen worden op wat eerder in het vierde hoofdstuk omtrent informele kwalificatie is gezegd. Informele kwalificatie is ‘de benamingen die in de praktijk aan delictsomschrijvingen zonder (wettelijke) materieelrechtelijke kwalificatie worden gegeven’. De informele kwalificatie functioneert als het ware als een informatief etiket, zeker in de opsporingsfase. Door middel van kwalificatie wordt een delict hanteerbaar wordt gemaakt voor de strafrechtsketen en wordt een uitspraak gedaan omtrent de strafwaardigheid van een delict. In het bestuursjuridisch handhavingsmechanisme, concreter, in de fasen van toezicht en/of controle, geldt dat een functioneel equivalente bepaling ten opzichte van bijvoorbeeld toezichtinstanties en opsporingsambtenaren in het bestuursrecht een zelfde informatiefunctie heeft als de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond ten opzichte van opsporingsambtenaren.

De definiërende werking van een kwalificatie-uitsluitingsgrond ten aanzien van de reikwijdte van de strafwet of een bestuursrechtelijke verplichting, een ontheffing, een vergunning of een verbod sluit aan bij de geconstateerde functies van de bestuursrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond en de functioneel equivalente bepaling. In beide gevallen wordt een uitspraak gedaan omtrent zowel de wederrechtelijkheidsbeperking als de aandacht die dient te worden gegeven aan het normerende aspect van het artikellid ten opzichte van de rechtstoepasser en de door hem te hanteren bevoegdheden. Uit dit laatste blijkt het belang van de informele kwalificatiefunctie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond of de functioneel equivalente bepaling voor de instantie(s) die betrokken zijn bij de handhaving.



#### 6.4. Consequenties voor het onderzoeksobject

Het handhavingsmechanisme van het bestuursrecht kent verschillende fasen: toezicht/controle en procedures in bezwaar en beroep. Zoals bekend, zijn er in de Awb enkele kernbegrippen neergelegd, die in de verschillende fasen gelden. Twee daarvan worden hier genoemd: besluit en bestuursorgaan. Onder een besluit wordt ex art. 1:3 Awb verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Met rechtshandeling wordt blijkens de memorie van toelichting van de Awb bedoeld op 'het gericht zijn op enig rechtsgevolg'.<sup>720</sup> Van Male wijst op het constitutieve element van de publiekrechtelijke rechtshandeling, die inhoudt 'dat een bestuursorgaan door middel van zijn rechtshandeling (nieuw) recht vaststelt c.q. schept. Van nieuw recht scheppen is sprake wanneer een beslissing iets toe- of afdoet aan wat reeds als geldend recht aanwezig was'.<sup>721</sup> Het betreft hier het constituerende element van de publiekrechtelijke rechtshandeling: het ontstaan van rechten, plichten, bevoegdheden als gevolg van het verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling. Een bestuursorgaan is ex art. 1:1 Awb een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed. Bij het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen als het opleggen van bestuursdwang of een dwangsom, gaat het bestuursorgaan uit van een analyse van informatie die gedurende het toezicht en de controle is verkregen. Wat opsporing is voor het strafrecht, zijn controle en toezicht voor het bestuursrecht. De besproken bestuursrechtelijke bepalingen hebben, net zoals de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond ten opzichte van opsporing, vanuit het legaliteitsbeginsel en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een normerende invloed op de wijze van toezicht en controle. Zo vloeit uit art. 3:2 Awb voort dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van besluiten de nodige kennis vergaart omtrent de feiten en de af te wegen belangen. Art. 3:4, eerste lid, Awb, verplicht vervolgens het bestuursorgaan de rechtsreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. De wet als zodanig zegt niets omtrent de mate van diepgang of intensiteit van het onderzoek of de wijze waarop dat moet plaatsvinden.<sup>722</sup>

Van het bestuur mag worden verwacht dat dit het nodige doet om de relevante kennis te vergaren die voor de oordeelsvorming van belang kan zijn. Het bestuur dient de feiten aan te tonen die ten grondslag liggen aan een

<sup>720</sup> *Kamerstukken II*, 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 37-38.

<sup>721</sup> R.M. van Male, *Commentaar Algemene wet bestuursrecht, art. 1:3 Awb*, VUGA Uitgeverij BV, 's-Gravenhage.

<sup>722</sup> Vgl. Hartmann (1998), *a.w.*, p. 55 e.v.

beschikking. Indien het bestuur het voortouw heeft genomen tot het uitoefenen van bepaalde bevoegdheden, kan er in het algemeen worden aangenomen dat het zelf verantwoordelijk is voor de vaststelling van de relevante feiten. Onder bepaalde omstandigheden evenwel zal de justitiabele medewerking moeten verlenen, omdat anders het bestuur niet over gegevens kan beschikken waarmee iets vastgesteld kan worden.<sup>723</sup> Er kan gewezen worden op HR 3 december 2002, *NJ* 2003, 606. In casu ging het hier om bewijslastverdeling in een zaak betreffende de bijzondere strafuitsluitingsgrond van de Verordening identificatie en registratie varkens 1998, waar omstandigheden zijn opgesomd die het tot een ondernemer gerichte verbod feitelijke macht over varkens te hebben of in zijn vestiging aanwezig te hebben opheffen. R.o. 3.5 uit dit arrest:

‘Weliswaar wordt de bewijslast dat de ondernemer over het betreffende varken feitelijke macht mag uitoefenen, dan wel dat hij dit varken in de vestiging aanwezig mag hebben, door de wijze van regelgeving gelegd bij de verdachte, die immers aannemelijk moet maken dat één van de strafuitsluitingsgronden van het tweede lid zich voordoet, doch het hof acht deze bewijslastverdeling niet onredelijk omdat dat bewijs op eenvoudige wijze te leveren zou zijn. Voorts acht het hof het ondenkbaar dat het openbaar ministerie tot strafvervolging zal overgaan indien uit het proces-verbaal blijkt van een strafuitsluitingsgrond’.<sup>724</sup>

Nu bestuursrechtelijke uitzonderingsbepalingen eveneens kunnen worden aangeduid als kwalificatie-uitsluitingsgrond, dient er een eis geformuleerd te worden omtrent de werkzaamheid van de rechtstoepasser. Onder rechtstoepasser wordt hier zowel verstaan het bestuursorgaan dat de verantwoordelijkheid draagt voor controle, toezicht en handhaving en de personen die namens het handhavingsmechanisme werkzaam zijn, als (indien aangezocht) de rechter. Op basis van de jurisprudentie is duidelijk dat de rechtstoepasser actiever dient te zijn dan de justitiabele en dat de justitiabele in zoverre met een bewijslast heeft te maken, als het om eenvoudig te leveren bewijs zou gaan.<sup>725</sup> Eveneens geldt dat wanneer het bestuur feiten dient aan te tonen die een sanctie voor de justitiabele kunnen veroorzaken, terughoudend moet zijn op basis van bijvoorbeeld privacy-overwegingen. Er moet wel enige souplesse worden betracht ten aanzien van het vergaren van bewijs.<sup>726</sup> Nicolaï maakt een onderscheid in eisen ten aanzien van de onder-

<sup>723</sup> Nicolai (1990), *a.w.*, p. 334.

<sup>724</sup> Ten aanzien van een verweer omtrent een algemene strafuitsluitingsgrond heeft de Hoge Raad in HR 3 juni 1997, *NJ* 1997, 657 bepaald dat de rechter gehouden is de feitelijke grondslag van dat verweer te onderzoeken, terwijl hij de last tot het aannemelijk maken van die feitelijke grondslag niet uitsluitend op de verdachte mag leggen.

<sup>725</sup> Een dergelijke opvatting sluit aan bij de in het vijfde hoofdstuk van deze dissertatie besproken wederkerige rechtsbetrekking. Vgl. *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 700, nr 3, p. 130 en Hartmann (1998), *a.w.*, p. 57.

<sup>726</sup> In de jurisprudentie wordt soms met de fictie ‘vermoeden’ gewerkt. Vgl. het vermoeden van samenwonen in een zelfstandige economische eenheid, zoals dat in de toenmalige Bijstandswet (in verband met de hoogte van de uitkering) ‘geldt’. De schijn van samenleving

zoekplicht, het vragen van advies, de wijze van onderzoek en de methode van bewijsvergaring en de diepgang van het onderzoek dat zich moet uitstrekken tot de feiten en omstandigheden van het individuele geval.<sup>727</sup> Een zo objectief mogelijke vaststelling van de feiten, technische onderzoeken door middel van deugdelijke apparatuur, het antwoord op de vraag of alle relevante gegevens de benodigde aandacht hebben gehad, de schriftelijke vastlegging van onderzoeksresultaten, zijn enkele ijkpunten van de beoordeling of er sprake is van een zorgvuldig onderzoek.

Aangenomen mag worden dat de toepasselijkheid van de uitzonderingsbepalingen en dus de inhoud van de uitzonderingsbepalingen, het legaliteitsbeginsel in aanmerking genomen, in dezelfde mate worden onderzocht als het onderzoek naar de schending van de verbodsbepaling. Anders gezegd: het betreft een onderzoek naar het feitensubstraat dat al dan niet als overtreding van de verbodsbepaling kan worden gekwalificeerd. Daarnaast geldt dat de uitzonderingsbepalingen in bepaalde gevallen verschillende soorten vergunningsvoorschriften kunnen inhouden. Deze (algemene of geïndividualiseerde) verplichtingen vormen als uitzondering eenzelfde toetsingskader als de regel waarop de uitzondering betrekking heeft. Het tekortschieten in deze verplichting levert een schending op van het beginsel van zorgvuldige voorbereiding zoals dat in art. 3:2 Awb is geformuleerd op. Daarnaast geldt dat een beslissing die onzorgvuldig is voorbereid, vernietigd kan worden wegens een motiveringsgebrek. Het betreft hier het beginsel van draagkrachtige of deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb). Indien een of meer van de verplichtingen niet worden nageleefd of blijkt dat de uitzonderingsbepaling onvoldoende deel heeft uitgemaakt van de besluitvorming, kan het besluit in bezwaar of beroep na gegrondverklaring van het bezwaar of beroep (gedeeltelijk) worden gewijzigd respectievelijk (gedeeltelijk) worden vernietigd wegens het tekortschieten in de naleving van de verplichtingen. Dit hoeft overigens het nemen van een nieuw besluit of het wijzigen van een bestaand besluit, waarin wel en in voldoende mate rekening is gehouden met de bepalingen niet in de weg te staan.

Het bovenstaande overziend, blijkt het aldus mogelijk om eveneens in het bestuursrecht de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de functioneel equivalente bepaling in zijn functie op de rechtstoepasser te betrekken. Immers, diens handelen, in welke fase dan ook, wordt gereguleerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen hebben een zodanige inhoud dat zij de rechtstoepasser in alle fasen dwingt de bijzondere strafuitsluitingsgrond of de functioneel equivalente bepaling in (de voorbereiding van) de beslissing te betrekken.

wordt in een dergelijk geval geconstrueerd uit gedragingen van de justitiabelen zelf. VAR 6 oktober 1986, AB 1987, 257.

<sup>727</sup> Nicolai (1990), *a.w.*, p. 335. Zie AR 4 januari 1978, AB 1978, 190, m.nt. F.H. v.d. B.

## 6.5. Conclusie en afronding

Om de uitzonderingsbepalingen te kunnen duiden is om verschillende redenen aansluiting gezocht bij inzichten die het strafrechtelijk deel van dit onderzoek hebben opgeleverd. De redenen waren gelegen in overwegingen met betrekking tot het legaliteitsbeginsel, rechtshandhaving en de daaruit voortvloeiende wenselijkheid van eenduidigheid van terminologie.

Ook bestuursrechtelijke uitzonderingsbepalingen kunnen als kwalificatie-uitsluitingsgrond gezien worden. De kwalificatie-uitsluitingsgrond heeft een definiërende werking ten aanzien van de reikwijdte van de strafwet of een bestuursrechtelijke verplichting, een ontheffing, een vergunning of een verbod. Daarom sluit de term aan bij de geconstateerde functies van de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond en de functioneel equivalente bepaling. De uitzonderingsbepalingen structureren een norm door feiten en omstandigheden aan te geven waarop die norm niet van toepassing is en tegelijkertijd voor de in de uitzonderingsbepalingen gegeven situatie aan te geven wat de norm is. Zo wordt tegelijkertijd aangegeven wat er wanneer geldt en wordt besturen mogelijk gemaakt. In deze gevallen wordt eveneens een uitspraak gedaan omtrent zowel de wederrechtelijkheidbeperking als de aandacht die dient te worden gegeven aan het normerende aspect van het artikellid ten opzichte van de rechtstoepasser en de door hem te hanteren bevoegdheden. Eveneens hebben de uitzonderingsbepalingen de in het vierde hoofdstuk beschreven informele kwalificatiefunctie. De uitzonderingsbepalingen zijn onderdeel van het handhavingssysteem en dienen daarom in ogenschouw te worden genomen bij controle, toezicht en het voorbereiden van een besluit. Het volgt uit het systeem van het bestuursrecht dat indien er bij de handhaving van de bepalingen tekortkomingen worden geconstateerd, dit consequenties kan hebben, indien de rechter constateert dat een andere rechtstoepasser tekort geschoten is in zijn verplichting tot handhaving van de uitzonderingsbepaling.

## **HOOFDSTUK 7**

### **THESE EN SAMENVATTING: DE BIJZONDERE STRAFUITSLUITINGSGROND**

#### **7.1. Inleiding**

In dit hoofdstuk worden de verschillende inzichten die het onderzoek heeft opgeleverd samengevat en worden er algemene conclusies getrokken met betrekking tot de bijzondere strafuitsluitingsgrond zoals deze in het eerste hoofdstuk is geformuleerd. De verschillende inzichten worden op elkaar betrokken in paragraaf 7.4 en dienen als basis voor aanbevelingen in 7.5. Er wordt begonnen met de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond, waar de verschillende deelconclusies nogmaals worden besproken (7.2). In paragraaf 7.3 wordt hetzelfde gedaan met betrekking tot de equivalente en functioneel equivalente bepalingen in het bestuursrecht. Het hoofdstuk wordt afgerond in paragraaf 7.6.

#### **7.2. De bijzondere strafuitsluitingsgrond in het strafrecht**

De strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn eerder in dit onderzoek omschreven: ‘Bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn artikelleden of artikelen - anders dan een delictsomschrijving - in het Bijzonder deel van het Wetboek van Strafrecht die blijkens hun bewoordingen uitsluiting van strafbaarheid beogen’. Op basis van deze definitie zijn de bepalingen in het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht onderzocht. De definitie is deels ook gehanteerd voor bepalingen in bijzondere wetten, waar equivalente en functioneel equivalente bepalingen zijn onderzocht. De conclusies gelden derhalve voor zowel het strafrecht als het bestuursrecht.

##### **7.2.1. Bijzondere strafuitsluitingsgronden: vormen en formulering**

De eerste onderzoeksvraag was de vraag naar criteria zijn die de keuze van de formulering bepalen alsmede naar de processuele verwerking is van de verschillend geformuleerde bijzondere strafuitsluitingsgronden. De in het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht voorkomende bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn, al naar gelang hun formulering, ter beantwoording van deze vraag ondergebracht in drie verschillende varianten: een strafbaarheidsvariant, een toepasselijkheidsvariant en een restvariant.

De bepalingen die ondergebracht zijn in de strafbaarheidsvariant zijn de bepalingen waarin de woordvormen ‘niet’ of ‘geen’ en een vorm van het woord ‘strafbaar’ zijn opgenomen. Voorbeelden hiervan zijn art. 96, derde lid, Sr (‘Niet strafbaar is hij, van wie blijkt, dat zijn oogmerk enkel gericht is op het voorbereiden of bevorderen van staatkundige veranderingen in algemene zin’), art. 273, tweede lid, Sr (‘Niet strafbaar is hij die te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat het algemeen belang de bekendmaking vereiste’) en art. 296, vijfde lid, Sr (‘Het in het eerste lid bedoelde feit is niet strafbaar, indien de behandeling is verricht door een arts in een ziekenhuis of kliniek waarin zodanige behandeling volgens de Wet afbreking zwangerschap mag worden verricht’).

De tweede variant is een toepassingsvariant waarin de bepalingen met de woorden ‘niet’ of ‘geen’ en een vorm van het woord ‘toepassing’ zijn opgenomen. Een voorbeelden van bepalingen in deze variant zijn opgenomen is art. 151c, tweede lid, Sr (‘Onverminderd het bepaalde in artikel 151b, eerste lid, is het eerste lid niet van toepassing, a. indien het in dat lid bedoelde teweegbrengen of bevorderen geschiedt door de raad voor de kindbescherming of een door de raad daartoe aangewezen rechtspersoon; b. indien het in dat lid bedoelde teweegbrengen of bevorderen een verwijzing betreft naar een organisatie als bedoeld onder a’).

De derde variant is een restvariant, dit is de variant waarin bepalingen zijn opgenomen die in verschillende woordvormen zijn gesteld. Voorbeelden hiervan zijn de verschillende bepalingen in de beledigingstitel in het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht: zie art. 261, derde lid, Sr: ‘Noch smaad, noch smaadschrift bestaat voor zover de dader heeft gehandeld tot noodzakelijke verdediging, of te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat het te last gelegde waar was en dat het algemeen belang de telastlegging eiste’. In de parlementaire behandeling van de bijzondere strafuitsluitingsgronden die in deze varianten zijn ondergebracht is gezocht naar aanknopingspunten omtrent de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de redenen waarom deze in het wetboek terecht zijn gekomen. Omtrent de formulering is geconcludeerd dat de vormgeving als zodanig (de bewoording van de bepaling) zelden tot nooit wordt besproken in de parlementaire behandeling. De aandacht richt zich veelal op de inhoud van de bijzondere strafuitsluitingsgrond, te weten de bestanddelen en de strekking van de bijzondere strafuitsluitingsgrond (eventueel in het kader van andere wet- en regelgeving).

Er is geen eenduidige relatie tussen de bedoeling van de wetgever en de bewoording en/of vormgeving van de onderzochte bepalingen. Maar de gekozen vormgeving heeft, zoals is gebleken bij de bespreking van de gesloten en open bestanddelen, wel consequenties voor de werking van de bepaling en de rol van de rechtstoepasser bij de operationalisering van de bepaling. Gesloten bestanddelen, al dan niet in het kader van proceduralise-

ring van rechtsgoederenbescherming, geven de rechter minder ruimte om vrij te kunnen interpreteren dan open geformuleerde bestanddelen. Ook kan gezegd worden dat juist het ontbreken van een uitleg of het verschillend vormgeven van de bepaling de oorzaak is geweest van de verschillende duidingen die bepaalde bepalingen hebben gekregen. In de literatuur wordt in sommige gevallen gesteld dat de bepaling te zien is als een zuivere of bijzondere vervolgingsuitsluitingsgrond, een daderschapsuitsluitingsgrond een kwalificatie-uitsluitingsgrond, een bijzondere strafuitsluitingsgrond of een zuivere strafuitsluitingsgrond. Hier wordt later in dit hoofdstuk op teruggekomen.

