

2 | Het Wetboek van Strafrecht ter discussie

Jeroen ten Voorde •

‘Ein Gesetzbuch soll und kann nicht sein ein Ewigkeitswerk.’¹

2.1 INLEIDING

Anders dan het Wetboek van Strafvordering lijkt het Wetboek van Strafrecht een veel rustiger bezit. Hoewel vaak en veel aan het Wetboek van Strafrecht is en wordt gesleuteld, zoals in het vervolg van deze bijdrage zal blijken, wordt anders dan met betrekking tot het Wetboek van Strafvordering ten aanzien van het Wetboek van Strafrecht niet de urgentie gevoeld dat (in zijn geheel) te moderniseren. Slechts een enkele keer in de geschiedenis van het huidige, in 1886 ingevoerde, Wetboek van Strafrecht werd voorgesteld het min of meer integraal onder de loep te nemen en te wijzigen. De eerste keer was al in 1900, in de bekende Novelle Cort van der Linden. Deze minister van Justitie stuurde een voorstel voor een omvangrijke aanpassing van het Wetboek van Strafrecht naar de Tweede Kamer met als belangrijkste argument dat ‘de praktijk verschillende gebreken en leemten aan het licht gebracht’ heeft, die moeten worden opgelost. De voorstellen beoogden de hoofdbeginselen niet te wijzigen, terwijl het debat over geschilpunten waarover tijdens de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht na lange discussies een beslissing was genomen niet opnieuw werd geopend.² De Novelle betrof zowel het Algemeen Deel (Eerste Boek) als het Bijzonder Deel (Tweede en Derde Boek) en bevatte een groot aantal voorstellen.³ Van een parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is het nooit gekomen; het werd ingetrokken en vervangen door een veel minder vergaand voorstel van minister Loeff, de opvolger van Cort van der Linden als minister van Justitie. Het voorstel was volgens hem gewenst omdat uit

■ J.M. ten Voorde is universitair hoofddocent straf- en strafprocesrecht aan het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden en bijzonder hoogleraar strafrechtsfilosofie (leerstool Leo Polak) aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 Schultz, geciteerd door D. Simons in: De ontwerpen tot wijziging van het strafstelsel, *W.* 11762.

2 *Kamerstukken II* 1900/01, 100, 3, p. 8.

3 Zie uitgebreid E.M. Moerman & P.A.M. Mevis, ‘De Novelle Cort van der Linden en zijn betekenis voor de discussie over enige actuele aspecten van materieel strafrecht’, *DD* 2013/47.

de rechtspraak bleek dat praktische ‘verbeteringen in het Wetboek’ nodig waren, terwijl ‘alle zuiver theoretische bepalingen en wijsgeerige onderwerpen’ terzijde konden worden gelaten.⁴ Dit voorstel werd een jaar later (in 1905) zonder opgaaf van redenen door de opvolger van minister Loeff, Van Raalte, ingetrokken.⁵ Het duurde vervolgens tot eind jaren zestig vooraleer een volgende minister van Justitie, Samkalden, aan de Tweede Kamer meldde zich te beraden over een onderzoek naar een algemene herziening van het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht.⁶ Of dat onderzoek er ooit is gekomen en wat de uitkomsten ervan waren, is niet bekend. De Tweede Kamer is over de eventuele uitkomsten in ieder geval nooit geïnformeerd.

Jaren later beweerde minister van Justitie Korthals dat het Wetboek van Strafrecht ‘op hoofdlijnen nog steeds een adequate catalogus van strafbare feiten’ is.⁷ We mogen aannemen dat dit ook slaat op de andere onderwerpen waaruit het Wetboek van Strafrecht bestaat, het sanctiestelsel en de algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Er zijn geen aanwijzingen te denken dat de huidige minister van Veiligheid en Justitie er op dit punt diametraal andere opvattingen op na houdt.