De wetsgeschiedenis van de geselecteerde bepalingen leverde onder meer het inzicht op dat de wetgever bij het formuleren van een bijzondere strafuitsluitingsgrond niet expliciet voor een bepaalde formulering kiest. De inhoud van de bepaling heeft geen eenduidige relatie met de vormgeving ervan. Het gaat er klaarblijkelijk niet om hoe een en ander verwoord wordt, 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 door middel van een bijzondere strafuitsluitingsgrond. Deze redenen zijn terug te voeren op het oordeel van de wetgever dat hetzij de strafbaarheid van het feit in de delictsomschrijving te ruim is geformuleerd, hetzij dat er een beperking van de werking van de delictsomschrijving op basis van veranderde inzichten omtrent de strafwaardigheid van het feit noodzakelijk is. In het eerste geval wordt het bereik van de delictsomschrijving vastgesteld bij de formulering en inwerkingtreding daarvan, in het tweede geval wordt de beperking achteraf gerealiseerd. In beide gevallen kan men spreken van codificatie van opvattingen over de maatschappelijke norm en de positivering van de norm. Een derde overweging om een bijzondere strafuitsluitingsgrond op te nemen is gelegen in het voldoen aan (een) verdragsverplichting(en).

### 7.2.2. Normadressaten van de bijzondere strafuitsluitingsgrond

Er is in de parlementaire behandeling van de verschillende varianten geen eenduidig beeld te krijgen over de normadressaten van de geselecteerde bepalingen. Soms wordt duidelijk dat een verdachte tegenover de rechter en gedurende het opsporingsonderzoek een beroep kan doen op de toepasselijkheid van het artikellid. Tot hem lijkt de bijzondere strafuitsluitingsgrond zich dan expliciet te richten. Immers, een verdachte kan zich altijd op een bijzondere strafuitsluitingsgrond beroepen. Ook komt het voor dat bepaalde bijzondere strafuitsluitingsgronden zich, mede tegen de achtergrond van de parlementaire behandeling, expliciet tot het openbaar ministerie richten. Soms blijkt een te voeren helder opsporings- en vervolgingsbeleid redengevend te zijn voor het toevoegen van een bijzondere strafuitsluitings-

grond. Van de meerderheid van de bijzondere strafuitsluitingsgronden in de strafbaarheidsvariant kan aan de hand van hun parlementaire behandeling vastgesteld worden dat deze zich richten tot de rechter. In deze gevallen wordt gesteld dat de rechter ambtshalve, uit eigen beweging, of na een verweer van een verdachte de vraag naar de toepasselijkheid van het artikel dient te onderzoeken. In deze variant wordt blijkens de parlementaire behandeling de nadruk gelegd op de interpretatieve arbeid van de rechter die ambtshalve of naar aanleiding van een gevoerd verweer dient te onderzoeken of de bijzondere strafuitsluitingsgrond van toepassing is die de strafbaarheid opheft. Omtrent de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond ten aanzien van de werkzaamheden van politie en justitie is geen volledige duidelijkheid te verkrijgen. Hoewel soms gesteld wordt dat bijzondere strafuitsluitingsgrond bijdraagt aan een helder opsporings- en vervolgingsbeleid, is de aandacht die in de parlementaire behandeling in deze variant aan de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond wordt gegeven versnipperd. In de behandeling van de andere twee varianten is het beeld omtrent de normadressaat nog meer versnipperd.

De onduidelijkheid omtrent de normadressaat van de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond hoeft niet bezwaarlijk te zijn, indien men ervan uitgaat dat het zij zich richt tot een rechtstoepasser die in het kader van rechtshandhaving ook de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond dient te handhaven. In zoverre doet het er niet toe dat de parlementaire behandeling geen uitsluitel geeft over de bepaling als zodanig. Impliciet wordt hier van uit gegaan dat de rechtstoepasser (openbaar ministerie, rechter) zich ook als normadressaat van de bepaling ziet of zal zien. Daarnaast kan de vraag gesteld worden welke consequenties hieruit voort moeten vloeien voor het opsporingsonderzoek. Is bijvoorbeeld het openbaar ministerie ten alle tijden gehouden om, indien er aanwijzingen zijn die de toepasselijkheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond (kwalificatieuitsluitingsgrond) doen vermoeden het opsporingsonderzoek stop te zetten? Dat hangt ervan af. Naarmate de interpretatieruimte die de bewoording van de bepaling biedt groter is, kan het openbaar ministerie, indien daar gronden voor worden gezien, ervoor kiezen om de omstandigheden die zich voordoen te zien als ofwel vallend buiten de aard en strekking van de bepaling, ofwel vallend binnen de aard en strekking van de bepaling, maar op basis van veranderende opvattingen ervoor kiezen toch het oordeel van de rechter omtrent deze omstandigheden te vragen. Bij bepalingen waar de interpretatieruimte klein tot vrijwel nihil is (bijvoorbeeld indien sprake is van proceduralisering van rechtsgoederenbescherming, formele criteria, vergunningen) is de vrijheid van het openbaar ministerie een beslissing te nemen minder groot.



Nu de bijzondere strafuitsluitingsgrond als kwalificatie-uitsluitingsgrond is benoemd, spreekt het voor zich dat de rechter deze ambtshalve toepast. In die toepassing kan de rechter al naar gelang de formulering van de bepaling (open of gesloten) tot een nader oordeel betreffende de strafwaardigheid komen. Daarnaast richt de bijzondere strafuitsluitingsgrond zich tot de justitiabele. De justitiabele komt via de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond te weten welke (aspecten van) gedragingen wel en niet strafbaar zijn. In zoverre wordt hiermee voldaan aan de opdracht van art. 1 Sr. De schoen kan echter wringen bij de open geformuleerde bestanddelen en in bepaalde gevallen van proceduralisering van rechtsgoederenbescherming waarin de inhoud van de normstelling (de niet-strafbare gedraging) niet duidelijk uit de wet valt af te lezen vanwege de grote hoeveelheid toepasselijke wet- en regelgeving. Soms kan het daardoor onduidelijk zijn wat de verdachte aan kan voeren wil de aanwezigheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond aannemelijk worden. Mijns inziens is dat geen bezwaar, nu het hier bepalingen betreft die ten voordele van een verdachte gelden. De rechter kan door middel van interpretatie van een impliciet<sup>728</sup> of expliciet<sup>729</sup> beroep op de bijzondere strafuitsluitingsgrond al dan niet toepassen. Het oordeel omtrent de strafwaardigheid van het gedrag is via de bijzondere strafuitsluitingsgrond geen positief, strafbaarheidvestigend, oordeel, maar een negatief, strafbaarheidontkennend, oordeel.

### 7.2.3. Bijzondere strafuitsluitingsgrond en legaliteit

Uit het voorgaande vloeit de verhouding tussen de bijzondere strafuitsluitingsgrond en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel voort. Toch kunnen er verschillende andere vragen worden beantwoord. De eerste vraag is die naar de keus voor een bijzondere strafuitsluitingsgrond. Het legaliteitsbeginsel dwingt ertoe eerst onder ogen te zien of niet de omschrijving van de gedraging in de delictsomschrijving zelf kan worden aangescherpt en wat hiervan de consequenties zouden zijn. Uit de wetgevingsstukken blijkt weinig omtrent een principiële keuze tussen een aparte bepaling en het herformuleren van een delictsomschrijving. De wetgever kiest ervoor de formulering van een delictsomschrijving intact te houden en een bepaling aan het artikel toe te voegen.

Een andere vraag, eveneens gerelateerd aan het legaliteitsbeginsel, heeft betrekking op de formulering van de verschillende bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De formulering van een bijzondere strafuit-

<sup>728</sup> Op basis van feiten en omstandigheden zoals deze uit het dossier of het onderzoek ter terechtzitting blijken. De rechter is gehouden ambtshalve te onderzoeken of de bepaling van toepassing is.

<sup>729</sup> Een *expressis verbis* gedaan beroep op een bijzondere strafuitsluitingsonderzoek, gedaan tijdens het opsporingsonderzoek of het onderzoek ter terechtzitting.

sluitingsgrond kan open en gesloten bestanddelen bevatten. Indien sprake is van gesloten bestanddelen, is het bestanddeel meestal gerelateerd aan nader vastgestelde wet- en regelgeving. Hiervoor is het concept ‘proceduralisering van rechtsgoederenbescherming’ ontwikkeld en beschreven. Door middel van proceduralisering worden afwegingen tussen individuele en maatschappelijke belangen op een juridische wijze gekanaliseerd en mogelijk gemaakt. In de tweede plaats biedt proceduralisering de mogelijkheid om verschillende maatschappelijke terreinen (zoals de medische wereld of de jeugdhulpverlening) en de inzichten die daarin leven, ondanks de juridische controle welke op die terreinen wordt uitgeoefend, in een wisselwerking met het juridische te stellen. In dit stelsel wordt de rechter strikter aan het politieke compromis gebonden dan bij open bestanddelen het geval is. De grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid worden indien er sprake is van proceduralisering van rechtsgoederenbescherming aangegeven door de bestanddelen van deze bijzondere strafuitsluitingsgronden die verwijzen naar procedures, regelingen en definities die in een bijzondere wet, het juridisch kader. Daarin ligt het verschil met de overige bijzondere strafuitsluitingsgronden. De laatste groep wordt namelijk niet *expressis verbis* (nader) gereguleerd door een direct met de bijzondere strafuitsluitingsgrond verbonden wettelijke regeling. De gesloten geformuleerde bijzondere strafuitsluitingsgrond kan uit oogpunt van legaliteit een meerwaarde hebben. Juist vanwege de strikt omschreven voorwaarden en omstandigheden die de toepasselijkheid van de bijzondere strafuitsluitingsgrond betreffen, kan een justitiabele relatief eenvoudig zien of de bepaling op hem van toepassing is of niet, indien en voor zover de hoeveelheid relevante wet- en regelgeving toegankelijk is.

De open bestanddelen (ter herinnering: begrippen als goede trouw en algemeen belang) vergunnen de rechter een grote mate van vrijheid in zijn interpretatieve arbeid. Via overwegingen van proportionaliteit en subsidiariteit en in aansluiting van wat er in de maatschappij leeft, kan de rechter deze bestanddelen vormgeven. In verscheidene gevallen wordt de eis gesteld dat de vaststelling van de vervulling van bepaalde bestanddelen van een artikellid objectief plaatsvindt. Ik begrijp dit zo dat de rechter met name - al naar gelang de formulering - de maatschappelijke context van een of meer bestanddelen zo dient op te vatten dat de gemiddelde mens in dezelfde situatie de handeling op dezelfde wijze zou hebben gedaan. Met andere woorden: het lijkt erop dat de rechter uit dient te gaan van ‘de gemiddelde, redelijke mens’, van welke in het strafrecht vaker wordt uitgegaan. De doorsnee burger is het referentiekader bij de interpretatie van (bestanddelen van) het artikellid. Wat deze doorsnee burger in verschillende situaties verweten kan worden, is afhankelijk van de eisen die binnen een bepaald tijdsvlak in een samenleving aan hem gesteld worden en de positie die hij in de samenleving bekleedt. Dit laatste speelt met name bij de gesloten bestanddelen,

waar wordt aangeknoopt bij proceduralisering als rechtsgoederenbescherming (Vgl. de arts en de hulpverlener). Hoe dit ook zij, de rechter dient zijn beslissing in de verschillende te objectiveren bestanddelen vast te stellen.

De open geformuleerde bijzondere strafuitsluitingsgronden vervullen een functie bij het bij de tijd houden van het strafrecht. Strikt geredeneerd is het uit het oogpunt van afbakening van strafwaardig gedrag dubieus indien het uiteindelijke oordeel omtrent de strafbaarheid afhangt van min of meer open normen. Er kan een bepaalde mate van rechtsonzekerheid door ontstaan. Echter, ook hier geldt dat dat geen bezwaar is, nu het hier omstandigheden en voorwaarden betreft die ten voordele van een verdachte gelden. Het gebruik van de bijzondere strafuitsluitingsgrond is een vorm van de techniek van regel en uitzondering: strafbaarheid is de regel, niet-strafbaarheid is de uitzondering. De door de wetgever gepositieerde uitzondering behelst geen oordeel omtrent de omstandigheden die tot strafbaarheid zullen leiden, maar behelst een oordeel omtrent omstandigheden die tot niet-strafbaarheid kunnen leiden, hetgeen een principieel ander oordeel is.

#### 7.2.4. Bijzondere strafuitsluitingsgrond: maatschappelijke functie

Juist omdat de bijzondere strafuitsluitingsgronden voorwaarden en omstandigheden betreft die tot niet-strafbaarheid kunnen leiden, is het in het belang van de justitiabele dat de wet een bepaalde mate van openheid kent waarin kan worden aangesloten bij veranderende maatschappelijke inzichten. De relatie tussen een delictomschrijving, de nuancering van de delictomschrijving en de maatschappelijke norm waarop een delictomschrijving gebaseerd is, zijn daarom in deze studie onderzocht. De bijzondere strafuitsluitingsgrond is de resultante van een politiek compromis, dat bereikt is na het signaleren van een maatschappelijke discussie of verandering van juridische inzichten naar aanleiding van veranderende opvattingen in de maatschappij. Hieruit vloeit voort dat het gebruik van de bijzondere strafuitsluitingsgrond door de wetgever te verkiezen is boven een (eventueel) vertrouwen van de wetgever op algemeen-dogmatische constructies als 'het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid' en/of 'subsocialiteit'. De wetgever voldoet dan immers niet enkel aan de opdracht van het legaliteitsbeginsel, maar hij laat eveneens zien onderdeel te zijn van een democratische rechtsstaat, waarin ruimte is voor veranderingen van opvattingen omtrent strafwaardigheid.

In sommige gevallen kiest de wetgever ervoor het juridische antwoord op die veranderingen strikt te reguleren door de formulering gesloten te maken en eventueel aan te laten haken bij andere relevante wet- en regelgeving.<sup>730</sup> In andere gevallen heeft de wetgever ervoor gekozen de

<sup>730</sup> Vgl. maatschappelijke discussiepunten als euthanasie en abortus en de rol van proceduralisering van rechtsgoederenbescherming als politiek compromis.

formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond open te laten, waardoor de betekenis of de juridische interpretatie van het woord zich steeds aan kan passen aan veranderende maatschappelijke opvattingen. De wetgever kiest er in dit geval voor de strafwet een mate van bestendigheid en duurzaamheid te geven, waardoor de formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond niet telkens gewijzigd behoeft te worden indien de interpretatie door de jurisprudentie de aard en strekking van de bijzondere strafuitsluitingsgrond wijzigt of aanvult.

#### 7.2.5. De materiele en de processuele duiding van de bijzondere strafuitsluitingsgrond

Eerder is gerefereerd aan de verschillende benoemingen die een bijzondere strafuitsluitingsgrond in de literatuur heeft gekregen. De verschillende manieren waarop een juridisch fenomeen gekwalificeerd wordt, heeft gevolg voor de plaatsing van dat fenomeen in de gelede beslissingsstructuur van de rechter, zoals deze voorgeschreven wordt in art. 350 Sv. Om de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond te kunnen duiden en deze in te passen in het beslissingsmodel van art. 350 Sv is een dogmatische grondslag gezocht. Nu gebleken is dat de wetgever via de bijzondere strafuitsluitingsgrond oog toont voor maatschappelijke opvattingen omtrent de strafbaarheid van bepaalde gedragingen, is aansluiting gezocht bij bestaande theoretische concepten om de positie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond te duiden. In de dogmatische constructie zijn inzichten verkregen via de concepten ‘subsocialiteit’, ‘ontbreken van materiële wederrechtelijkheid’ en, in het verlengde van het laatste, ‘rechtsgoederenbescherming’. Zowel het concept subsocialiteit als het concept (ontbreken van) materiële wederrechtelijkheid verschaft aanknopingspunten om de bijzondere strafuitsluitingsgrond op een bepaalde manier te interpreteren en op basis van die interpretatie een materiële grondslag vast te stellen.

Voor deze twee concepten is gekozen omdat deze elk op hun eigen manier aanknopen bij de constatering dat de bijzondere strafuitsluitingsgrond ofwel een reactie is op veranderde inzichten omtrent strafwaardigheid ofwel steunt op het inzicht dat bepaalde handelingen niet onder het bereik van de delictomschrijving vallen. Het gebruik van deze dogmatische figuren is noodzakelijk omdat er naar mijn mening bij het plaatsen van een juridisch fenomeen in een juridisch stelsel uitgegaan moet worden van de dogmatiek van dat stelsel en de inzichten die in dat stelsel leven. Anders gezegd: de keuze voor juist deze dogmatische figuren is in de eerste plaats ingegeven vanwege hun relevantie voor het juridische fenomeen dat geduid moet worden en in de tweede plaats omdat ik de oplossing in het bestaande juridische stelsel c.q. de huidige dogmatiek heb willen zoeken.

Er is in het vierde hoofdstuk van uit gegaan dat ‘subsocialiteit’ zoals ontwikkeld door Vrij een vorm van normconcretisering is. De concretisering bestaat er uit dat een gedraging gewaardeerd wordt in het licht van de norm en de omstandigheden waaronder de gedraging heeft plaatsgevonden. De sociale context van een mogelijk strafbare handeling dient hier, naast juridische overwegingen gebaseerd op de wetsgeschiedenis van de relevante delictomschrijving, als bouwsteen voor een oordeel over een mogelijke nuancering van een algemene regel. De bijzondere strafuitsluitingsgrond kan een reactie of een anticipatie van de wetgever vormen op het ontbreken van subsocialiteit van het hoofddelict in een bepaalde situatie. De wetgever geeft aan onder welke omstandigheden een algemene regel genuanceerd kan worden.

Met betrekking tot het concept ‘ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid’ is geconcludeerd dat gedragingen waarvan vast komt te staan dat deze binnen het toepassingsbereik van de bijzondere strafuitsluitingsgrond vallen, rechtens toelaatbaar worden geacht en worden geacht buiten een delictomschrijving te vallen. Door het bereik van de delictomschrijving op voorhand of naderhand te beperken geeft de wetgever een definiëring van de mate van de strafrechtelijke bescherming van een rechtsgoed, zoals dat in concreto beschermd wordt door een delictomschrijving. Daarom is gesteld dat kenmerkend voor de bijzondere strafuitsluitingsgrond is dat daarmee een norm nader vormgegeven wordt. De bijzondere strafuitsluitingsgrond is daardoor te zien als een factor in de bepaling van wat rechtens geldt.