Hoe houdbaar is de stellingname van Korthals? Om die vraag te beantwoorden lijkt het eerst aardig de geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht samen te vatten. Hoe vaak is het Wetboek sinds 1886 gewijzigd, welke onderdelen zijn vaak en welke onderdelen zijn niet of nauwelijks gewijzigd? Maar ook, wat zijn de opvattingen over (onderdelen van) het Wetboek van Strafrecht? Is de catalogus nog adequaat? Zijn de algemene leerstukken nog voldoende stevig in het Wetboek ingebed? In het eerste deel van deze bijdrage breng ik de ontwikkeling van en de discussie over het Wetboek van Strafrecht in kaart. Ik richt mij daarbij omwille van de omvang van de literatuur op hedendaagse discussies. Dan nog moet ik mij beperken; in zeven mijlslaarzen ga ik door de discussies heen en stip ik de mijns inziens belangrijkste kanttekeningen bij (delen van) het Wetboek en ideeën tot wijziging ervan aan. Deze kanttekeningen zijn een mix van in de literatuur geopperde op- en aanmerkingen, maar ook vragen van mijn kant (zonder deze overigens in deze bijdrage uit te werken of te beantwoorden). Doordat het betoog sterk is gecompliceerd, zal het erop lijken alsof er van alles aan het Wetboek

4 *Kamerstukken II* 1904/05, 80, 3, p. 13.

5 *Kamerstukken II* 1905/06, 56, 1. Wellicht ligt de verklaring in het verschil in politieke kleur: Loeff was gematigd conservatief (en katholiek), Van Raalte een liberaal (vrijzinnig democraat).

6 *Kamerstukken II* 1965/66, 8300 VI, p. 2. Overigens blijkt uit de Handelingen dat het ging om een idee, dat nog op geen enkele wijze was uitgewerkt, laat staan dat er zich een vaste overtuiging had gevormd dat het Algemeen Deel moest worden herzien. Zie *Handelingen II* 20 oktober 1965, p. C 38.

7 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 564, 1, p. 3. Zie ook F. Korthals Altes, Ministerieel ten geleide, in J.P. Balkema e.a. (red.), *Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 1-3.

mankeert. Zo moet deze bijdrage echter niet worden gelezen; veel onderwerpen worden namelijk niet genoemd en de kanttekeningen die wel worden geplaatst betreffen soms details. Tegelijkertijd geven de thema's en onderwerpen die worden behandeld wel aan dat er voldoende stof is om het Wetboek veel intensiever en meer integraal tegen het licht te houden. In het tweede deel van deze bijdrage geef ik drie manieren om een wetboek te wijzigen. Het tweede deel is meer methodisch van aard. Dat is nodig teneinde te voorkomen dat tegen het licht houden van het Wetboek van Strafrecht bij voorbaat gedoemd is te mislukken ten gevolge van terminologische onduidelijkheid of onzorgvuldigheid.

2.2 HET ALGEMEEN DEEL

2.2.1 Ontwikkelingen in het Algemeen Deel

Het Algemeen Deel kan in vier delen worden onderscheiden: algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid (Titel I, III, IIIa, IV, V, VI, VII en VIII), straffen en maatregelen (Titel II en IIA), het jeugdstrafrecht (Titel VIIIA) en betekenis van sommige in het wetboek voorkomende uitdrukkingen (Titel IX).⁸ Aan de nummering zien we direct dat sinds de inwerkingtreding aan het Algemeen Deel drie titels zijn toegevoegd (IIA, IIIa en VIIIA). De eerste bepaling heeft nummer 1, de slotbepaling nummer 91. Het totaal aantal bepalingen in het Algemeen Deel bedroeg op 1 juni 2016 als ik goed heb geteld 257. Naar verloop van tijd zijn 49 bepalingen die ooit daarvan deel uitmaakten uit het Algemeen Deel verwijderd. Van de 91 bepalingen waaruit het Algemeen Deel oorspronkelijk bestond, zijn er negentien ongewijzigd gebleven.⁹ Van de resterende 72 bepalingen werden er zeventien één keer gewijzigd en acht meer dan vijftien keer (met een uitschieter van 25 wijzigingen (art. 4 Sr)). In de afgelopen vijftien jaar werden tientallen bepalingen één of meerdere keren gewijzigd. Van de 91 oorspronkelijke bepalingen zijn er 25 ooit vervallen verklaard (sommige zelfs twee keer).¹⁰ Daarvan zijn er zeven nog steeds vervallen.¹¹ Verschillende vervallen verklaarde bepalingen zijn met een volstrekt nieuwe inhoud opnieuw ingevoerd (bijvoorbeeld art. 46 en 83 Sr).

8 Ik heb mij bij het gebruik van hoofd- of kleine letter bij het titelnummer gehouden aan de wet. De wetgever blijkt niet altijd consistent in het gebruik van hoofd- en kleine letters bij de nummering van de titels.