De bijzondere strafuitsluitingsgrond is materieel opgevat als hetzij de legislatieve begrenzing van de vrijheid van de rechtstoepasser met betrekking tot strafrechtelijke bevoegdheden of de straf, hetzij een wederrechtelijkheidsbeperkende of –definiërende factor in de structuur van een strafbaar feit. De bijzondere strafuitsluitingsgrond bepaalt de aard en omvang van de strafwet, nu de wederrechtelijkheid van de gedraging gedefinieerd wordt. De wetgever is daarbij van mening dat de bescherming van het rechtsgoed via de bijzondere strafuitsluitingsgrond meer in overeenstemming is met maatschappelijke inzichten omtrent de bescherming van een rechtsgoed en de strafwaardigheid van een gedraging jegens dat rechtsgoed. Het gaat hier derhalve om de vaststelling van het subtiele verschil tussen rechtmatig gedrag en gedrag dat (achteraf) gerechtvaardigd wordt geacht en het verschil tussen niet-strafbaarheid en straffeloosheid. In het eerste geval (rechtmatigheid en niet-strafbaarheid) wordt de gedraging geoorloofd geacht en is er te spreken van een veroorlopende norm, indien voldaan is aan de vereisten van de bijzondere strafuitsluitingsgrond ten tijde van de gedraging. In het tweede geval (gerechtvaardigd gedrag en straffeloosheid) wordt achteraf onderzocht of er zich wellicht omstandigheden hebben voorgedaan die een

beroep op een algemene strafuitsluitingsgrond honoreren waardoor de gedraging achteraf gerechtvaardigd wordt.

Een ander punt van belang is het normerende aspect van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Indien de wetgever de omstandigheden verwoordt waaronder de delictsomschrijving beperkt wordt, kan aangenomen worden dat de rechtstoepasser in het kader van art. 1 Sr actief onderzoek dient te doen naar de al dan niet toepasselijkheid van de bijzondere strafuitsluitingsgrond.

Op basis van deze overwegingen heb ik als conclusie de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond als kwalificatie-uitsluitingsgrond geduid. De consequentie van deze conclusie is dat een oordeel omtrent de afwezigheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond zoals deze in dit onderzoek is gedefinieerd processueel in de tweede materiële vraag van het beslissingsmodel van de artikelen 348/350 Sv valt.

#### 7.2.6. De verhouding tussen de bijzondere en de algemene strafuitsluitingsgrond

Een andere onderzoeksvraag was de vraag naar de verhouding tussen de verschillende bijzondere en de algemene strafuitsluitingsgronden. Waar bij de algemene strafuitsluitingsgronden wordt aangenomen dat hetzij de wederrechtelijkheid, hetzij de verwijtbaarheid komt te ontbreken, is gebleken dat bij bijzondere strafuitsluitingsgronden veeleer sprake is van niet-strafbaarheid op een abstracter niveau. Met Van Veen is te zeggen dat de wetgever zich daarbij niet bekommert om de in de strafrechtsdogmatiek ontwikkelde voorwaarden voor strafbaarheid van wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid.

De verhouding tussen de bijzondere en de algemene strafuitsluitingsgrond is door het benoemen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond als kwalificatie-uitsluitingsgrond als volgt. Een oordeel omtrent een bijzondere strafuitsluitingsgrond sluit geen oordeel omtrent een algemene strafuitsluitingsgrond uit. Indien de verschillende vereisten van de bijzondere strafuitsluitingsgrond niet vervuld worden, kan er in het algemeen nog steeds een beroep op een relevante algemene strafuitsluitingsgrond gedaan worden. De arts die bijvoorbeeld een handeling verricht die een abortus ten gevolge heeft, kan zich bijvoorbeeld nog steeds op overmacht of noodtoestand beroepen indien niet voldaan is aan de voorwaarden van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 296 Sr. In het algemeen, nu er naar mijn mening ook gekeken dient te worden naar de formulering en de strekking van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. In het geval van de artikelen 139a-c kan gewezen worden op de verschillende bijzondere wetten die aanhaken bij deze artikelen en die weinig interpretatieruimte bieden, mede vanwege de

rechtsgoederen die door deze bepalingen beschermd worden, zoals bijvoorbeeld staatsveiligheid en het recht op privacy. Ook kan men de vraag stellen of met het vaststellen van de euthanasiewet een beroep op een algemene strafuitsluitingsgrond mogelijk blijft. De euthanasiewet kan immers een finaal karakter worden toebedacht. Daarmee bedoel ik dat de wetgever euthanasie zodanig heeft willen legaliseren dat in de eerste plaats de Garantstelling van de arts duidelijk is en in de tweede plaats dat de wetgever middels de euthanasiewet duidelijk heeft gesteld dat de gedraging enkel niet-strafbaar is indien deze verricht is door een arts en dat daardoor iedere andere justitiabele strafbaar blijft indien deze een thanische handeling verricht.<sup>731</sup> Deze situatie, namelijk dat een justitiabele bij euthanasie geen beroep meer zou mogen doen op een algemene strafuitsluitingsgrond, is ongewenst. De euthanasiewet geldt alleen voor de arts, de niet-arts komt geen beroep op de bijzondere strafuitsluitingsgrond toe. Is dan meteen de weg naar een beroep op een algemene strafuitsluitingsgrond afgesneden? Hier komt een fundamentele vraag met betrekking tot het stelsel van algemene strafuitsluitingsgronden en het Algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht om de hoek kijken, namelijk: kan de wetgever de algemene bepalingen van het Wetboek van Strafrecht middels specifieke bepalingen buiten werking stellen en, zo ja, in hoeverre? Het antwoord op de vraag luidt bevestigend (*lex specialis derogat lex generalis*, voor het geval zij beide in hetzelfde voorzien, wat niet altijd het geval hoeft te zijn), maar vervolgens rijst de vraag naar de wenselijkheid van die buitenwerkingstelling.

De functie van de algemene strafuitsluitingsgrond die het feit (indien er sprake is van een rechtvaardigingsgrond) of de dader (indien er sprake is van een schulduitsluitingsgrond) betreft, is een andere dan die van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. In de rechtvaardigingsgronden wordt, net zoals bij de bijzondere strafuitsluitingsgrond het geval is, aangehaakt bij het wederrechtelijkheidsconcept, maar op een andere manier, nu het verschil tussen de bijzondere strafuitsluitingsgrond en de algemene strafuitsluitingsgrond het genuanceerde verschil is tussen niet-strafbaarheid (in het geval van een bijzondere strafuitsluitingsgrond) en straffeloosheid (in het geval van een algemene strafuitsluitingsgrond). Daarnaast geven schulduitsluitingsgronden een oordeel omtrent verwijtbaarheid, wat eveneens een ander oordeel is dan een oordeel omtrent het bereik van een delictsom-schrijving. De wetgever kiest ervoor om een bepaalde groep binnen het bereik van een bijzondere strafuitsluitingsgrond te brengen om zo hun gedraging te reguleren of een groep op basis van feiten en omstandigheden niet-strafbaar te willen laten zijn. Deze regulerende verplichtingen en feiten en

<sup>731</sup> Wat te denken van het door Schalken gesignaleerde ‘grijze gebied’? In dit kader kan gewezen worden op HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167 m.nt. Sch, waar aandacht wordt geschonken aan persoonlijke overtuigingen, HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 46 m.nt. GEM m.b.t. de problematiek van pasgeborenen en HR 9 november 2004, *NJ* 2005, 217, m.nt. YB.

omstandigheden zijn bedoeld voor een beperkt aantal gevallen. Uit de parlementaire behandeling van enkele bijzondere strafuitsluitingsgronden kan niet worden afgeleid dat de wetgever zover heeft willen gaan dat de aanwezigheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond bij een delict of een groep delicten tot gevolg zou hebben dat er na een negatief antwoord op een beroep op de toepasselijkheid van de bijzondere strafuitsluitingsgrond geen beroep op een algemene strafuitsluitingsgrond meer kon worden gedaan. Ook blijkt er voor de gevallen welke niet door de bijzondere strafuitsluitingsgrond worden bestreken een beroep op een algemene strafuitsluitingsgrond mogelijk. Zoals gezegd is de bijzondere strafuitsluitingsgrond te zien als een factor in de bepaling van wat in het kader van een concrete norm rechtens geldt waardoor deze een andere functie heeft dan de algemene strafuitsluitingsgrond.

### **7.3. De bijzondere strafuitsluitingsgrond in het bestuursrecht**

In het bestuursrechtelijke deel zijn relevante bepalingen van de Woningwet (en het Bouwbesluit) en de Wet milieubeheer behandeld. Voor deze wetten is gekozen omdat zij een goed beeld geven van de diversiteit van bestuursrechtelijke wet- en regelgeving in de techniek van regel en uitzondering. Daarbinnen is ervoor gekozen functioneel equivalente bepalingen, bepalingen die hetzelfde effect hebben als de bijzondere strafuitsluitingsgrond, te zoeken en te benoemen. Daarnaast zijn beide wetten te beschouwen als voorbeelden van terreinen waar de overheidsregulering, al dan niet op basis van internationale verplichtingen, sterk is en waarin een grote mate van gedetailleerdheid noodzakelijk lijkt om recht te doen aan de bijzonderheden van het betreffende beleidsterrein en de voor dat beleidsterrein relevante internationale verplichtingen.

Er is een onderscheid gemaakt tussen de besproken bepalingen die een verplichting in afwijking van een hoofdregel behelzen (meestal verwoord door de zinsnede ‘in afwijking van’) en de meer procedurele bepalingen zoals art. 46, tweede lid Ww of bepalingen die een hoofdregel nader reguleren (verwoord door de zinsnede ‘onverminderd’).<sup>732</sup> Puur procedurele bepalingen zijn buiten beschouwing gebleven. Het ging in dit deel alleen om bepalingen die vergelijkbaar zijn met de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond (equivalent) of bepalingen die naar hun functie gelijk zijn aan de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond (functioneel equivalent). In het bestuursrechtelijke deel zijn aldus verschillende vormen beschreven van de techniek van regel en uitzondering zoals deze in de Woningwet en het Bouwbesluit zijn gebruikt.

<sup>732</sup> Vgl. art. 2.9, vierde lid, Bouwbesluit en de bespreking van art. 2.9, derde lid, Bouwbesluit.



In de Woningwet zijn diverse soorten bepalingen te vinden die functioneel equivalent en equivalent aan de bijzondere strafuitsluitingsgrond zijn. De wetgever bedient zich hier van tabellen om de strekking van de bepaling te verduidelijken en om verschillen in relevante vereisten aan te geven. Evenals in het strafrechtelijk deel bleek, blijkt dat de wetgever zich bij de behandeling van de onderscheiden bepalingen beperkt tot de aard en strekking van de bepaling. De uitzonderingen zoals hier beschreven betreffen in het geval van het Bouwbesluit veelal specifieke technisch-constructieve uitzonderingen die voor bepaalde situaties en omstandigheden, afhankelijk van gebruiksfuncties gelden.<sup>733</sup> De technisch-juridische constructie is in dergelijke gevallen: functionele eis/prestatie-eis/(eventuele) uitzondering.

Uit het Bouwbesluit blijkt dat de wetgever verschillende formuleringen hanteert, die kunnen worden geduid als functioneel equivalente bepalingen. Andere technisch-juridische constructies hebben de vorm van wat in het strafrechtelijk deel als de toepassingsvariant is beschreven. Deze bepalingen zijn qua formulering equivalent aan de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De relevante bepalingen in de Woningwet missen dat technische karakter en zien meer op beleidskeuzes, uitzonderingssituaties of de noodzaak tot het treffen van bepaalde voorzieningen. De bewoordingen van de (besproken) bepalingen zijn vanwege het hoge technische karakter van de regels gesloten geformuleerd. De gedetailleerdheid van de min of meer gesloten formulering van de bepaling, de eveneens van toepassing zijnde nader vastgestelde wet- en regelgeving, bijvoorbeeld de regelgeving met betrekking tot (brand)veiligheid is te begrijpen in het licht van het onderwerp: de veiligheid van constructies en de kwalitatieve vereisten met betrekking tot levens- en werkomstandigheden.

De onderzochte bepalingen in de Wmb dienen ter beperking van het bereik van een verbodsbepaling in het kader van andere en nader vastgestelde wet- en regelgeving. In sommige gevallen is er sprake van proceduralisering (zie bijvoorbeeld art. 10.37, tweede lid, sub b Wmb) in een enkel geval is er sprake van een beperking van het bereik van de verbodsbepaling omdat de situatie in dergelijke gevallen niet strafwaardig genoeg werd geacht (art. 10.30, tweede lid, Wmb). De behandelde bepalingen staan niet op zichzelf, maar maken veelal onderdeel uit van een groter geheel in het kader van integrale beleidsvoering en het voldoen aan internationale verplichtingen.<sup>734</sup> Wat dat betreft zijn de bijzondere strafuitsluitingsgronden in de Wmb een goed voorbeeld van het gegeven dat geïntegreerde beleidsvoering tot geïntegreerde en uitgebreide wettelijke regelingen leidt. In de parlementaire

<sup>733</sup> Vgl. wederom art. 2.9 Bouwbesluit betreffende de tijdsduur van de brandwerendheid met betrekking tot bezwijken in minuten naar de verschillende functies die een gebouw kan hebben.

<sup>734</sup> Hierbij kan gedacht worden aan EU-richtlijnen betreffende veiligheidsvoorschriften voor de bouw.

behandeling van de artikelen is veelal de technische uitleg en de motivering daarvoor in het licht van andere wet- en regelgeving te vinden. De bestanddelen van de bijzondere strafuitsluitingsgronden zijn in de Wmb min of meer gesloten omschreven vanwege de verwijzingen naar andere wet- en regelgeving en relevante vergunnings- en ontheffingsvoorwaarden en ontheffingsvoorschriften, welke op hun beurt eveneens min of meer gesloten zijn omschreven. De in het strafrechtelijk deel beschreven proceduralisering van rechtsgoederenbescherming blijkt in de bestuursrechtelijke wetgevingstechniek betreffende de bijzondere strafuitsluitingsgrond eerder regel dan uitzondering.

De wijze waarop de equivalente en functioneel equivalente bepalingen vorm wordt gegeven is verschillend. Er kan in het bestuursrecht sprake zijn van een vergunningsstelsel, een ontheffingsstelsel als functioneel equivalente bepalingen ten opzichte van de bijzondere strafuitsluitingsgrond of een bijzondere strafuitsluitingsgrond *an sich*. De groep equivalente bepalingen is groter dan de bepalingen betreffende vergunningen en ontheffingen. Deze bepalingen dienen door de rechtstoepasser te worden nageleefd en daarom in acht te worden genomen bij beslissingen omtrent bijvoorbeeld handhaving, het formuleren van vergunningsvoorwaarden of ontheffingsvoorwaarden.

Zowel de beschreven equivalente als de beschreven functioneel equivalente bepalingen kunnen niet worden gecategoriseerd op dezelfde manier als in het strafrechtelijk deel. Terwijl in het strafrecht de wet een zekere mate van bestendigheid kent, is de bestuursrechtelijke wet- en regelgeving meer tijdsgebonden en derhalve flexibeler van aard en structuur, zeker indien in de bepaling een rol is weggelegd voor nader vastgestelde wet- en regelgeving, zoals bijvoorbeeld een algemene maatregel van bestuur. Anders gezegd: juist omdat het bestuur moet (kunnen) besturen, is de mate van flexibiliteit in de wet- en regelgeving groter. Bestuursrecht bepaalt hoe het wél moet, wat veel meer voorschriften vergt dan in het strafrecht. Een (functioneel) equivalente bepaling kan een specifieke of algemene technische norm, kwaliteitseisen of metingen bevatten of kan een verwijzing bevatten naar nader vastgestelde of nader vast te stellen wet- en regelgeving. De parlementaire geschiedenis van de beschreven artikelen biedt weinig meer inzicht dan de plaats van de bepaling in de technisch-juridische constructie van een groter geheel.

Er liggen verschillende overwegingen ten grondslag aan de beschreven bepalingen. De niet-strafbaarheid van de overtreding wegens een verandering van inzicht omtrent de strafwaardigheid van een strafbaar feit, de belangrijkste grondslag van een bijzondere strafuitsluitingsgrond in het commune strafrecht, komt in dit type wetgeving niet voor. De motivering achter de

bepalingen is veelal gelegen in de wens om een bepaald beleidsterrein dusdanig te reguleren dat deze regulering in overeenstemming is met internationale verplichtingen en om deze regulering recht te laten doen aan de in dat beleidsterrein levende inzichten (het *state of the art*-argument). De bijzondere strafuitsluitingsgrond of de functioneel equivalente bepaling behoort derhave tot een onderdeel waarvoor specifieke vereisten gelden. Deze vereisten kunnen als technische of andere vereisten opgenomen zijn in vergunnings- of ontheffingsvoorwaarden of kunnen procedurele of technische vereisten in de bepaling zijn. Toegespitst op het legaliteitsbeginsel kan het volgende gesteld worden. In de uitwerking en doorwerking van het handhavingssysteem van het bestuursrecht geldt dat het zowel praktisch als normatief niet problematisch hoeft te zijn, nu de relevante normen duidelijk vastliggen en relatief makkelijk te controleren zijn.

Om de uitzonderingsbepalingen te kunnen duiden is aansluiting gezocht bij enkele inzichten die het strafrechtelijk deel van dit onderzoek heeft opgeleverd. De redenen om dit zo te doen waren gelegen in overwegingen met betrekking tot het legaliteitsbeginsel, rechtshandhaving en de daaruit voortvloeiende wenselijkheid van eenduidigheid van terminologie. Ook de uitzonderingsbepalingen worden als kwalificatie-uitsluitingsgrond benoemd. De kwalificatie-uitsluitingsgrond heeft immers een definiërende werking ten aanzien van de reikwijdte van de strafwet of een bestuursrechtelijke verplichting, een ontheffing, een vergunning of een verbod. Daarom sluit de term aan bij de geconstateerde functies van de bestuursrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond en de functioneel equivalente bepaling. Het kan echter ook omgekeerd worden. Indien deze beschrijving van de functie van de uitzondering in het bestuursrecht gevolgd wordt, zou men evenwel kunnen zeggen dat de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond op één lijn te stellen is met de bestuursrechtelijke, nu de functies van de bepalingen hetzelfde blijken. De bestuursrechtelijke equivalente of functioneel equivalente bepaling betreft uitzonderingen op de regel die gebaseerd zijn op beleidsmatige inzichten, de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond betreft uitzonderingen op de regel die gebaseerd zijn op inzichten omtrent strafwaardig gedrag. Op zichzelf is dit geen tegenstelling. In beide gevallen betreft het de inzichten van de overheid omtrent wat rechtens juist is. De uitwerking in het bestuursrecht is echter anders dan in het strafrecht, vanwege het verschil tussen deze twee rechtsgebieden.

Een uitzonderingsbepaling structureert een norm door feiten en omstandigheden aan te geven waardoor die norm niet van toepassing is en tegelijkertijd aan te geven wat de norm is voor de in de uitzonderingsbepalingen gegeven situatie. Zo wordt tegelijkertijd duidelijk gemaakt wat wanneer geldt en wordt besturen mogelijk gemaakt. In deze gevallen wordt er eveneens een uitspraak gedaan omtrent wederrechtelijkheidbeperking. Het norme-

rende aspect van het artikellid ten opzichte van de rechtstoepasser en de door hem te hanteren bevoegdheden blijkt ook in het bestuursrecht.