9 De artt. 1, 21, 29, 40, 41, 42, 43, 48, 50, 52, 59, 61, 69, 73, 80, 81, 82, 86 en 90 Sr.

10 De artt. 15, 16, 24 en 74 Sr.

11 De artt. 12, 14, 17, 20, 22, 25 en 30 Sr.

Het aantal wetswijzigingen sinds de totstandkoming van het Algemeen Deel op 3 maart 1881 bedraagt op 1 juni 2016 204.¹² In de literatuur is gesteld dat vooral de laatste decennia het aantal wijzigingen van het Algemeen Deel fors is toegenomen.¹³ Dat blijkt inderdaad het geval. Van de 204 wetswijzigingen zijn er 126 sinds 1990 gerealiseerd. De wijzigingen zijn niet gelijkmatig over het Algemeen Deel verdeeld. Vooral bepalingen betreffende de sancties en het jeugdstrafrecht zijn vaak gewijzigd. Het aantal wijzigingen in de titels waarin de algemene leerstukken zijn opgenomen, is lager, al zij gezegd dat aan de rechtsmachtbepalingen (art. 2-8c Sr) sinds 1886 flink is gesleuteld. De bepalingen waarin algemene leerstukken zijn neergelegd (de strafuitsluitingsgronden, deelneming, samenloop en ne bis in idem) zijn tot op zekere hoogte met rust gelaten.

2.2.2 Commentaar op de wijzigingen

Eén argument om het Wetboek van Strafvordering te moderniseren is de grote hoeveelheid wetswijzigingen van de afgelopen decennia. Die wijzigingen zouden hebben geleid tot ‘een oerwoud van incidentele wettelijke voorzieningen en jurisprudentiële oplossingen, die elkaar voortdurend verdringen en overwoekeren.’¹⁴ Het valt te bezien of iets dergelijks van het Wetboek van Strafrecht kan worden gezegd. Op het niveau van de drie boeken geldt dat de structuur daarvan niet wezenlijk is veranderd. Er zijn enkele titels toegevoegd, enkele geschrapt en enkele hebben een andere naam gekregen. Wie het Wetboek op het niveau van de titels beschouwd en vergelijkt met het Wetboek van dertig, zestig of negentig of honderdtwintig jaar geleden, ziet echter vooral continuïteit. Toch kunnen we niet ontkennen dat er veel is veranderd. Wie in het Eerste Boek bladert ziet dat Titel I (art. 2-8c), Titel II (art. 9, 10, 14a e.v., 15 e.v., 22b Sr), Titel IIA (art. 36e, 38m e.v. Sr) Titel IV (art. 45-46b Sr), Titel VIII (art. 70-71 Sr) en Titel VIIIA in de loop der jaren flink zijn gewijzigd. Nogal wat van die wijzigingen of aanvullingen staan op het eerste gezicht op zichzelf en houden vooral verband met het bij de tijd houden van het Wetboek. Dat kan echter een wat verhullende term zijn voor fundamentele

12 Ik heb mij gebaseerd op gegevens gepubliceerd op opmaat.nl. Het getal betreft het aantal keren dat een wet in het Staatsblad werd afgekondigd, sinds de publicatie van het Wetboek van Strafrecht in 1881 (*Stb.* 1881, 35) en waarin (onder andere) één of meer onderdelen van het Wetboek van Strafrecht werden gewijzigd.

13 Zie Y. Buruma, ‘Grenzen aan strafrechtelijke aansprakelijkheid’, in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 72; J. de Hullu, ‘Op zoek naar begrenzingen van strafrechtelijke aansprakelijkheid’, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context* (Buruma-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 271.

14 M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 1, geciteerd in: Discussiestuk: Inleidende notitie, p. 5.

wijzigingen in het denken over het materiële strafrecht, zowel het sanctiestelsel als de algemene leerstukken. Laten we de wijzigingen in het Algemeen Deel daarom wat gedetailleerder bekijken.

De veranderingen in het sanctiestelsel laten goed de veranderende opvattingen over straf in Nederland zien.¹⁵ Het toegenomen belang van de geldboete, de opkomst van de voorwaardelijke straf en de voorwaardelijke invrijheidstelling,¹⁶ de introductie van de taakstraf en de mogelijkheid straffen te combineren zijn enkele voorbeelden van de veranderingen in Titel II. Belangrijk is natuurlijk ook de opkomst van de maatregel (Titel IIA), waarin de invloed van de zogeheten Moderne Richting in het strafrecht zichtbaar wordt. Het aldus ontstane 'tweesporenstelsel' heeft tot veel discussie geleid,¹⁷ maar heeft vaste voet aan de grond gekregen.