Voor wat het bestuursrecht betreft is voor de duiding van de uitzonderingsbepalingen eveneens aansluiting gezocht bij de beginselen van behoorlijk bestuur. De beginselen van behoorlijk bestuur normeren het handhavingssysteem van het bestuursrecht en zijn op te vatten als rechtmatigheidseisen, behoorlijkheidseisen en toetsingsnormen. De uitzonderingsbepalingen zijn onderdeel van het handhavingssysteem en dienen daarom in ogenschouw te worden genomen bij controle, toezicht en het voorbereiden van een besluit. Het volgt uit het systeem van het bestuursrecht dat indien er in de handhaving van de bepalingen tekortkomingen worden geconstateerd, dit consequenties kan hebben, indien de rechter constateert dat een andere rechtstoepasser tekort geschoten is in zijn verplichting tot handhaving van de uitzonderingsbepaling. Het probleem blijft echter dat ook al wordt besturen mogelijk gemaakt, de vergelijking met het strafrecht niet onproblematisch is. Straffen is eveneens publiekrechtelijke rechtshandhaving, maar is eveneens een ander soort handelen, gelegitimeerd met een andere dogmatiek en stelt daarom andere eisen aan de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De concretisering van het legaliteitsbeginsel in beide rechtsterreinen lijkt verschillend. Hier wordt in de volgende paragraaf op terug gekomen.

#### **7.4. De bijzondere strafuitsluitingsgrond: overzicht en onderzoeksresultaten**

In de techniek van regel en uitzondering kent de bijzondere strafuitsluitingsgrond verschillende vormen. In het strafrecht blijken er drie vormen te onderscheiden, in het bestuursrecht meerdere vormen die vanwege de variëteit van formuleringen (ondanks ‘vergunning’ en ‘ontheffing’) niet in varianten bijeen te brengen zijn. Het verschil tussen deze wetgevingstechnieken kan wellicht alleen verklaard worden als men verwijst naar de aard van het bestuursrecht, waar besturen voorop staat en de opgestelde en op te stellen wet- en regelgeving moeilijker uniform te maken lijken dan in het strafrecht. De aard van de wijze van normstelling in het bestuursrecht is anders: technische details en procedures worden in bestuursrechtelijke wet- en regelgeving in de bepaling opgenomen. In het strafrecht ontbreken deze of wordt er verwezen naar bijzonderer wetgeving, hetgeen dan neerkomt op proceduralisering van rechtsgoederenbescherming.

Verbods- of gebodsbepalingen in een wet in formele zin of een bepaling van een lagere wetgever kunnen nader ingeperkt worden ten gunste van een beperkte kring van normadressanten, ten aanzien van bepaalde handelingen, ten aanzien van verschillende situaties, en door middel van het vol-

doen aan voorwaarden of regels zoals deze in het bestuursrecht bij een ont-heffing of een vergunning (kunnen) worden gesteld of voorwaarden zoals deze bestaan indien er sprake is van proceduralisering van rechtsgoederen-bescherming. Indien voor één van deze vormen wordt gekozen, wordt daarmee de mate van bescherming van het rechtsgoed dat de bepaling be-oogt te beschermen, nader gedefinieerd. De wetgever geeft hiermee de grenzen van de wet aan waar hij dat nodig acht in gevallen die anders bin-nen de strafbare handeling of de ongewenste gedraging zouden kunnen val-len. Het bereik van de gepositieerde norm wordt hiermee vastgesteld en is, zoals altijd met wetgeving het geval is, te zien als de resultante van een po-litieke discussie, veelal gebaseerd op maatschappelijke ontwikkelingen. Eveneens is deze resultante te zien als de binding van de rechtstoepasser (opsporingsautoriteiten, bestuursorgaan) aan het politieke compromis. Dit politieke compromis wordt door de rechtstoepasser in de praktijk toegepast. Dit kan via de handhaving van de bepalingen zoals deze door de formele wetgever zijn vastgesteld, of door het vaststellen van bijzondere strafuit-sluitingsgronden, functioneel equivalente en equivalente bepalingen door de lagere wetgever in, bijvoorbeeld, een APV. Ook kan gewezen worden op internationale verplichtingen en EU-verplichtingen. Het hangt van de EU-verplichting of het verdrag in casu (in verband met eventuele voorbe-houden) af of Nederland een bijzondere strafuitsluitingsgrond mag of moet opnemen.<sup>735</sup>

Er lijkt voor de wetgever geen principiële overweging te zijn om voor een bepaalde formulering te kiezen, noch in het strafrecht, nog in het bestuursrecht. Het verschil tussen de strafrechtelijke varianten en de be-stuursrechtelijke equivalente en functioneel equivalente bepalingen is een praktische: in het strafrecht is het (kennelijk) makkelijker om een en ander min of meer te standaardiseren, gezien de taak en functie van het strafrecht (gekanaliseerde leedtoevoeging), waar de aard en functie van het bestuurs-recht (besturen), met zich meebrengt dat het bestuur besluiten moet maken met betrekking tot een variëteit van situaties en daartoe nadere regelgeving op kan of moet stellen. Nu is het wel zo dat de bepalingen in het strafrecht geïnterpreteerd worden en ook een bepaalde invulling krijgen, maar de ma-te van vrijheid van interpretatie is voor de rechtstoepasser in het strafrecht, behoudens gesloten bestanddelen of proceduralisering van rechtsgoederen-bescherming, groter dan de vrijheid van de rechtstoepasser in het bestuurs-recht. De bestanddelen in het strafrecht die de interpretatie mogelijk maken zijn behoudens enkele uitzonderingen in het algemeen opener geformuleerd dan in het bestuursrecht.

<sup>735</sup> Vgl. de bijzondere strafuitsluitingsgrond betreffende registratie van nachtverblijf (art. 438, derde lid, Sr) en de uit wetsvoorstel 29 291 geschrapte bijzondere strafuitsluitingsgrond met betrekking tot humanitaire hulpverlening bij mensensmokkel als voorbeeld van een bijzon-dere strafuitsluitingsgrond op basis van een voorbehoud dat Nederland ten aanzien van een verdrag heft gemaakt.

Wat de taak van de rechtstoepasser met betrekking tot de bepalingen betreft het volgende. Het is zijn taak om bij beslissingen omtrent de norm de toepasselijkheid van de beperking van de norm te onderzoeken en/of, afhankelijk van de formulering van de beperking van de norm en zijn interpretatie van de gedraging of de situatie, nader te definiëren. Dit voorzover de formulering van de bepaling daartoe de ruimte biedt. Zoals gezegd, is deze ruimte in het strafrecht in het algemeen groter dan in het bestuursrecht, behoudens bepaalde gevallen van proceduralisering van rechtsgoederenbescherming.

Met de woordelijke formulering van de bijzondere strafuitsluitingsgrond (open of gesloten bestanddelen) komen we op het legaliteitsbeginsel. De wetgever is uit hoofde van de uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende eis van rechtszekerheid verplicht strafbaar gedrag zo duidelijk mogelijk te omschrijven. Het is de vraag of dat ook geldt voor de omstandigheden in een bepaling op basis waarvan niet-strafbaarheid aangenomen kan worden.

De vraag luidt derhalve: is het bezwaarlijk om een oordeel omtrent strafbaarheid af te laten hangen van vage bestanddelen in een bijzondere strafuitsluitingsgrond of dogmatische concepten als subsocialiteit of (ontbreken van de) materiële wederrechtelijkheid? In het voorgaande is meermaals gesteld dat dat niet het geval hoeft te zijn, nu de bijzondere strafuitsluitingsgrond als kwalificatie-uitsluitingsgrond ten gunste van de verdachte functioneert. De rechter zal het afwijzen van een beroep op een bijzondere strafuitsluitingsgrond dan ook goed moeten motiveren, met name in het geval van de open geformuleerde bestanddelen. De wetgever bevindt zich als het ware in een spagaat tussen enerzijds de Scylla van de rechtszekerheid en anderzijds de Charybdis van de bestendigheid van het wetboek. Dat laatste is ook een uitvloeisel van rechtszekerheid: de wetgever dient de formulering van de bepalingen in het wetboek dusdanig vorm te geven dat deze niet telkens veranderd hoeven te worden, maar die de test van de praktijk kunnen doorstaan via een formulering die zoveel mogelijk rekening houdt met de werkelijkheid en de verschillende wijzen waarop de werkelijkheid zich kan manifesteren. In dat licht is het te billijken dat er een bepaalde mate van onzekerheid omtrent de concrete aard en strekking van de formulering van een (onderdeel van een) bijzondere strafuitsluitingsgrond bestaat. De rechtstoepasser (met name de rechter) kan aan een eventueel bezwaar hieromtrent tegemoetkomen door middel van zijn motivering naar aanleiding van een verweer of een ambtshalve oordeel met betrekking tot de al dan niet toepasselijkheid van een bijzondere strafuitsluitingsgrond.

## *Aanbeveling*

Op basis van deze studie ben ik van mening dat er een bewuste keus dient te worden gemaakt voor één van de verschillende formuleringen van de strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgrond en de equivalente bepaling in het bestuursrecht. De volgende argumenten voor een dergelijke uniforme formulering van de bepaling kunnen hier worden genoemd. In de eerste plaats wordt via een uniforme formulering duidelijk op wie de bepaling van toepassing is. Eerder is aangetoond dat de bepaling voor een individuele burger geldt en een punt van overweging is voor de rechtstoepasser in beslissingen met betrekking tot opsporing, vervolging en in het beslissingsmodel van de artikelen 348/350 Sv. Er zijn derhalve twee niveaus waarop de bijzondere strafuitsluitingsgrond zich beweegt: een gedragsniveau (de justitiabele die zijn handelen op basis van de wet kan afstemmen) en een beoordelingsniveau (de rechtstoepasser die beziet of de bepaling op deze justitiabele in deze feiten en omstandigheden van toepassing is). De formulering dient derhalve een bepaalde individualisering te kennen. Daarnaast moet de formulering duidelijke informatie verschaffen over de consequenties van de gedraging indien de bestanddelen van de gedraging vervuld zijn. Op deze manier kan de justitiabele - of zijn raadsman - zien welke verweren hij kan voeren en wat de consequenties van die verweren (kunnen) zijn als ze aangenomen worden door een rechtstoepasser. Dit geldt niet of in mindere mate voor functioneel equivalente bepalingen. Dit soort bepalingen heeft veelal een technischer of specifiek karakter (waarmee niet gezegd is dat de equivalente bepalingen geen specifiek karakter hebben). In voorkomende gevallen lijkt het voor de leesbaarheid van de wet en de kenbaarheid van de normen makkelijker om voor een functioneel equivalente bepaling te kiezen in plaats van voor een equivalente bepaling. Lijkt, omdat de onderzochte stukken geen informatie gaven omtrent de reden om voor een functioneel equivalente bepaling te kiezen.

Op basis van deze redenen zou er door de wetgever gekozen kunnen worden tussen de formulering van de strafbaarheidsvariant ('Niet strafbaar is hij die (...)') en die van de toepassingsvariant ('Het eerste lid is niet van toepassing op...'). In deze formulering komt het individuele karakter van de bepaling naar boven en verkrijgt de justitiabele informatie omtrent de consequenties van de toepasselijkheid van de bepaling. Wat het doel van de bijzondere strafuitsluitingsgrond betreft is het enige verschil tussen de strafbaarheidsvariant en de toepassingsvariant een kwestie van synoniemen, nu er geen principieel verschil tussen de verschillende formuleringen lijkt te liggen. De strafbaarheidsvariant maakt de verdachte duidelijk dat deze niet strafbaar is indien er voldaan is aan de verschillende bestanddelen van de relevante bepaling. De toepassingsvariant maakt de verdachte duidelijk dat de strafbepaling niet op hem zal worden toegepast indien er vol-

daan is aan de verschillende bestanddelen van de bepaling in casu. Per saldo is er geen verschil aan te wijzen, de consequenties zijn hetzelfde, namelijk niet-strafbaarheid omdat het bewezenverklaarde feit niet kan worden gekwalificeerd. De restvariant valt af, omdat de diversiteit van de formuleringen onzekerheid omtrent de functie van de bepaling kan veroorzaken.

Een ander punt ten faveure van de keuze voor één van de varianten is, dat het de wetgever kennelijk niet uitmaakt welke formulering er wordt gebruikt, als het uiteindelijke doel, de niet-strafbaarheid van de desbetreffende gedraging, maar wordt bereikt. Het lijkt een beetje op problemen zoeken die er niet zijn, maar het betreft hier een principiële keus, gebaseerd op overwegingen met betrekking tot uniformiteit en duidelijkheid van wetgeving als uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel.

### *Alternatieven?*

Zijn er alternatieven voor de door mij bepleite oplossing? Er zijn twee alternatieven. Gelet op de functie en strekking van de bijzondere strafuitsluitingsgrond zou een alternatief zich moeten richten op beperking van de werking van een delictsomschrijving. Beide hieronder te behandelen alternatieven voldoen aan deze eis. Het eerste alternatief is het door de wetgever invoegen van de bijzondere strafuitsluitingsgrond als een bestanddeel van de delictsomschrijving. Het probleem is dan dat een delictsomschrijving moeilijk leesbaar wordt en dat de rechter bij het *bewijzen* telkens aandacht zou moeten besteden aan deze bestanddelen in die zin dat hun afwezigheid bewezen zou moeten worden. De uitzonderlijke omstandigheid wordt dan deel van de regel en kan voor bewijsproblemen gaan zorgen, omdat de afwezigheid van die omstandigheden bewezen zal moeten worden. Indien een term als ‘algemeen belang’ of ‘goede trouw’ in een delictsomschrijving komt te staan, kan in voorkomende gevallen de bewijslast onevenredig zwaar worden. Het aantonen dat er wel of geen goede trouw aanwezig is of dat er in casu wel of niet in het algemeen belang is gehandeld terwijl deze termen slechts om een bepaalde reden in de delictsomschrijving zijn opgenomen kan de handhaving van een bepaling bemoeilijken voor de gevallen waar de termen niet op zouden slaan.

Het tweede, naar mijn mening sterkere, alternatief is het door de wetgever aannemen van de leer van de facet-wederrechtelijkheid. Indien er een bijzondere wet bestaat, zou de wetgever kunnen volstaan met het opnemen van het woord ‘wederrechtelijk’ in een delictsomschrijving. Indien voldaan is aan de verschillende vereisten die de bijzondere wet stelt, zou de rechtstoepasser kunnen concluderen dat de handeling niet wederrechtelijk is geweest. Het woord ‘wederrechtelijk’ kan eveneens ingevuld worden via de inzichten die de jurisprudentie biedt ten aanzien van niet-strafbaarheid



van bepaalde gedragingen. De rechter die voorwaarden en omstandigheden formuleert op basis waarvan het bereik van een delictsomschrijving wordt ingeperkt, bepaalt daarmee wat wederrechtelijk is en wat niet wederrechtelijk is. Indien de wetgever de theorie van de structuur van het strafbare feit volgt en combineert met de eerder besproken leer van de facetwederrechtelijkheid, hoeft het woord wederrechtelijk niet eens in de delictsomschrijving opgenomen te worden omdat een beroep op jurisprudentiële inzichten met betrekking tot de straffeloosheid van een gedraging opgevat kan worden als een kwalificatieverweer.

In het derde hoofdstuk van dit onderzoek is aangetoond dat een aantal bijzondere strafuitsluitingsgronden haar wortels vindt in de jurisprudentie. De bestanddelen van deze bepalingen zouden dan moeten worden meegewogen bij een oordeel omtrent de wederrechtelijkheid als *element* in de structuur van een strafbaar feit. Op basis van de leer van de facetwederrechtelijkheid kan een beroep op feiten en omstandigheden die de werking van een delictsomschrijving beperken worden opgevat als een bewijs- (indien wederrechtelijkheid bestanddeel is) dan wel een kwalificatieverweer (indien wederrechtelijkheid als element ingevuld wordt). Dit tweede alternatief is sterker dan het eerste omdat de delictsomschrijving leesbaarder blijft. De wetgever blijft in dit stelsel aan de kant staan, behalve in gevallen waar een bijzondere wet nodig is (in de gevallen van proceduralisering van rechtsgoederenbescherming). Aan de andere kant wordt er, indien dit tweede alternatief aanvaard wordt, voorbijgegaan aan de rol die de bijzondere strafuitsluitingsgrond heeft in het opsporings- en vervolgingsbeleid en duidelijkheid omtrent het bereik van de strafwet, zoals art. 1 Sr. vereist. Uit de inventarisatie van de verschillende strafrechtelijke bijzondere strafuitsluitingsgronden is gebleken dat overwegingen met betrekking tot legalisering van de rechtspraak<sup>736</sup> en de kenbaarheid daarvan en de mogelijkheid een opsporings- en vervolgingsbeleid te voeren een grote rol spelen bij de overweging om een bijzondere strafuitsluitingsgrond in het Wetboek van Strafrecht op te nemen. Dat standpunt wordt dan verlaten, nu er meer op de interpretatieve arbeid van de rechter wordt vertrouwd. De vraag is echter of het wenselijk is dat de wetgever zich achter een dogmatisch inzicht als de structuur van het strafbare feit in combinatie met facet-wederrechtelijkheid schaaft. Het antwoord op deze vraag is te vinden in een oordeel omtrent de meerwaarde van de bijzondere strafuitsluitingsgrond.

De meerwaarde van een expliciete bepaling ten opzichte van het opnemen van een enkel woord in een delictsomschrijving, of de term de status van element te geven in de structuur van een strafbaar feit is gelegen in de volgende punten. In de eerste plaats de kenbaarheid van de wet. De justitiabele

<sup>736</sup> Dat wil zeggen: de jurisprudentie codificeren door het opnemen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond.

die zich geconfronteerd ziet met de beschuldiging van schending van een delictomschrijving kan, indien een bijzondere strafuitsluitingsgrond in het relevante artikel is opgenomen, feiten en omstandigheden aanvoeren op basis waarvan aangenomen kan worden dat de delictomschrijving niet ziet op de door hem verrichte gedraging. Dit, omdat de voorwaarden en omstandigheden die strafbaarheid in de weg kunnen staan relatief eenvoudig op te zoeken zijn. Nu is het wel zo dat ook de (bestanddelen van) deze bepalingen ook jurisprudentieel ingevuld wordt, maar dan nog is het ten minste een vingerwijzing naar een verweer. Dit geldt ook voor de ambtshalve toepassing van de bijzondere strafuitsluitingsgrond door de rechtstoepasser, wat het tweede punt van de meerwaarde is van de bijzondere strafuitsluitingsgrond. De interpretatieve arbeid van de rechtstoepasser wordt door de bijzondere strafuitsluitingsgrond gereguleerd. De rechtstoepasser heeft in zijn beslissingen rekening te houden met de wet, ook al is die het resultaat van een politiek compromis, en de manier waarop de wet vormgegeven is.

## **7.5. Afronding**

In het bovenstaande zijn de verschillende inzichten van de voorgaande hoofdstukken samengevat en op elkaar betrokken. De eigen aard van het strafrecht en de eigen aard van het bestuursrecht zullen naar mijn mening ervoor zorgen dat er voor dezelfde soort bepalingen verschillende formuleringen zullen worden gehanteerd. Het is echter niet onmogelijk om tot een zekere standaardisering te komen. Met name in het strafrecht kan een duidelijke keuze tussen de toepassingsvariant of de strafbaarheidsvariant duidelijkheid omtrent de bepaling geven.

Is de bijzondere strafuitsluitingsgrond een rustig bezit van het strafrecht? In het strafrecht betreft het slechts enkele bepalingen, in het bestuursrecht wordt er meer gebruik van gemaakt via de equivalente en functioneel equivalente bepalingen. De bijzondere strafuitsluitingsgrond is voorafgegaan aan de algemene strafuitsluitingsgrond. De introductie van algemene strafuitsluitingsgronden heeft de bijzondere strafuitsluitingsgrond zoals hier gedefinieerd en onderzocht evenwel niet overbodig gemaakt, integendeel zelfs. De bijzondere strafuitsluitingsgrond kan op twee manieren bijdragen aan de rechtsbescherming van de justitiabele. In de eerste plaats bestaat er duidelijkheid omtrent de reikwijdte van de delictomschrijving. Ten tweede behoeft op deze manier algemene strafuitsluitingsgronden in de rechtspraak of de jurisprudentie niet opgerecht te worden om handelen dat als maatschappelijk verantwoord wordt gezien onder de werking van een algemene strafuitsluitingsgrond te brengen, zoals dat bij de euthanasiejurisprudentie is gebeurd. Wat dat betreft mag enige alertheid van de wetgever omtrent de jurisprudentie inzake kwalificatieverweren en beroepen op strafuitslui-

tingsgronden verwacht worden, omdat zij de referentiepunten voor de wenselijkheid om een bijzondere strafuitsluitingsgrond in het Wetboek van Strafrecht of een bijzondere wet op te nemen vormen. De jurisprudentie met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting in verband met de discriminatiebepalingen van de artikelen 137c-d is daar een goed voorbeeld van. Daarnaast kunnen voortschrijdende integratieprocessen, bijvoorbeeld in het kader van de Europese Unie, en (gemaakte voorbehouden bij) verdragen redenen zijn om een bijzondere strafuitsluitingsgrond op te nemen. Op deze manier kan enerzijds tegemoet gekomen worden aan een eventuele wens om specifieke Nederlandse inzichten met betrekking tot het te regelen onderwerp te behouden, anderzijds kunnen andere politieke wensen worden gerealiseerd. Bovendien zal in toenemende mate complexe wetgeving eerder om nuanceringen en derhalve ook om bijzondere strafuitsluitingsgronden vragen.

Resumerend: in de techniek van regel en uitzondering is de bijzondere strafuitsluitingsgrond een wetstechnische mogelijkheid waarmee recht gedaan kan worden aan maatschappelijke opvattingen. Zoals eerder in dit onderzoek gezegd, is dit een proces, waarbij de wetgever zich telkens dient af te vragen of een strafbepaling of een bijzondere strafuitsluitingsgrond voldoende bij de tijd is of dat het gewenst is een bijzondere strafuitsluitingsgrond aan te brengen of te wijzigen. De bijzondere strafuitsluitingsgrond hoeft derhalve geen rustig bezit te zijn. Enkele woorden uit het eerste hoofdstuk kunnen daarom hier herhaald worden: ‘The life of the law has not been logic, it has been experience.’



## ***SUMMARY***

### **Introduction**

This book is a study on specific legislative grounds for justification and excuse in Dutch criminal law. The study concerns a form of the technique of rule and exception. In Dutch criminal law, there are general and specific grounds for justification and excuse. The general grounds are to be taken into consideration on all criminal acts, whereas the specific grounds can be applied only to a single criminal act or similiar criminal acts. Hence the definition of the specific legislative ground in the first chapter of this study: ‘Specific legislative grounds for justification and excuse are paragraphs of an article or articles containing a criminal act, in the Second Book of the Dutch Penal Code, paragraphs which, according to the way in which they are defined, have the purpose that a suspect won’t be punished or is not punishable’. The purpose of this dissertation is to determine the formal and material position of specific legislative grounds for justification and excuse. An example of such a ground is article 296, 5<sup>th</sup> paragraph of the Dutch Penal Code:

Article 296:

*‘1. The person who gives treatment on a woman while knowing or reasonably has to expect that because of that act a pregnancy will be terminated, will be punished(..)*

*(..)*

*5. The fact mentioned in the first subdivision is not punishable if the treatment was fulfilled by a doctor in a hospital of clinique where such an act according the Law on abortion is allowed to be done.’*

In this study, the material and formal position of the specific legislative grounds for justification and excuse was constructed by research of theory, jurisprudence and the theory of criminal law. The position emerging from this research is a construction.

### **I Types and formulation of specific legislative grounds for justification and excuse**

There are various types of specific legal grounds of justification and excuse. In this research, those types have been categorised and the history of the various parts of the types was described. In this book, there is a lot of attention to the history of the various specific grounds for justification and excuse. The purpose of this historical research was to find the reasons why the ground in question was brought into the Dutch Penal Code and what the legislator meant to say with the words he used. This information was nec-

essary to determine the formal and material position of the specific legislative grounds for justification and excuse (hereafter: the grounds or the ground).

The research of the parliamentary history of the grounds brought several insights. As far as the formulation or the various words of the grounds is concerned, there is little information in the parliamentary history of the grounds. The rules for defining and making laws, known as the ‘Aanwijzingen voor de regelgeving’ are not providing any information on this subject. This might lead to the conclusion that the Dutch legislator has no single technique or system concerning the formulation of the grounds. In the history of the specific grounds, the discussion in parliament tends to focus on the meaning and scope of the grounds and the place of the grounds in the system of the proposed law(s), rather than its formulation as such. It is also not clear to whom the grounds are addressed. The papers of the legislative procedure lack sufficient information to be able to say something in general. It is very rare that the public prosecution or judges are mentioned as the persons having to uphold the law.

The grounds provide the legislator a tool to implement some kind of criminal law-policy. A specific ground, which defines the scope of a criminal act, can be seen as a way of decriminalization. Each criminal act, the legal definition of an act as a criminal act, is the legal definition of a societal rule or standard, a code of conduct. The definition of the scope of a criminal act is a product of the time in which the standard has certain content. This content might change in time, due to changes in society or insights on which the criminal act is based. Sometimes, the legislator sees the changing of the standard and reacts on it by redefining the scope or limit of the criminal act. In the Dutch Penal Code from 1886, several grounds were formulated. As time proceeds, other grounds were added. The legislator is hereby striving to keep the law in touch with societal standards by defining or redefining the scope of the criminal act. It can be seen as a reaction of changes in opinion concerning certain discussions in society, for example discussions on euthanasia, abortion, surrogate motherhood, etcetera. This redefining can be called codification. The legislative reaction on changes in society is not the only consideration a legislator can use for adding a ground to a criminal act. Sometimes, obligations deriving from treaties or international agreements oblige the legislator to redefine the scope of a criminal act as well. When an act which is said to be criminal occurs, two things might happen. The suspect of that criminal act might make pleads and ask for the application of the ground. The judge or the public prosecution can react on such a plead. Secondly, the public prosecution or the judge are obliged to apply the ground if they have reasons to believe the various parts of the grounds emerged in the case, even in the circumstance

the suspect doesn't ask for the ground to be applied. The judge has to make a research the various components of the ground and decide whether the ground is applicable on the case or not in both circumstances. The judge is able to make decisions while interpreting the various components and the ground as a whole. On the one hand he can take a closer look at the context of the act which is said to be criminal and see whether the grounds are applicable or not. In this case, the judge will make a valuation of the act and uses the specific parts of the ground as a tool for his judgement on the applicability of the ground. On the other hand, the judge might take a closer look at the reasons the suspect had for doing this (proven) act and make a conclusion concerning the applicability of the ground. Whether it is one way or the other depends on the formulation of the ground which might be applicable.

It is concluded that the grounds redefine the scope or define the limits of the criminal act. The circumstances defined in the various grounds have a different nature. Some of them are open formulated, whereas others have a more strict formulation. Sometimes, the motive for the act is also important for a decision concerning the applicability of the ground. Open components of various grounds refer to notions like 'common good', 'common interest' or good faith. Other components refer, more strictly, to other laws and regulations. In this case, the notion of 'proceduralisation' is developed. I'll come back on that one later.

The freedom of the judge concerning interpretation of the words of the ground is narrower as the formulation is more strict. A ground which has more open components provides the judge more freedom of interpretation. However, the judge is, according to the wish of the legislator and jurisprudence, not completely free in his judgement while researching the scope and the contents of the ground. The obligation is defined that the fulfillment of the various components of the ground in question will be in a more or less objective way. The judge has the obligation to use objective criteria to come to a decision on subjective components of the ground, if there are any of them. Several grounds contain components pointing to the subjective state of mind of someone: this subjective judgement has to be interpreted in an objective way. Basically, it comes to answer the following question: 'Would anyone in that situation would have done the same thing?'. It seems this obligation makes sure that the judge has to decide with reference to the fiction of 'the reasonable person'. What this 'reasonable person' in fact *is*, depends on the demands and standards of society within a given time.

## **II Positions of the specific legislative grounds for justification and excuse**

In the theory of Dutch criminal law, there is the concept concerning the structure of the criminal act. This contains the definition of the criminal act: a criminal act is a human act, on which a criminal law can be applied, the act must be against the law or conducted without permission ('wederrechtelijk'), and the act must be based on a concept of guilt. The theory follows the law of the judicial decision-scheme in article 350 of the Dutch Book of Criminal Procedure. This article states that the judge has to answer four questions in a given sequence. The first question concerns whether the act can be proven or not. The second question is a matter of qualification: is the proven act a criminal act, an act defined in criminal law, or not? The third question in this schedule concerns the several grounds for justification and excuse and the fourth question relates to the question whether someone will be punished (or not) and what the punishment will be. The formal position of the subject of this study has to be defined so, that it fits into the questions of this schedule. There are two options for that: the second question (concerning qualification) or the third question (concerning grounds for justification and excuse).

The determination of formal position of the grounds has been a consequence of the definition of the material position. For the determination of the material position of the grounds, two theories have been used. The first one is the theory of sub-sociality ('subsocialeit'), the second one is in Dutch criminal law theory defined as 'ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid'. Both concepts have in common that they are developed to bring the law in accordance with opinions and feeling about the law as they exist in society. They are used in the practice of law, but seldom accepted by judges. However, this does not mean that the concepts don't have any value as such. Both concepts provide the insight that sometimes the legislator and/or the judge are, in a way, obliged to react on values as they live in society. If a criminal act is defined to be able to protect certain values of society judicially, sometimes the scope and the limits of that criminal act have to be defined as well, since they are unclear. The scope and the limit of the criminal act sometimes might change in the course of time as well. As it is written before, sometimes the legislator sees reasons to redefine the scope and limits of a criminal act because of those reasons. By doing this, the legislator is connecting the criminal act with changed opinions on the scope and limits of that criminal act. But, as is mentioned before, the legislator is also willingly to put a limit on the scope of the criminal act before changes in opinion on that act occur. This happens if the legislator is obliged to do so because of international obligations. A second reason to do so is when the legislator thinks about putting a limit on criminal responsi-



bility when the criminal law as such is defined during the political process. The result of all this is the same: an act which falls into the ‘bijzondere strafuitsluitingsgrond’, the specific legislative ground for justification and excuse, is to be seen as an act which does not violate any legal norm or does not harm any ‘rechtsgoed’ or norm protected by law. This does not necessarily mean the judge or the public prosecution has to follow the law blindly. As is stated above, the ‘bijzondere strafuitsluitingsgrond’ is defined in various ways: open or closed. If there is difference of opinion about the interpretation of a certain part (bestanddeel) of the criminal act, the public prosecution might as the judge for an ordeal on the interpretation. The concepts of subsociality and ‘ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid’ provide the insight that the legislator as well as the rechtstoepasser (i.e. public prosecution and judges) have certain obligations to keep the law in accordance with changes in society, hereby defining scope and limits of criminal acts. Both subsociality, as defined bij Vrij, and ‘ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid’ concern concepts on the connection between the law as a standard and changes in that standard by changes in society and, therefore, changes in the reason why a certain act is a criminal act or not. The concepts concern the definition of the scope and limit of a criminal act. The legislator by making laws containing grounds, the ‘rechtstoepasser’ by keeping the law in accordance with the societal morals in a given time by interpretation and application of interpretations. Therefore, there are two elements in the grounds. On the one hand, the grounds are the limitation of the freedom of the ‘rechtstoepasser’ concerning the possibilities of the applications of procedural competences in criminal law or the use of punishment as an instrument. On the other hand, the grounds can be seen as a tool to narrow the scope and the limits of criminal acts, which is done by defining the ‘wederrechtelijkheid’ in the criminal act. The material position of the grounds is found by stating this.

Now the material position is found, it is possible to find the formal position of the grounds. As is stated before, the formal position of the grounds refer to the position of the ground in the judicial decision-schedule of article 350 of the Dutch Book of Criminal Procedure. To refresh the memory: this article states that the judge has to answer four questions in a given sequence. The first question concerns whether the act can be proved or not. The second question is a matter of qualification: the judge brings the proven act under a written criminal act by asking himself: ‘Is the proven act a criminal act, an act defined in criminal law, or not?’ The third question concerns the several general grounds for justification and excuse (noodweer, psychische overmacht, etcetera). The fourth question relates to the question whether someone will be punished (or not) and what the punishment will be. Before we get to the formal position, the difference between the general grounds and the specific grounds as researched in this book have to be explained. The

general grounds are applicable to all criminal acts and can be found in the First Book of the Dutch Penal Code, containing the general rules of Dutch Penal law. The specific grounds are only applicable to certain given criminal acts and are to be found in the Second Book of the Dutch Penal Code, containing crimes. General grounds are used for justification or excuse, ‘wederrechtelijkheid’ or ‘schuld’ in Dutch Penal law. The legislator stated, more than once, that a call for the application of a specific ground doesn’t harm a call for the application of a general ground if the call for the specific ground is overruled. In the situation that the various components of the specific ground are not fulfilled, it remains possible to ask for the application of a general ground. The specific ground can be seen as a *lex specialis*, whereas the general ground can be called a *lex generalis*.

In Dutch criminal law theory, the various general grounds for justification and excuse are divided in grounds concerning ‘wederrechtelijkheid’ (rechtvaardigingsgronden) and various grounds concerning guilt (schulduitsluitingsgronden). The specific grounds as defined and described in this research might be shared in the so-called rechtvaardigingsgronden, but there is a difference between the rechtvaardigingsgronden and the specific grounds. The - small - difference between them is, that there’s a difference between not being punished and not punishable. ‘Not being punished’ refers to the notion that an act has been proven, has been defined as a criminal act, but the judge doesn’t punish because he applies a general ground for justification and excuse on the case. ‘Not punishable’ here means that the proven act cannot be defined as a criminal act. The act cannot be put under the criminal law, because a specific ground states an act like that is not a criminal act, if certain circumstances occur or if certain obligations are fulfilled. In addition to that: schulduitsluitingsgronden define an ordeal on guilt, which is an entirely different ordeal compared with an ordeal concerning the scope and limit of a specific ground for justification and excuse. Therefore, the specific ground cannot be seen as a ground for justification and excuse in the classic meaning of the word and because of that, it cannot have the same position in the judicial decision-scheme of article 350 of the Dutch Code of Criminal Procedure. Because legal concepts like those need to be put in that article 350, the ground need to be put in a component of the decision scheme which makes the meaning of the ground in accordance with the meaning of the legislator. As we have seen, the specific ground defines scope and limit of a legally defined criminal act. The ground makes clear that a certain act can not to be seen as a criminal act of certain conditions are met. If those conditions are met, the act as such is not a criminal act. Therefore, after a certain act has been proven, but specific ground states the criminal law cannot be applied on that act, there is no criminal act whatsoever. The connection between the act and the reason not to be punished is stronger in specific grounds as it is in general grounds.

Because consequence of the specific ground is that there is no criminal act whatsoever, the right component in the judicial decision-scheme is that of the component concerning the question whether the proven act can be put under a criminal act. That is, the second question of article 350 of the Dutch Book of Criminal Procedure. The consequence of all this, is that the grounds can be seen as grounds excluding acts as criminal acts. In Dutch: ‘kwalificatieuitsluitingsgronden’.

### **III Specific legislative grounds in Administrative law.**

The second part of this book researches equivalent and functional equivalent grounds in Administrative law. ‘Equivalent’ grounds are the grounds the same as the grounds in criminal law, ‘functional equivalent’ refers to grounds having the same outcome as the specific law in criminal law: there is an exception on a standard. In this part of the book, two laws are researched, since they can be set as an example for Administrative law. In Administrative law, it wasn’t possible to put the various equivalent or functional equivalent grounds in categories, since the grounds have various formulations, which might be a logical consequence deriving from the fact that criminal law has another purpose than Administrative Law. The purpose of Administrative law is to enable to govern, on local and higher level. Criminal law has other purposes: vengeance and reconciliation for example. The researched laws are the Woningwet, the Bouwbesluit and the Wet milieubeheer. The first two laws are connected with living, houses and safety of houses, the third law concerns the legal protection of the environment. In those laws, equivalent and functional equivalent laws have been found. The use of technical standards isn’t quite an exception in this type of law. Therefore, it is not surprising that the equivalent and functional equivalent grounds are defined in a strict or closed way, whereas in criminal law, open formulations were possible, too. The equivalent and functional equivalent grounds researched provide the possibility to make differences in standards, depending on the situation. In the Woningwet it is stated that a building can have different ways to be used. As a consequence of this, there are different obligations to be fulfilled, according to the use of the building. In the ‘Wet milieubeheer’, the equivalent or functional equivalent grounds refer to procedures and permissions (‘vergunningen’), which have to be obtained.

In Administrative law, the equivalent and functional equivalent grounds refer to procedures, permissions and various technical standards, hence it is very difficult to categorise. To be able to make a statement on the equivalent and functional equivalent grounds, a connection is made with the insights provided in the first part of the book. The reasons to do so are the consequences of considerations concerning legality and the notion

of desirability of unequivocalness of terminology in law. The equivalent and functional equivalent grounds in Administrative law were called ‘kwalificatie-uitsluitingsgronden’ as well, even though the judge in administrative cases doesn’t have the judicial decision-scheme, applied by the judge in criminal cases. The ‘kwalificatie-uitsluitingsgrond’ in Administrative law (further) defines the norm by setting a specific standard on an obligation, exemptions, dispensations and the like. The equivalent or functional equivalent ground makes clear what has to happen when and how any obligations have to be fulfilled. If the fulfilment is according the ground, the situation can be defined as being in accordance with the law. As we have seen before, the same happens in criminal cases if a specific ground is applied on a criminal case. Again: a specific ground specifies a norm by making its scope and limits clear. The next question is the question of the ‘rechtstoepasser’ in Administrative law and how he has to deal with the grounds. The principle of legality demands governmental organisations to act according the law. Therefore, governmental instances enforcing the law by controlling the various rules in Administrative law and Administrative law, are obliged to put the grounds into consideration. If the various technical standards, circumstances or obligations as defined in the equivalent or functional equivalent ground are met, the ‘rechtstoepasser’ has to make a decision in accordance with that situation.