Het aantal sancties is sinds 1886 sterk toegenomen. De mogelijkheid sancties te combineren heeft de diversiteit verder vergroot. De positieve aspecten daarvan worden onderkend. Tegelijkertijd is de toegenomen diversiteit de leesbaarheid niet ten goede gekomen. De verhouding tussen de verschillende sanctiemodaliteiten leidt in de rechtspraak tot hoofdbreken.¹⁸ Dat geldt bijvoorbeeld voor sommige bijzondere voorwaarden in art. 14c en 15a Sr in relatie tot maatregelen die verderop in het Eerste Boek zijn geregeld, zoals de vrijheidsbeperkende maatregel.

Met de maatregel is de wetgever anders over proportionaliteit gaan denken. Die hoeft niet doorslaggevend te zijn bij het bepalen van een in een concreet geval op te leggen sanctie, maar kan in zekere zin terzijde worden geschoven

15 Ik doel hier op de opkomst van de Moderne Richting in het strafrecht, de humaniserende en functionalistische stromingen na de Tweede Wereldoorlog en de opkomst van de zgn. 'risicojustitie' in de laatste vijftientig jaar die elk hun (soms nog steeds zichtbare) sporen in het sanctiestelsel hebben achtergelaten. Voor een overzicht van deze stromingen zie Y. Buruma, Inleiding: een strafrechtelijke ideeëngeschiedenis van de 20^{ste} eeuw, in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 11-46 (voetnoten op p. 383-388).

16 Een modaliteit die op zichzelf al het veranderende strafklimaat in Nederland goed laat zien. Immers, zij is ooit ingevoerd als voorwaardelijke invrijheidstelling, vervolgens vervangen door de vervroegde invrijheidstelling om vrij recent weer te worden vervangen door de voorwaardelijke invrijheidstelling.

17 Zie D. van der Landen, *Straf en maatregel. Een onderzoek naar het onderscheid tussen straf en maatregel in het strafrecht* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992.

18 Het Wetsvoorstel herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen beoogt de leesbaarheid van de regeling van het sanctiestelsel te vergroten. Daartoe wordt een nieuw boek aan het Wetboek van Strafvordering toegevoegd, waarin meer dan 80 bepalingen uit het Eerste Boek van het Wetboek van Strafrecht worden opgenomen en ten dele herschreven. In hoeverre alle onduidelijkheden in de toepassing van sancties, zoals die in de rechtspraak worden ervaren, worden weggenomen, zal moeten blijken. Overigens is een belangrijke wijziging de verandering in het doel van de tenuitvoerlegging van de straf. Naast de resocialisatiegedachte worden de veiligheid van de samenleving en de belangen van het slachtoffer een doel van de tenuitvoerlegging (*Kamerstukken II 2014/15*, 34 086, 2). Zie reeds *Kamerstukken II 2013/14*, 33 745, 3, p. 16.

wanneer andere belangen op het spel staan.¹⁹ Ook ten aanzien van de straf is de wetgever anders over proportionaliteit gaan denken. Dat blijkt uit de mogelijkheid om per feit meer dan één hoofdstraf te kunnen opleggen (art. 9 Sr),²⁰ iets wat bij de totstandkoming van het Wetboek slechts sporadisch mogelijk was gemaakt en uit de verhoging van de maximum tijdelijke gevangenisstraf in art. 10 lid 2 en 3 Sr. De onmogelijkheid om in bepaalde gevallen een taakstraf op te leggen (art. 22b Sr) wijst ook op een verschuiving in het denken over proportionaliteit. Die verschuiving heeft niet zonder meer systematisch plaatsgevonden. De verhoging van de maximum tijdelijke gevangenisstraf is zonder (al te veel) discussie tot stand gebracht, terwijl de onmogelijkheid om in bepaalde gevallen een taakstraf op te leggen nauwelijks doordacht zou zijn ingevoerd.

De invoering van art. 22b Sr wordt overigens gezien als een breuk met een 'gezichtsbepalend uitgangspunt' van het strafrecht, zijnde de grote discretionaire ruimte van de rechter bij de straftoemeting.²¹ Hoewel over deze wetswijziging wisselend wordt gedacht, is zelfs de meest genuanceerde auteur niet gelukkig met het beperken van de discretionaire ruimte van de strafrechter bij het bepalen van de sanctie.²² De rechterlijke alleenheerschappij bij de straftoemeting is met de invoering van de transactie natuurlijk allang verleden tijd.²³ De mogelijkheid een transactie aan te bieden of een strafbeschikking op te leggen voor feiten tot en met zes jaar gevangenisstraf (zonder dat die gevangenisstraf overigens door de officier van justitie mag worden opgelegd), raakt in het bijzonder de structuur van het Bijzonder Deel.