#### **IV Overview**

The administrative equivalent and functional equivalent grounds may be seen as exceptions on a rule, based on notions of policy, enabling government to govern. The specific legislative ground for justification and excuse concerns exceptions on the rule, exceptions based upon insights on criminal behaviour. Both grounds, in administrative and in criminal law, provide information what government sees as according the law. Hence, the grounds also make clear what the law actually is, defining the scope and the limit of it. The way the grounds are defined is dependent on the area of law it emerges. As is stated before, criminal law serves other purposes than administrative law. This technique of rule and exception as it is defined and researched in this research provides the legislator a tool to do just on certain standards as they live in society. To be able to keep doing so, the legislator needs to have a close look on society and developments in legal matters, for example judicial decisions. The information obtained by this close look, provides information on the eventual desirability to reformulate a ground or the eventual need to introduce one in a certain area of law. This, according the principle of legality, has to be done in such a way that its meaning is clear to both civilians and ‘rechtstoepassers’.

## **BIBLIOGRAFIE**

### **Literatuur**

**Achterberg, N.**, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Müller Jur. Verl., Heidelberg, 1982

**Albers, C.L.G.F.H.**, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceeren op een magische lijn?*, diss. UM, Publiekrechtelijke reeks Universiteit Maastricht, SDU Uitgevers BV, 's-Gravenhage, 2002.

**Austin, J.**, *The Province of Jurisprudence determined*, edited by W.J. Rumble, Cambridge University Press, 1995.

**Bartels, J.A.C.**, *De persoon van de minderjarige*, Van Loghum Slaterus/W.E.J Tjeenk Willink, Deventer, 1981.

**Bax, C.J.**, *De geslotenheid van het recht. Een onderzoek naar de structuur van het juridisch discours aan de hand van konversie van rechtshandelingen*, diss. RUL, Uitgeverij Acco, 1986.

**Bax, C.J.** en **Foqué, R.**, 'Administratie als rechter? Pseudo-onafhankelijkheid van het administratief beroepsorgaan', in: H.J. Sniijders e.a. (red.), *Overheidsrechter gepasseerd. Bundel ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit*, Gouda Quint, Arnhem, 1988.

**Beccaria, Cesare**, *Over misdaden en straffen*, Ingeleid, van aantekeningen voorzien en vertaald door J.M. Michiels, met voorwoord van J.M. van Bemmelen, Antwerpen, Zwolle, 1971.

**Belinfante, A.D.**, 'Strafrechtelijke en administratieve sancties', in *De verhouding van administratieve sancties en straffen*, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht, nr. XXXVI, H.D. Tjeenk Willink & Zn N.V., Haarlem, 1957.

**Bemmelen, J.M. van & Hattum, W.F.C. van**, *Hand- en Leerboek van het Nederlandse strafrecht, deel II*, Gouda Quint, Arnhem, Arnhem, 1954.

**Bemmelen, J.M. van**, *Strafvordering. Leerboek van het Nederlandse strafprocesrecht*, zesde herziene druk, Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage, 1957.

**Bemmelen, J.M. van**, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer, 31 rechtsgeleerde opstellen*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1973.

**Bemmelen, J.M. van en Veen, Th.W. van**, *Het materiële strafrecht, Algemeen deel*, bewerkt door D.H. de Jong en G. Knigge, Gouda Quint, Arnhem, 1995.

- Bergh, G.C.J.J. van den**, *Themis en de muzen. De functie van de gebonden vormen in het recht*, diss. UvA, H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., Haarlem, 1964.
- Berge, J.B.M. ten**, e.a. (red.), *Nieuw bestuursrecht*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1994.
- Berge, J.B.J.M. ten**, *Besturen door de overheid*, W.E.J. Tjeenk Willink, derde druk, 1998.
- Besier, L.Ch.**, ‘Rechtvaardigingsgrond of bestanddeel van het strafbaar feit?’, *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1897.
- Besselink, L.F.M.**, e.a. (red.), *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002.
- Besselink, L.F.M. & Widdershoven, R.J.G.M.**, *De juridische gevolgen van de Europese integratie voor het nationaal beleid*, Voorbereidende studie voor de Raad voor Openbaar Bestuur, ’s Gravenhage, 1998.
- Berman, H.J.**, *Law and revolution. The formation of the Western Legal tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1983.
- Bijloos, A.W.M.**, en **Linder, Th.J.M.**, *De Algemene wet bestuursrecht, eerste tranche*, Studiepockets Staats- en bestuursrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, vierde druk, 1994.
- Blad, J.R.**, *Abolitionisme als strafrechtstheorie. Theoretische beschouwingen over het abolitionisme van L.H.C. Hulsman*, diss. EUR, SI/Gouda Quint, 1996.
- Blad, J.R.** en **Bogert, P.C.**, ‘Beschikbaarstelling van zelfdodingsmiddelen. Kan Drions wens veilig vervuld worden?’, *Delikt en Delinkwent*, nr. 5, 2002, p. 446-472.
- Blok, A.J.** e **Besier, L.Ch.**, *Het Nederlandse strafprocesrecht, Tweede deel*, H.D. Tjeenk Willink en Zoon, Haarlem, 1925.
- Blom, T.**, ‘De binnenlandse veiligheidsdienst op zoek naar nieuwe werkerterreinen’, *Nederlands Juristenblad*, 1993, p. 1343-1349.
- Blom, T.**, *Drugs in het recht, recht onder druk. Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtelijke handhaving van de Opiumwet, de daarbij gehanteerde opsporingsmethoden en het recht op privacy van burgers. Deel 1, Ontwikkeling van de strafrechtelijke handhaving*, diss. EUR, SI/Gouda Quint, 1998.
- Blom, T.**, *Drugs in het recht, recht onder druk. Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtelijke handhaving van de Opiumwet, de daarbij gehanteerde opsporingsmethoden en het recht op privacy van burgers. Deel 3, Recht op privacy*, diss. EUR, SI/Gouda Quint, 1998.
- Blom, T.**, ‘EVRM en (straf)rechtshandhaving’, in: Ch. Brants e.a. (red.), *Legitieme strafvordering; Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Intersentia Rechtswetenschappen Antwerpen-Groningen, 2001.
- Blomberg, A.B.**, *Integrale handhaving van milieurecht. Een juridische studie over de handhaving van milieurecht in een democratische rechtsstaat*, diss. VU, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000.

- Bogert, P.C.**, 'Proceduralisering als rechtsgoederenbescherming. Iets over conflicterende normenstelsels en bijzondere strafuitsluitingsgronden', in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, SI/EUR deel 23, Gouda Quint, 2000.
- Bogert, P.C.**, 'De juiste beslissing of een gemiste kans? Omtrent het schrappen van de wettelijke verankering van de niet-strafbaarheid van bezit van kinderpornografie', *Delikt en Delinkwent*, nr. 1, 2003, p. 9-21.
- Borgers, M.J.**, *De ontnemingsmaatregel. Een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 36e Wetboek van Strafrecht)*, diss. KUB, Boom Juridische Uitgevers, 2001.
- Borgers, M.J.**, 'Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.M. Simmelink, *Glijdende schalen, Liber Amicorum J. de Hullu*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003.
- Borman, C.**, *Aanwijzingen voor de regelgeving en andere voor de regelgeving relevante aanwijzingen*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1993.
- Bos, A.M.**, *De voorgeschiedenis van grondrechten. Van Magna Charta tot Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Kluwer, Deventer, 1976.
- Bosch, A.G.**, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot 2000*, Ars Aequi Cahiers Strafrecht, deel 11, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2000.
- Bosch, M. en Sutorius, E.Ph.R.**, *Ch.J. Enschedé, Beginselen van strafrecht*, negende druk, Kluwer, Deventer, 2000.
- Brake, H.K. ten**, *Het strafrecht van de gemeente*, Gouda Quint, Arnhem, 1984.
- Broek, J.H. van den**, 'IPPC in werking getreden', in *Milieu en Recht*, 1997, p. 7-15.
- Brouwer, P.W.**, 'Politieke rechtspraak en juridische argumentatie', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtstheorie en Rechtsfilosofie*, 2001, nr. 3.
- Bröcking, B.C. en Geest, H.J.A.M van**, *Anticiperen en ruimtelijk beleid. Een onderzoek naar het functioneren van de Wet op de Ruimtelijke Ordening op gemeentelijk niveau, met name de anticipatiebelalingen*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1982
- Brugmans, I.J.**, *Paardenkracht en mensenmacht. Sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1795-1940*, Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage, tweede druk, 1969.
- Buijsen, M.A.J.M.**, '“Kwaliteit van leven” als maatstaf bij beslissingen rond het levenseinde: de zaak-Brongersma', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtstheorie & Rechtsfilosofie*, 2001, nr. 1.
- Burg, F.H. van der**, *Europees Gemeenschapsrecht in de Nederlandse rechtsorde*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1998.
- Burkens, M.C.B.**, *Beperking van Grondrechten*, diss. UU, Kluwer, Deventer, 1971.

- Burns, J.H.**, *The Cambridge History of Medieval Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.
- Buruma, Y.**, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, diss. RUL, Gouda Quint, Arnhem, 1993.
- Buruma, Y.**, *Internet en strafrecht*, pre-advies Nederlandse Juristenvereniging, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1998.
- Buruma, Y.**, 'Computerfraude', in: H.J.B. Sackers e.a. (red.), *Fraudedelicten*, Studiepockets strafrecht, tweede druk, W.E.J. Tjeenk Willink, 2000.
- Buuren P.J.J. van**, e.a., *Bestuursdwang en dwangsom*, Studiepockets Staats- en bestuursrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 1999.
- Camijn, A.J.W.**, *Een eeuw vol bedrijvigheid. De industrialisering van Nederland 1814-1914*, Uitgeverij Veen, Utrecht/Antwerpen
- Castells, Nuria**, *International Environmental Agreements. Institutional innovation in European Transboundary Air Pollution Policies*, diss. VU, Joint Research Centre European Commission, Ispra - Italy, 1999.
- Chabot, B.E.**, *Sterfwerk. De dramaturgie van zelfdoding in eigen kring*, SUN, 2001.
- Christie, N.**, 'Conflicts as property', in: *British Journal of Criminology*, jrg. 17, nr. 1, 1977.
- Christie, N.**, *Limits to pain*, Martin Robertson & Company, Oxford, 1982.
- Cleiren, C.P.M.**, *Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken*, diss. RUL, Gouda Quint Arnhem, 1990.
- Cleiren, C.P.M.**, 'Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en beginselen van behoorlijk bestuur?', in: *Delikt en Delinkwent*, 1990, p. 497-514.
- Cleiren, C.P.M.**, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht*, oratie EUR, Gouda Quint, Arnhem, 1992.
- Cleiren, C.P.M. en Nijboer, J.F.**, *Tekst en Commentaar Strafrecht*, tweede druk 1997, Kluwer, Deventer, 1997.
- Coetzee, J.M.**, *Giving Offence: Essays on Censorship*, Chicago Press, 1996.
- Coolen, G.L.**, *Militair straf- en strafprocesrecht*, Studiepockets Strafrecht, deel 8, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, derde druk, 2000.
- Corstens, G.J.M.**, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, diss. UvA, Vermande & Zonen Uitgevers, IJmuiden, 1974.
- Corstens, G.J.M.**, *Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving?*, pré-advies, Handelingen Nederlandse Juristenvereniging, H.D. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, p. 1-128.
- Corstens, G.J.M.**, *Een stille revolutie in het strafrecht*, afscheidsrede KUN, Gouda Quint, Arnhem, 1995.
- Corstens, G.J.M.**, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, derde druk, 1999 en vierde druk, 2002, Kluwer, Arnhem.



- Damen, L.J.A. e.a.** (red), *Bestuursrecht. Rechtsbescherming tegen de overheid. Bestuursprocesrecht*, Boom Juridische uitgevers, 's-Gravenhage, 2002.
- David, R.**, *Les grands systèmes de droit contemporaines*, deuxième édition, Dalloz, Paris, 1966.
- Davis, G.C.R.**, *Magna Charta*, Revised Edition, British Library, London, 1989.
- Deben, L.**, 'Van woonopzichteres tot buurtbeheerder: van woonbeschaving naar leefbaarheid', in: J. Keesoom (red.), *100 jaar Woningwet*, Stedelijke Woningdienst Amsterdam/Mart Spruit BV, Amsterdam, 2000, p. 89-107.
- Delfos, G. & Doek, J.E.**, *Ouderlijke macht en minderjarigheid*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984.
- Demeersseman, H.A.**, *De autonomie van het materiële strafrecht*, diss. VU, Gouda Quint, Arnhem, 1985
- Demeersseman, H.A.**, 'De levensberoving bij misdrijven tegen het leven', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten, Liber Amicorum J.Remmelink*, Gouda Quint, Arnhem, 1987.
- Dijk, Chr.H. van & Keltjens, J.M.J.**, *Computercriminaliteit. Studiepockets strafrecht*, W.E.J., Tjeenk Willink, Zwolle, 1995.
- Dijk, P. van**, 'Positive obligations', Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States still the 'Masters' of the Convention?, in M. Castermans e.a. (red.), *The Role of the Nation-State in the 21<sup>st</sup> Century. Human Rights, Internati-onal Organisations and Foreign Policy. Essays in Honour of Peter Baehr*, Kluwer Law International, 's Gravenhage/London, 1998.
- Dijk, P. van en Hoof, H.J.H. van**, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, third edition, 1998.
- Dijk-Barkmeijer, A. van**, 'De gevolgen van de invoering van de Algemene wet bestuursrecht voor het milieurecht', in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 1994/5, p. 126-132.
- Doelder H. de**, 'Handhaving van economische regelgeving. Is door de bestuurlijke handhaving het primaat van de strafrechtelijke handhaving doorbroken of geldt het strafrecht als ultimum remedium?', in: H. de Doelder & L.J.J. Rogier (red.), *Opstellen over bestuursstrafrecht*, SI/EUR-reeks 3, Gouda Quint, 1994, p. 205-215.
- Dölle, A.H.M.**, e.a., *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1999.
- Drupsteen, Th.G.**, 'Twintig jaar milieuwetgeving, tijd voor bezinning', in *Milieu en Recht*, 1990, p. 194-202.
- Duk, W.**, *Rapport Algemene bepalingen van Administratief recht*, Samson-Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1984.
- Duk, W.**, 'Techniek van wetgeving. Een experiment bij het onderwijs aan de Universiteit van Amsterdam', in: J.A.M. van Angeren e.a. (red.), *Kracht*

van Wet. *Opstellen over publiekrechtelijke wetgeving, aangeboden aan Mr. W.J. van Eijkern*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984.

**Duk W.**, 'Handhaving van bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 1988, nr.4, p. 105 e.v.

**Eck, D. van**, *Het misdrijf van hulp aan den vijand in verband met de bepalingen van het besluit buitengewoon strafrecht (artikel 102, lid 1 Wetboek van Strafrecht; artikel 77, lid 1 Wetboek van Militair Strafrecht; artikel 22 Besluit Buitengewoon Strafrecht)*, Dekker & Van de Vegt, Utrecht-Nijmegen, 1945.

**Eikema Hommes, H.J. van**, 'De materiële wederrechtelijkheid in het strafrecht', in: V.H. Davelaar-van Tongeren e.a. (red.), *Strafrecht in perspectief*, Gouda Quint, Arnhem, 1980.

**Eikema Hommes, H.J. van**, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap. Een juridische methodologie*. Kluwer, Deventer, 1983.

**Elian, A.**, 'Van Janmaat tot El Mourni. De discriminatie tussen gewone en heilige meningen', in: Justitiële verkenningen 3/03, *Vloeken, schelden en schimpen*, WODC/Boom Juridische uitgevers, Den Haag.

**Enschedé, Ch.J.**, *Beginselen van strafrecht. Een syllabus*, Kluwer, Deventer, 1969.

**Enschedé, Ch.J.**, 'Ethiek en strafrecht', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer, 31 rechtsgeleerde opstellen*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1973.

**Enschedé, Ch.J.**, 'Problemen van strafwetgeving', in: W.F. De Gaay Fortman e.a. (red.), *Problemen van wetgeving*, Kluwer. Deventer, 1982.

**Enschedé, C.J.**, 'De arts en de dood', in: *Sterven en recht. Opstellen over toekomstig euthanasiebeleid*, Kluwer, Deventer, 1985, p. 27-49.

**Feltz, A.A.**, 'Element of fait justificatif', *Weekblad van het Recht*, 12 juni 1863, nr. 6364.

**Fiss, O.M.**, *The irony of free speech*, Harvard University Press, Cambridge Massa-chusetts, London, England, 1996.

**Foqué, R.M.G.E. en 't Hart, A.C.**, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Gouda Quint Arnhem, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1990.

**Foqué, R.M.G.E.**, *De ruimte van het recht*, oratie EUR, Gouda Quint Arnhem, 1992.

**Foucault, M.**, *Surveiller et Punir, naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975.

**Franken, H.**, *InLeiden tot de Rechtswetenschap*, Gouda Quint, Arnhem, 1995.

**Fuller, Lon. L.**, *The morality of law. Revised edition*, New Haven/London, 1969.

**Gerritzen – Rode, P.W.A. en Vlies, I.C. van der**, *Beginselen van bestuursrecht*, Samson, H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, tweede druk, 1994.

**Geurts, J.P.M.**, *Feit en Theorie. Kernproblemen in de wetenschapsteorie*, Van Gorcum, Assen, derde druk, 1984.

**Gribnau, J.L.M.**, 'De rechtsbetrekking in het bestuursrecht. Een overbodig concept?', in C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid? Vooruitzichten van de aansprakelijkheid van de overheid in bestuurs-, straf-, en civielrechtelijk perspectief*, SI/EUR-reeks deel 13, Gouda Quint, Rotterdam/Deventer, 1996, p. 95-118.

**Groenhuijsen, M.S.**, 'Legaliteit als probleem', *Nederlands Juristenblad*, 6 maart 1982.

**Groenhuijsen, M.S.**, 'Het publiekrechtelijke karakter van het materiële strafrecht', in: J.P. Balkema e.a. (red.) *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1986.

**Groenhuijsen, M.S.**, *Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen*, oratie KUB, Gouda Quint, Arnhem, 1987.

**Groenhuijsen, M.S.**, 'Schuld en boete; een beschouwing over strafrechtelijke verantwoording', in: M.C. Bovens e.a. (red.), *Verantwoordelijkheid, retoriek en realiteit*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1989.

**Groenhuijsen, M.S.**, 'Enkele centrale denbeelden van Montesquieu en van Beccaria in relatie tot het legaliteitsbeginsel in strafzaken', in: K. Boonen e.a. (red.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Kluwer, Deventer, 2002.

**Glastra van Loon, J.F.**, *Norm en handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen*, Haarlem, 1956.

**Glastra van Loon, J.F.**, 'Het begrip rechtsregel', in: J.F. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen. Opstellen over recht en filosofie*, Boom, Meppel, 1980, p. 57-78.

**Glastra van Loon, J.F.**, *Norm en handeling. Bijdrage tot een kentheoretische fundering der sociale wetenschappen*, herdruk, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1987.

**Glastra van Loon, J.F.**, 'Regels en bevelen', in: *De eenheid van het handelen*, Boom, Meppel, 1988.

**Haan, P. de** e.a. (red.), *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Ontwikkeling. Organisatie. Instrumentarium*, Kluwer, Deventer, 2001.