19 Ook de maatregel moet tot op zekere hoogte proportioneel zijn, met name terbeschikkingstelling, maar wat proportioneel is, is aan verandering onderhevig. Zie de recente wijziging van art. 38e lid 2 Sr en het voorstel voor langdurig toezicht op o.a. ex-terbeschikkinggestelden (*Kamerstukken II 2013/14*, 33 816).

20 Met de mogelijkheid van combinatiestrafen en alternatieven (taakstraf of geldboete in plaats van gevangenisstraf, art. 9 lid 2 en 3 Sr) heeft de wetgever ook een *subsidiariteits* geïntroduceerd. Wanneer in een concreet geval een taakstraf of geldboete beter recht doet aan de aard en ernst van de feiten en de persoon en persoonlijke omstandigheden van de dader, hoeft geen gevangenisstraf (zelfs niet in voorwaardelijke zin) te worden opgelegd. Het Wetboek kende die subsidiariteitstoets (in de vorm van een alternatieve straf) niet in deze mate.

21 Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht één van de wezenskenmerken van ons strafrecht beschouwd. Zie H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* (bew. J.W. Smidt), Eerste Deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 26. Zie ook P.M. Schuyt, 'Het bepalen van de straf: een taak van de rechter', *Trema Straftoemetingsbulletin* 2009, nr. 1, p. 13-16. Met name de poging minimumstraffen in te voeren (*Kamerstukken II 2011/12*, 33 151, 2), werd gezien als een grote aanslag op dit uitgangspunt.

22 Zie M.S. Groenhuijsen, 'Sluipende uitholling van strafrechtelijke uitgangspunten. De bijzondere plaats van de taakstraf?', *DD* 2009/31, p. 426: 'Het is gewoon onverstandig om per delictstype te gaan nadenken over het verkleinen van de straftoemetingsruimte van de rechter.'

23 Zie reeds J.P. Balkema en G.J.M. Corstens, 'Het straffenarsenaal', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenboek honderd jaar strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 306.

Gelet op het geringe aantal wijzigingen van de betreffende bepalingen in het Algemeen Deel lijken de algemene leerstukken de tand des tijds te hebben doorstaan. Dat is zonder meer een verdienste van de samenstellers van het Wetboek. Dat neemt niet weg dat ten aanzien van de algemene leerstukken zich belangrijke ontwikkelingen hebben voorgedaan.²⁴ Ik noem in de eerste plaats de codificatie van voorbereidingshandelingen in art. 46 Sr. Hoewel het Wetboek reeds vóór de invoering van art. 46 Sr enkele zelfstandig strafbaar gestelde voorbereidingshandelingen kende, betekende de invoering ervan in het Algemeen Deel een breuk met het verleden. Het strafrecht heeft zich met de voorbereidingshandelingen in het Algemeen Deel meer op het terrein van de 'voorfase' begeven. De invoering van art. 46 Sr ging echter niet gepaard met een systematische doordenking van de plaats en de rol van het strafrecht in de voorfase, waarbij onder andere hoort een duidelijke rolverdeling tussen het Algemeen Deel en het Bijzonder Deel.²⁵ De voorbereidingshandelingen in het Algemeen en het Bijzonder Deel zouden, onder andere gelet op het belang dat aan de voorfase wordt gehecht in het hedendaagse strafrecht, opnieuw en systematischer kunnen worden doordacht.

In de tweede plaats is de stelling dat veel algemene leerstukken een behoorlijke ontwikkeling hebben doorgemaakt natuurlijk een open deur. De wetgever heeft de strafrechtswetenschap en de strafrechter aangemoedigd om verschillende leerstukken (verder) te ontwikkelen. Die aanmoediging is niet aan dovemansoren gericht geweest. Eén en ander heeft tot gevolg gehad dat verschillende leerstukken een belangrijke ontwikkeling hebben doorgemaakt.²⁶ De strafuitsluitingsgronden overmacht en noodweer zijn daarvan slechts twee voorbeelden. Noodweer is nog steeds in beweging en de roep om wetswijziging lijkt, ondanks de rechtspraak van de Hoge Raad en het beleid van het Openbaar Ministerie, niet te verstommen.²⁷ De ideeën gaan in de richting van het beperken van het bereik van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Ook wordt de vraag gesteld of immateriële goederen tot de te beschermen rechts-

24 Het behoeft geen toelichting dat lezing van verschillende bepalingen, denk aan de strafuitsluitingsgronden en de deelnemingsvormen, de lezer op het verkeerde been zet wanneer die zou denken dat de wet een volledig en actueel overzicht van deze leerstukken en daarbinnen onderscheiden deelterreinen biedt.