**Haan, H. de**, 'Het heft in eigen hand: creatief omgaan met de Woningwet', in: J. Keesom (red.), *100 jaar Woningwet*, Stedelijke Woningdienst Amsterdam/M. Spruijt BV, Amsterdam, 2000, p. 141-172.

- Hamel, G.A. van**, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, bewerkt door J. van Dijck, F. Bohn, Haarlem/Belinfante, 's-Gravenhage, vierde druk, 1927.
- Hart, H.L.A.**, 'Punishment and the elimination of responsibility', in: *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1968.
- Hart, A.C.**, 't, 'Artikel 25 WvW en het legaliteitsbeginsel', in: Ch.P.A. Scheppaart, e.a. (red.), *Onmacht van de wetgever*, Kluwer, Deventer, 1978.
- Hart, A.C.** 't, 'Het nulla-poena beginsel', in: A.K. Koekkoek e.a. (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1982.
- Hart, A.C.**'t, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Gouda Quint, Arnhem, 1994.
- Hart, A.C.** 't, *Mensenwerk? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*, KNAW, Amsterdam/New York/Oxford/Tokio, 1995.
- Hart, A.C.** 't, 'De autonomie van het strafrecht', *Delikt en Delinkwent*, 2001, p. 237-250.
- Hartmann, A.R. en Russen Groen, P.M. van**, 'Van strafrecht naar bestuursstrafrecht: de derde decriminaliseringsgolf?', in: H. de Doelder & L.J.J. Rogier (red.), *Opstellen over bestuursstrafrecht*, SI/EUR-reeks 3, Gouda Quint, 1994, p. 61-78.
- Hartmann, A.R. en Rogier, L.J.J.**, 'Verschillen en overeenkomsten tussen strafrecht en bestuursrecht', in: H. de Doelder & L.J.J. Rogier (red.), *Opstellen over bestuursstrafrecht*, SI/EUR-reeks deel 3, Gouda Quint, Arnhem, 1994.
- Hartmann, A.R.**, *Bewijs in het bestuursstrafrecht*, diss. EUR, SI/Gouda Quint, 1998.
- Hartmann, A.R. en Russen Groen, P.M. van**, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, diss. EUR, SI/Gouda Quint, 1998.
- Hartmann, A.R.**, 'Buitengerechtelijke afdoening', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Onderzoeksproject Strafvordering 2001, eerste interimrapport*, Kluwer, Deventer, p. 60-69 en, van dezelfde auteur,
- Hartmann, A.R.**, 'Buitengerechtelijke afdoening II', in: M. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Onderzoeksproject Strafvordering 2001, derde interimrapport*, Kluwer, Deventer, 2002, p. 146-198.
- Hägerström, A.**, *Inquiries into the Nature of law and Morals*, Almqvist & Wiksells Boktryckeri, Aktiebolag, Uppsala, 1953.
- Heide, J. ter**, *Vrijheid. Over de zin van de straf*, Bert Bakker N.V., Den Haag, 1965.
- Heijden, G.M.A. van der**, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en de maatschappelijke functie van de beginse-*

- len van behoorlijk bestuur*, diss. UvA, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 2001.
- Heldeweg, M.**, *Normstelling en expertise. Waarborgen voor technische deskundigheid in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieurecht*, SDU Juridische & Fiscale Uitgeverij, 's-Gravenhage, 1993.
- Hessel, B. & Mortelmans, K.J.M.**, *Het recht van de Europese Gemeenschappen en de decentrale overheden in Nederland*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1997
- Hildebrandt, M.**, *Straf(begrip) en procesbeginsel. Een onderzoek naar de betekenis van straf en strafbegrip en de waarde van het procesbeginsel naar aanleiding van de consensuele afdoening van strafzaken*, diss. EUR, SI/Kluwer, 2002.
- Hirsch Ballin, E.M.H.**, 'Rechtsbeginselen en Algemene Beginselen van behoorlijk Bestuur', in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1982, p. 105 e.v.
- Hirsch Ballin, E.M.H.**, 'De mens in de sociale rechtstaat', in: G.M. van Veldhoven e.a. (red.): *Overheidsbemoeyenis. Opstellen ter gelegenheid van het 11de lustrum van de Katholieke Hogeschool Tilburg*, Kluwer, Deventer, 1982.
- Hirsch Ballin, E.M.H.**, 'De ontwikkeling van het denken over administratieve rechtspraak', in: *Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht*, Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging, 1983, jg. 113, deel I, Zwolle, 1983.
- Hirsch Ballin, E.M.H.**, 'Architectuur van wetgeving', in J.A.M. van Angeren, *Kracht van Wet. Opstellen over publiekrechtelijke wetgeving, aangeboden aan Mr. J.W. van Eijkeren*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984.
- Hirsch Ballin, E.M.H.**, 'Een grondrecht op toegang tot de rechter inzake administratiefrechtelijke geschillen?', Annotatie n.a.v. het Benthem-arrest, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 23 oktober 1985 en HR 19 juni 1985, in: *Ars Aequi* (1986), nr. 3, p. 229-245.
- Hirsch Ballin, E.M.H.**, 'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aanteke-ningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse Rechtsorde', in: B. Baardman (red.), *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1988.
- Hirsch Ballin, E.M.H.**, 'Wederkerig bestuursrecht', *RM Themis*, 1989, p. 1-4.
- Hirsch Ballin, E.M.H.**, *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Samson H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1989.
- Hullu, J. de**, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?*, oratie KUB, Gouda Quint Arnhem, 1993.
- Hullu, J. de**, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Gouda Quint, Deventer, 2000 en tweede druk, 2003.

- Hulsman, L.H.C.**, 'Kriteria voor strafbaarstelling', in: E.A. de la Porte e.a. (red.), *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Anthos, Baarn, 1972.
- Huidekoper, P.A.**, *Hantering van het economisch strafrecht in Nederland*, Kluwer, Deventer, 1975.
- Huygen, A.E.H.**, 'Controle en opsporing', M. Wladimoroff (red.), *Facetten van economisch strafrecht*, Pompe reeks deel 1, Gouda Quint, Arnhem, 1990, p. 45-68.
- Jans, J.H.**, 'Rechtstreekse werking van EG-milieurechtlijnen in het Nederlandse milieurecht', *Bouwrecht*, 1991, nr. 3, p. 198-206.
- Jans, J.H.**, e.a. (red.), *Europees milieurecht in Nederland*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000.
- Jans, J.H.**, e.a. (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Ars Aequi Libri, tweede druk, Nijmegen, 2002.
- Janssens, A.L.J.**, *Strafbare belediging*, diss. RUG, Thelas Thesis, 1998.
- Jong, D.H. de**, 'Zedendelicten: legaliteit, wetshistorie en actualiteit', *Delikt en Delinkwent* 27, 1997.
- Jonkers, W.H.A.**, *Het penitentiar recht, strafrechtelijke sancties in Nederland*, Arnhem, 1975, p III-6 e.v.
- Jonsen, Albert R., & Toulmin, Stephen** *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, University of California Press, Berkley, 1988
- Kamminga, M.T. en Klatte, E.R.**, 'Twintig jaar EG milieubeleid en het integratiebeginsel', in: *Milieu en Recht*, 1994/1, p. 2-10.
- Kaplan, Robert. D.**, *The Ends of The Earth. A Journey at the Dawn of the 21st Century*, Random House, New York, 1996
- Keijser. J.W. de**, 'Theoretische reflectie. De vergeten basis voor een bezonnen strafrechtspleging', *Delikt en Delinkwent* 4, 2001.
- Kelk, C.**, 'Euthanasie, het einde van een rijpingsproces?', *Nederlands Juristenblad*, 1997, p. 619-627.
- Kelk, C.**, *Studieboek materieel strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1998.
- Kessler, M.**, 'De persoonlijke werking van de inkeerbepaling van de AWR', *Delikt en Delinkwent* 32, nr. 6, 2002.
- Kennan, G.F.**, 'Totalitarianism in the Modern World', in: C.J. Friedrich (red.), *Totalitarianism*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1954.
- Kleopfer, M.**, 'Freedom within the press' and 'Tendency protection' under art. 10 of the European Convention on Human Rights, Ducker & Humblot, Berlijn, 1997.
- Konijnenbelt, W.**, *Rechtsvinding door het bestuur*, Geschriften van de Vereniging voor Administratief recht, Alphen aan den Rijn, 1978.

- Kooijmans, T.**, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel*, diss. EUR, SI/Gouda Quint, 2002.
- Kool, R.S.B.**, *De strafwaardigheid van sexueel misbruik*, diss. EUR, SI EUR/Gouda Quint, 1999.
- Koopmans, F.A.J.**, *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv.*, zevende herzienedruk, Gouda Quint, Deventer, 1999.
- Koopmans, T.**, 'De rol van de wetgever', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristenvereniging 1870-1970*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1970.
- Kortmann, C.A.J.M.**, 'Behoorlijke wetgeving', in: H.J.A.M van Geest e.a. (red.), *Regel en Praktijk*. Opstellen aangeboden aan prof.mr. S.F.L. baron van Wijnbergen, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1979.
- Klaassen, A.W.**, *Herziene Woningwet*, Monografieën Ruimtelijk Bestuursrecht 3, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1992.
- Klink, B.M.J. van**, 'Bedreigt rechtsvinding de rechtszekerheid? Een kritisch-hermeneutische visie op de rol van de rechter in het materiële strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 7, 2001
- Knigge, G.**, 'De verkalking voorbij. Over de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht', *RM Themis*, 2000.
- Knigge, G.**, *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit*, Preadvies voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1993.
- Kuile, B.H. ter**, *Nederlandse Euthanasiewetgeving. Een juridische beschouwing*, SI /EUR-reeks deel 30, Kluwer, Deventer, 2002.
- Kuile, B.H. ter**, 'De invloed van Francovich op Nederlandse wetgeving en bestuur', in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 1992/4, p. 113-120.
- Kuper, S.**, 'Wij gaan op Jodenjacht', in: M. van Nieuwkerk en H. Spaan (red.), *Ajax, de Joden, Nederland*, Hard Gras, nr. 23, L.J. Veen, 2000.
- Lange, R. de**, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, diss. UvA, Tjeenk Willink, Zwolle, 1991.
- Lange, R. de**, *Concurrente rechtsvorming*, oratie EUR, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1999.
- Langemeijer, G.E.**, "Subsocialiteit", 'Materiële wederrechtelijkheid', 'Zumutbaarheid', *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1950.
- Langemeijer, G.E.**, 'Beweringslast en bewijsrisico in het strafproces', *Tijdschrift voor Strafrecht*, LXI.
- Langemeijer, G.E.**, *Juridische dogmatiek*, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, Nieuwe reeks, Deel 25, No. 10, N.V. Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij, Amsterdam, 1962.

- Langemeijer, G.E.**, 'De betekenis van veroorloevende normen in het strafrecht en het privaatrecht', in Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber Amicorum J. Remmelink*, Gouda Quint, Arnhem, 1987.
- Laudan, L.**, *Science and Hypothesis. Historical Essays on Scientific Methodology*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland/Boston, USA, 1981.
- Leenknecht, G.J., & Bekkers, V.J.J.M.**, 'Subsidiariteit en Europese Integratie. Over de oorsprong en betekenis van een bezweringsformule', in: *Bestuurswetenschappen*, 1993, nr. 1, p. 5-18.
- Leijten, J.C.M.**, 'De bijzondere rechtspleging in Nederland. Zuivering met vlekken', in: *Bericht van de Tweede Wereldoorlog*, p. 2685 e.v.
- Lawson, R.**, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance'-test. Deel I', *NJCM Bulletin* 20 mei 1995.
- Lawson, R.**, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance'-test. Deel II', *NJCM Bulletin*, 20 juni 1995.
- Locke, John**, *Two treatises on Government*, (1690), Cambridge University Press, 1960.
- Loth, M.A.**, 'Verloren zekerheid. Over vertrouwen en rechtszekerheid in het strafrecht', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteits-beginsel*, SI/EUR 23, Gouda Quint, 2000.
- Loth, M.A.**, *Recht & taal. Een kleine methodologie*, Gouda Quint b.v., Arnhem, 1984.
- Maitland, F. W.**, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1965.
- Male, R.M. van**, *VUGA-Commentaar op art. 1:3 Awb*. 1995
- Male, R.M. van**, *Onvoltooid recht. Over rechtsbetrekkingen, bestuursrecht en bestuursprocesrecht*, oratie EUR, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1993,
- Male, R.M. van**, 'Artikel 89', in: P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet, een artikelsgewijs commentaar*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, tweede druk, 1992.
- Marks, H.**, *Knechten Knechten. De ervaring en verbeelding van sociale ongelijkheid in de basteenindustrie, 1920-1970*, diss. EUR, SI/Gouda Quint, 2000.
- Mathijssen, M.**, *De gemaskerde eeuw*, Querido Uitgevers, Amsterdam, 2002.
- Meadows, Dennis L.**, e.a. (red.), *The Limits to Growth. A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, Universe Books, New York, 1972.
- Meijer, M.E. de**, *Het openbaar ministerie in civiele zaken*, diss. EUR, SI/Kluwer, 2003
- Meulen, J. van der**, 'Sir John Eliot. Strijder voor de rechten van het Parlement', in S. Mok e.a., *Staatswetenschappelijke opstellen aangeboden aan*



- Prof.mr. R. Kranenburg bij zijn aftreden als hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden*, N. Samson N.V., Alphen a/d Rijn, 1948, p. 30-43.
- Melai, A.L.**, *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, diss. RUL, Gouda Quint, D. Brouwer & Zn., 1968.
- Mendelts, P.**, *Interpretatie van grondrechten. Grondrechtenclaims en verschuivingen in de rijkweidte van grondrechten*, diss. UU, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 2002
- Mevis, P.A.M.**, 'Van opsporing, strafvordering en legaliteit', *Delikt en Delinkwent*, 1990, p. 936-948.
- Mevis, P.A.M.**, *Constitutioneel strafrecht*, oratie EUR, Kluwer, Deventer, 1998.
- Mevis, P.A.M.**, *Capita strafrecht*, Ars Aequi Libri, tweede druk, Nijmegen 1999.
- Mevis, P.A.M.**, 'Introductie, de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechts-ontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, SI/EUR deel 23, Gouda Quint, 2000.
- Michiels, F.C.M.A.**, *De boete in opmars?*, oratie VU, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1995.
- Michiels, F.C.M.A.**, 'Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling', VAR-reeks, deel 114, *Handhaving van het bestuursrecht. Preadviezen*, Samson, H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1995.
- Michiels, F.M.C.A.**, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Kluwer, Deventer, 1999.
- Michiels, F.M.C.A.**, *De wet milieubeheer*, vierde druk, Kluwer, Deventer, 2003
- Mok, M.R.**, *Op prijs gesteld; Overheid en prijzen in tijden van inflatie*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1971.
- Mols, G.P.M.F.**, *Strafbare samenspanning. Een rechtshistorisch en rechtsvergelijkend onderzoek*, diss. UU, Gouda Quint, Arnhem, 1982.
- Montesquieu**, *De L'esprit des Lois* (1798), *Ouvres Complètes*, texte présenté et annoté par R. Callois, vol II, Paris, 1973.
- Moons, J.**, 'Het rapport van de werkgroep inzake art. 117 Sr (Cie Lange-meijer) over het voorgestelde tweede lid van art. 266 Sr', *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1969, nr. 6.
- Moore**, S. Falk, 'Law and social change: The semi-autonomous social field as an appropriate subject of study', *Law and Society Review* (7), 1973, p. 719-746
- Mulder, G.E.**, 'Het subsociale – werking, of bestanddeel van het delict?', *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1957.
- Mulder, G.E.**, 'De sanctie', *Delikt en Delinkwent* 1974.
- Mulder, G.E.**, 'Vage normen', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. R Emmelink*, Gouda Quint, Arnhem, 1987.

**Myer, B.E.P.**, *Bij een vijftigste verjaardag. Aantekeningen over het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de Nederlandse strafrechtspleging*, oratie VU, Wolf Legal Publishers, 2001.

**Nederpelt, J.A. van**, 'Bevolkingsgroei en het dilemma van ontwikkeling en milieubehoud', in: *Ontwikkelingslanden en een verdeelde wereld. Een inleiding tot het ontwikkelingsvraagstuk*, Van Gorcum,, Assen/Maastricht, 1993, p. 122-143.

**Nicolai, P.**, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Kluwer, Deventer, 1990.

**Nicolai, P.**, e.a. (red.), *Bestuursrecht*, zesde, geheel herziene druk, 1997.

**Nijboer, J.F.**, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving. De systematische grondslagen van het W.v.Sr.*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1987.

**Nijboer, J.F.**, 'Het onnut van de term 'exceptie'', *Delikt en Delinkwent*, 1986.

**Nijboer, J.F.** en **Wemes, L.T.**, *Rechtspraak, dogmatiek en dogmatisme*, Gouda Quint, Arnhem, 1990.

**Nijboer, J.F.**, 'Rechtsontwikkeling door rechtspraak', in: J.F. Nijboer e.a. (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1990.

**Nieboer, W.**, 'De materiele dogmatiek – renovatie nodig', *Delikt en Delinkwent* 11, 1981.

**Nieboer, W.**, 'Strafrechtelijke zorgplichten', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Liber Ami-corum Th.W. van Veen*, Gouda Quint, Arnhem, 1985.

**Nieboer, W.**, *Schets materieel strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1991.

**Ommeren, F.J. van**, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteits-beginsel en het materiële wetsbegrip*, diss. VU, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996.

**Ommeren, F.J. van**, 'Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst van de geïmpliceerde bevoegdheden?', *RM Themis* 2002/3, p. 123-137

**Ottens, E.**, 'De aanloop naar de Woningwet: 'de hollen der mensen'', in: J. Keesom (red.), *100 jaar Woningwet*, Stedelijke Woningdienst Amsterdam/M. Spruijt BV, Amsterdam, 2000, p. 9-40.

**Oud, P.J.**, *Honderd jaren. Een eeuw staatkundige vormgeving in Nederland*, Van Gorcum, Assen, vierde druk, 1967.

**Outshoorn, J.V.**, *De politieke strijd rondom de abortuswetgeving in Nederland 1964-1984*, diss. VU, 1986.

**Oven, J.C. van**, 'Dogmatische en Historische Rechtswetenschap', *Ars Aequi*, Jaargang 5 (1955-1956), afl.1, p. 1-8.

**Pandit, G.**, *The structure and growth of scientific knowledge. A Study in the Methodology of Epistemic Appraisal*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland/ Boston, U.S.A., 1983.

- Peeters, E.M.**, *De Woningwet*, Studiepockets Staats- en bestuursrecht 24, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1994.
- Pelser, C.M.**, *De naam van het feit. Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken*, diss. RUL, Gouda Quint, Arnhem, 1995.
- Perrot, M-D.**, e.a.: *La Mythologie Programmé, L'économie des croyances dans la société moderne*, PUF, Paris, 1992
- Pieloor, R.A., Meer, B. van de & Bakker, M.**, *F-side is niet makkelijk!*, Uitgeverij Het Spectrum, Utrecht, 2002, p. 108-111.
- Pols, M.S.**, 'Het begrip strafbare handeling. Bijdrage tot de leer van opzet en schuld', in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam University Press, 1999.
- Posner, Richard A.**, *Economic analysis of law*, Little, Brown and Company, third edition, 1986.
- Pot, van der en Donner**, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, veertiende druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 2001.
- Ree, E. van**, 'Het belang van vrij debat', *De Groene Amsterdammer*, 19 januari 2002.
- Reed, D. (ed.)**, *Structural adjustment, the Environment, and Sustainable Development*, WWF/Earthscan Publications Ltd, London, 2<sup>nd</sup> edition, 1997
- Reijntjes, J.M.**, *Boef of burger? Over de relatie tussen toezicht en opsporing*, oratie OU, Gouda Quint Arnhem, 1989.
- Rest, P.H.S. van**, *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond. Beschouwingen over art. 43 Sr.*, diss. RUG, Gouda Quint Arnhem, 1991.
- Rommelink, J.**, 'Actuele stromingen in het Nederlandse strafrecht', in: V.H. Davelaar-Van Tongeren e.a.(red.), *Strafrecht in Perspectief*, Gouda Quint, Arnhem, 1980.
- Rommelink, J.**, *Mr. D. Hazewinkel Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem, vijftiende druk, 1996.
- Rijkema, P.**, 'Politieke rechtspraak en de kunst van het temperen', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsleer & Rechtsfilosofie*, 2001, nr. 1.
- Rikmenspoel, M.J.H.T.**, 'De bestuurlijke boete en artikel 113 Grondwet: een spanningsveld', in: *De Gemeentestem*, No. 7023, p. 7-11
- Rist, G.**, en **Sabelli, F.**, (red.), *Il était une fois le Développement*, Editions d'en bas, Lausanne, 1986
- Rogier, L.J.J.**, *Strafsancties, administratieve sancties en het una viabeginsel*, diss. EUR, Gouda Quint, Arnhem, 1992.
- Rogier, L.J.J.**, *De Algemene wet bestuursrecht en strafrecht*, Monografieën Awb, Kluwer, Deventer, 1995
- Rogier, L.J.J.**, *Straffend bestuur*, oratie EUR, Gouda Quint, Deventer, 2001
- Rogier, L.J.J.**, e.a. (red.), *Monografieën Financieel-economisch bestuursrecht. Deel 2. Nalevingstoezicht*, SDU uitgevers BV, Den Haag, 2002

- Roland Holst-van der Schalk, H.**, *Kapitaal en arbeid in Nederland: bijdrage tot de economische geschiedenis der 19<sup>de</sup> eeuw*, Soep, Amsterdam, 1902.
- Roos, Th.A. de**, *Strafbaarstelling van economische delicten; een crimineel-politieke studie*, diss. UM, Gouda Quint, Arnhem, 1987.
- Roscam Abbing, H.**, 'Enige gezondheidsrechtelijke aspecten van het draagmoeder-schap', in: K.Boele-Woelki e.a. (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoeder-schap in rechtsvergelijkend perspectief*, Interstentia, Antwerpen-Groningen, 1999.
- Rozemond, K.**, 'Legaliteit in het materiële strafrecht', *RM Themis*, 1999.
- Rozemond, K.**, 'Waar ligt de grens van het legaliteitsbeginsel?', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, SI/EUR deel 23, Gouda Quint, 2000.
- Röling, B.V.A.**, 'Opmerkingen over het subsociale als element van het strafbaar feit', *Tijdschrift voor strafrecht*, Deel LXII, p. 261 e.v.
- Ruiter, D.W.P.**, *Bestuursrechtelijke wetgevingsleer*, Van Gorcum, Maastricht, 1987
- Ruiter, J. de**, 'Het weglopen van minderjarigen als opgave voor het jeugdrecht', in: J. Coleman (red.), *Jeugdrecht op een keerpunt. Opstellen aangeboden aan prof.mr. J. Wiarda*, H.D. Tjeenk Willink, Groningen, 1974.
- Ruttenfrans, C.**, 'Alles onder controle: eerst het water, nu de dood', *de Gids*. Juli/ Augustus 1997.
- Schalken, T.M.**, *Pornografie en strafrecht. Beschouwingen over het pornografiebegrip en zijn juridische hanteerbaarheid*, diss. VU, Gouda Quint/Brouwer en Zoon, Arnhem, 1972.
- Schalken, T.M.**, 'Strafbaarstelling en de garantiefunctie van het strafrecht', in: J.A.M. van Angeren e.a. (red.), *Kracht van Wet. Opstellen over publiekrechtelijke wetgeving aangeboden aan Mr. J.W. van Eijkeren*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1984.
- Schalken, T.M.**, 'Euthanasie en de rechtspolitieke betekenis van het gewetensconflict', *Nederlands Juristenblad*, 1984, p. 38-50.
- Schalken, T.M.**, 'Privatisering van de dood?', *Delikt en Delinkwent*, nr. 9, 2001.
- Scheltema, M.**, *De wondere wereld van het bestuursrecht*, Afscheidsrede RUG, Kluwer, Deventer, 1997.
- Schilder, A.E.**, *Het recht tot vergadering en betoging*, Gouda Quint, Arnhem, 1989
- Schuyt, C.J.M.**, *Recht, orde en burgerlijke ongehoorzaamheid*, derde druk, Universiteits Pers Rotterdam, 1976.
- Shklar, Judith N.**, *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, Harvard University press, Cambridge Massachusetts, London, England, 1986.

**Simons, D.**, *Leerboek van het Nederlandse Strafrecht. Eerste deel, Algemene leerstukken*, bijgewerkt door W. Pompe, P. Noordhoff N.V., Groningen-Batavia, 1937

**Singer-Dekker, H.**, 'De wet afbreking zwangerschap op de keper beschouwd of zullen we het dan nooit leren?', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Gouda Quint, Arnhem, 1985.

**Smidt, H.J.**, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Eerste deel*, H.D. Tjeenk Willink, Haarlem, 1891.

**Smidt, H.J.**, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Tweede deel*, H.D. Tjeenk Willink, Haarlem, tweede druk, 1891.

**Smidt, H.J.**, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Derde deel*, H.D. Tjeenk Willink, Haarlem, tweede druk, 1892.

**Stolleis, Michael W.**, *Law under the swastikas: studies on legal history in Nazi Germany*, Thomas Dunlap transl., University of Chicago Press, 1998.

**Stout, H.D.**, 'Doelmatige bestuurlijke belangenafweging: een speciaal terrein', in: J.W.M. Engels, e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, p. 237-253.

**Strijards, G.A.M.**, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, Studiepockets strafrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1995.

**Sutorius, E.Ph.**, 'Vrijwillige euthanasie of de gewetensfunctie van een rechtspolitek conflict', *Nederlands Juristenblad*, 1984.

**Swart, A.H.J.**, 'De Nederlandse strafrechtspleging in een internationaal krachtveld', in: M. Moerings e.a. (red.), *Hoe punitief is Nederland?*, Gouda Quint, Arnhem, 1994.

**Tieman, J.R.C.**, *Naar een nuttige toepassing van het begrip afvalstof. Over de betekenis en toepassing van kernbegrippen van internationaal, Europees en Nederlands afvalstoffenrecht*, diss. UU, Kluwer, Deventer, 2003.

**Tietenberg, T.**, *Environmental and natural resource economics*, Harper Collins, New York, third edition, 1992, p. 12 e.v.

**Tijn, Th, van**, *Het sociale leven in Nederland, 1844-1875*, in: AGN, deel 12, Bussum, 1977, p. 12-32 en 131-166.

**Tucker, D.F.B.**, *Law, Liberalism and Free Speech*, Rowman & Allanheld Publishers, Totowa, New Jersey, 1985.

**Valk, L.A. van der**, *Van pauperzorg tot bestaanszekerheid: een onderzoek naar de ontwikkeling van de armenzorg in Nederland tegen de achtergrond van de overgang naar de Algemene Bijstandwet 1912-1965*, diss. EUR, Eburon, Delft, 1986.

**Veen, Th.W. van**, *De straf als instrument*, oratie RUG, Van Gorcum & Comp., Assen, 1969.

**Veen, Th.W. van**, 'De betekenis van het 'subsociale' voor het straffen en het strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht*, LXI.

- Veen, Th.W. van**, 'Smaad en belediging in het rapport van de Werkgroep art. 117 van het Wetboek van Strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1969, nr. 6, p. 291-300.
- Veen, Th.W. van**, 'Ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. De rechter aan zijn grens?', *RM Themis*, 1971.
- Veen, Th.W. van**, 'Facet-wederrechtelijkheid', *Nederlands Juristenblad*, 1972, p. 466 - 469.
- Veen, Th.W. van**, 'Vrij's subsocialiteit: het functioneren van de straf', in J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1973.
- Veen, Th.W. van**, *Ongeschreven strafuitsluitingsgronden*, Delikt en Delinkwent 1978.
- Veen, Th.W. van**, 'Ontbreken van materiële wederrechtelijkheid', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtstheorie & Rechtsfilosofie*, 1980, nr. 1.
- Veen, Th.W. van**, 'Het stelsel der excepties', in J.P. Balkema e.a. (red.) *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1986.
- Veld, J. In 't.**, en **Koeman, N.**, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Studiepockets Staats- en bestuursrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1985.
- Veld, J. In 't.**, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Studiepockets Staats- en bestuursrecht, 3<sup>de</sup>, geheel herziene, druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1985.
- Vellinga, W.H.**, 'Strafwetgeving als techniek van regel en uitzondering', in J.P. Balkema e.a. (red.), *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Gouda Quint, Arnhem, 1985.
- Vermunt, D.J.P.M.**, *Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek*, diss. KUN, Gouda Quint, Arnhem, 1984.
- Vermunt, D.J.P.M.**, 'Nogmaals: de veearts van stal (II)', *Delikt en Delinkwent*, nr. 8, 1984.
- Vermunt, D.J.P.M.**, 'Nogmaals: de veearts van stal (I)', *Delikt en Delinkwent*, nr. 2, 1984.
- Vervaele, J.**, *Rechtsstaat en recht tot straffen*, Kluwer, Antwerpen, Gouda Quint, Arnhem, 1990.
- Verweij, J.H.**, en **Michiels, F.C.M.A.**, 'De twee kanten van de bestuurlijke dwangsom. De flexibiliteit en de beperkingen van de dwangsom in het milieurecht', *Milieu en recht*, 1993/3, p. 146-156
- Visser, M.J.C.**, *Zorgplichtbepalingen het strafrecht*, diss. UM, Gouda Quint, Arnhem, 2001.
- Visser, M.J.C.**, 'Aanvullende criteria: bestanddeel of strafuitsluitingsgrond?', *Milieu en Recht*, 02/2001.
- Vlemminx, F.M.C.**, 'Artikel 22', in: P.W.C. Akkermans en A.K. Koekoek (red.), *De Grondwet, een artikelsgewijs commentaar*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, derde druk, 2000.

**Vlies, I.C. van der**, *Het wetsbegrip, en beginselen van behoorlijke regelgeving*, diss. UvA, 's Gravenhage, 1984.

**Vlieland, D.C.**, *Spreekkoren strafbaar? Een onderzoek naar de aard, strekking en toepasselijkheid van de artikelen 137c-d Sr en de vrijheid van meningsuiting op spreekkoren in het voetbal*, doctoraalscriptie EUR, 2001.

**Voorhoff, D.**, 'Freedom of Communication and the Protection of Privacy: Balancing Freedom Rights.Regulation and Self-Regulation. The position of the Council of Europe', *Legal Expertise*, 1994.

**Vrij, M.P.**, *Ter effening. Het subsociale als derde element van het delict*, J.B. Wolters' Uitgeversmaatschappij N.V., Groningen-Batavia, 1948.

**Vrij, M.P.**, 'Wat het vonnis betoogt', *Tijdschrift voor Strafrecht*, LXII.

**Weimer, W.B.**, *Notes on the Methodology of Scientific Research*, Lawrence Erlbaum Ass.Publishers, Hillsdale, New Jersey, 1979.

**Wemes, L.T.**, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol en C.J.J. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Kluwer, Deventer, 1995.

**Wiewel, P.G.**, *Rechtsbescherming tegen bestraffing. Een onderzoek naar de rechterlijke toetsingsgronden bij het opleggen van bestuurlijke boeten en de vergelijkbare beslissingen in strafzaken*, diss. UvA, Ars Aequi Libri, 2001.

**Wijk, H.D. van**, 'Vastheid en vaagheid in het bestuursrecht', in: A.M. Donner (red.), *Besturen met recht. Een keuze uit het werk van prof.mr. H.D. van Wijk*, VNG, 's-Gravenhage, 1974.

**Wijk, H.D. van**, *Hoofdstukken van het bestuursrecht*, elfde, herziene druk, door W. Konijnenbelt en R.M. van Male, Elsevier, 's Gravenhage, 1999

**Witteveen, W.J.**, *Evenwicht van machten*, oratie KUB, W.E.J. Tjeenk Wilink, Zwolle, 1991

**Wladimiroff, M.** 'Hoe apart is economisch strafrecht', in: M. Wladimoroff (red.), *Facetten van economisch strafrecht*, Pompe reeks, deel 1, Gouda Quint, Arnhem, 1990, p. 183-195.

**Woensel, A.M. van**, 'Alweer een schofferend arrest?', *Nederlands Juristenblad* nr. 37, 17 oktober 1997.

**Woud, A. van der**, *Het lege land. De ruimtelijke orde van Nederland 1798-1848*, diss. RUG, Amsterdam, 1987

**Wöretshofer, J.**, *Volgens de regelen van de kunst. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de medicus voor professioneel uitgevoerde handelingen*, diss. UM, Gouda Quint, Arnhem, 1992.

**Zweigert, K. en Kötz, H.**, *An introduction to comparative law*, Amsterdam, 1977.

**Zwagerman, J.**, *Het vijfde seizoen*, Uitgeverij De Arbeiderspers, Amsterdam/Antwerpen, 2003

## Rapporten

**Commissie toetsing wetgevingsprojecten**, *Handhaving door bestuurlijke boeten, advies aan de Minister van Justitie*, 94/1, 12 januari 1994.

**European Consultative Forum on environment and sustainable development**, *The European Spatial Development Perspective. Comments and recommendations from the European Consultative Forum on the Environment and Sustainable Development – January 1999*, European Communities, 1999.

**Evaluatiecommissie Wet milieubeheer**, *Over de naleving van de zorgplicht voor de handhaving door bevoegde besturen, Zorgplicht voor de handhaving van milieurecht*, ECWM 2002/7, VROM, 2002.

**Evaluatiecommissie Wet milieubeheer**, *Beheer van afvalwater. Advies inzake de regeling voor het zich ontdoen, de inzameling en het transport van afvalwater*, ECWM 2002/9, VROM, 2002

**Ministerie van Verkeer en Waterstaat**, *Anders omgaan met water. Waterbeleid voor de 21<sup>e</sup> eeuw*

**OECD documents**, *Reducing Environmental Pollution: Looking Back, Thinking Ahead*, Organisation for economic co-operation and development, Paris, 1994

Provincie Zeeland, *Samen slim met water. Waterhuishoudingsplan 2001-2006*.

Rapport Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving, *Het recht ten uitvoer gelegd*, Den Haag, augustus 1995.

## Jurisprudentie

### *Europees Hof voor de Rechten van de Mens*

EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146, m.nt. Alkema (Sunday Times).

EHRM 8 juli 1986, *NJ* 1987, 901 (Linger vs Austria).

EHRM 23 mei 1991, *NJ* 1992, 456 (Oberschlick vs Austria).

EHRM 25 februari 1992, *Series A*, no. 226-A (Andersson).

EHRM 25 mei 1993, *Series A*, no. 260-A (Kokkinakis vs Griekenland).

EHRM 27 september 1995, *NJ* 1996, 49, m.nt. Kn. (G. vs France).

EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997, 1, m.nt. Kn. (C.R. vs United Kingdom).

EHRM 6 februari 2001, *NJ* 2002, 158.

### *Hoge Raad der Nederlanden*

HR 24 mei 1879, W 6978

HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564 (Diefstal van electriciteit).

HR 22 december 1952, *NJ* 1954, 478, m.nt. BVAR.

HR 19 juni 1962, *NJ* 1962, 276.



HR 5 november 1968, *NJ* 1969, 78.  
HR 04 november 1969, *NJ* 1970, 127.  
HR 03 juli 1972, *NJ* 1973, 78 (Sosjale Joenit I).  
HR 16 oktober 1973, *NJ* 1974, 29, m.nt. ThWvV. (Sosjale Joenit II).  
HR 3 mei 1977, *NJ* 1978, 692, m.nt. GEM.  
HR 28 november 1978, *NJ* 1979, 93 (Deep Throat).  
HR 5 oktober 1982, *NJ* 1983, 271.  
HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801.  
HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106 m.nt. ThWvV.  
HR 10 november 1987, *NJ* 1988, 426.  
HR 21 juni 1988, *DD* 88.424.  
HR 19 september 1988, *NJ* 1989, 146.  
HR 18 september 1989, *NJ* 1990, 291.  
HR 27 februari 1990, *NJ* 1991, 109.  
HR 2 juli 1990, *NJ* 1991, 110.  
HR 26 mei 1992, *NJ* 1992, 568.  
HR 22 januari 1993, *NJ* 1994, 734.  
HR 13 september 1994, *NJ* 1994, 476.  
HR 2 november 1993, *NJ* 1994, 197, m.nt. ThWvV.  
HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473, m.nt. DWFV.  
HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656  
HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422, m.nt. EJD.  
HR 17 oktober 1995, *NJ* 1996, 337, m.nt. Sch.  
HR 7 januari 1997, *NJ* 1997, 474, m.nt. Sch.  
HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 782, m.nt. 't H.  
HR 30 november 1999, *NJ* 2000, 216, m.nt. Sch.  
HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 129.  
HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167 m.nt. Sch.  
HR 3 december 2002, *NJ* 2003, 606  
HR 20 november 2001 *NJ* 2003, 632, m.nt. prof.mr. R. de Lange en PMe  
HR 30 maart 2004, *NJ* 2004, 376, m.nt. YB  
HR 9 november 2004, *NJ* 2005, 217, m.nt. YB

### ***Gerechtshoven***

Hof Leeuwarden 08 december 1955, *NJ* 1956, 201.  
Hof 's-Hertogenbosch, 1 oktober 1953, *NJ* 1954, 572.  
Hof Amsterdam 22 oktober 1968, *NJ* 1969, 466.

### ***Bijzondere raad voor Cassatie***

BRvC 14 februari 1949, *NJ* 1949, 157.



## Curriculum Vitae

Peter Bogert werd op 25 mei 1971 geboren te Dordrecht. Na het behalen van zijn mavo (P.J. Evertseschool), havo en vwo (Chr.Sgm. Henegouwerplein), studeerde hij Nederlands recht aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam. Na zijn studie was hij parketsecretaris bij het arrondissementsparket te Dordrecht, en van mei 1999 tot en met december 2003 werkzaam als assistent-in-opleiding bij de vakgroep Strafrecht en Criminologie van de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit te Rotterdam. Thans is hij werkzaam als universitair docent straf(proces)recht bij de sectie Strafrecht van de Radboud Universiteit te Nijmegen.