25 Zie B.F. Keulen, 'Grenzen aan strafbare voorbereiding', in: E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 45-76; B.F. Keulen, 'Strafrecht en crises', in: *Crises, rampen en recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Kluwer 2014-1, p. 195-261.

26 Volgens De Hullu (2015, p. 568) vormt dat een reden het Algemeen Deel tegen het licht te houden. Een voorbeeld van een leerstuk dat zelfs een andere invulling lijkt te hebben gekregen dan de wetgever voor ogen had, is roekeloosheid. Zie T. Kooijmans, 'De roekeloze automobilist', *Ars Aequi* 2013, p. 118-124. Zie daarover wat genuanceerder J.M. ten Voorde, 'Roekeloze rechtsvorming?', in: R. de Graaf e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 337-351.

27 Zie J.M. ten Voorde, 'Kwetsbaarheid aan het woord bij de herijking van noodweer?', in: M.-C. Foblets, M. Hildebrandt en P. Steenbergen (red.), *Liber amicorum René Foqué*, Gent: Larcier 2011, p. 261-277.

goederen moeten behoren.²⁸ In de literatuur is tevens geopperd om varianten van overmacht en afwezigheid van alle schuld wettelijk te regelen.²⁹ Tevens is, zij het al wat langer geleden, betoogd het onbevoegd gegeven ambtelijk bevel (art. 43 lid 2 Sr) uit de wet te schrappen.³⁰

Andere leerstukken die een flinke ontwikkeling hebben doorgemaakt zijn de deelnemingsvormen. Die ontwikkeling heeft ertoe geleid dat de wettelijke regeling op punten soms wringt, in het bijzonder waar het gaat om het onderscheid tussen medeplegen en medeplichtigheid. Met het overzichtsarrest van de Hoge Raad,³¹ waarin hij de mogelijke overlap tussen beide deelnemingsvormen (die hij deels zelf veroorzaakt heeft) onderkent, zijn de grenzen op het eerste gezicht wellicht verscherpt, maar mijns inziens is de onduidelijkheid er niet zonder meer door verminderd.³² Zij lijkt eerder slechts erkend.³³ In de literatuur is voorgesteld om doen plegen als deelnemingsvorm te schrappen en zowel uitlokking als medeplichtigheid eenvoudiger te omschrijven.³⁴ Het in de jurisprudentie van de Hoge Raad verwaterde onderscheid tussen consecutieve en simultane medeplichtigheid zou kunnen komen te vervallen en worden vervangen door de algemene omschrijving daarvan in art. 49 lid 4 Sr.³⁵ Met de verwatering van de beide vormen van medeplichtigheid en het toegenomen belang van de omschrijving van medeplichtigheid in art. 49 lid 4 Sr, komt de vraag op of die omschrijving ook leidend zou moeten zijn voor de bijzondere medeplichtigheidsdelicten in het Bijzonder Deel (zoals art. 191 en 197a Sr).³⁶ Verdergaande voorstellen, zoals geuit door Nieboer, die aan het Wetboek van Strafrecht een ander idee van daderschap ten grondslag wil leggen, hebben in de literatuur niet op steun mogen rekenen.³⁷ Over Titel V wordt nog ge-

28 Zie N.J.M. Kwakman, 'Noodweer(exces) oprekken tot immateriële rechten?', *NJB* 2014, p. 1256-1257.

29 Zie H. de Doelder, 'De strafuitsluitingsgronden anders opgeschreven', in: M.M. Dolman, P.D. Duyx & H.G. van der Wilt (red.), *Geleerde lessen* (Stolwijk-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 27-38.

30 Zie P.H.S. van Rest, *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond. Beschouwingen over art. 43 Sr* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 177-178.

31 HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, *NJ* 2015/390, m.nt. Mevis.

32 Tekenend in dit verband het arrest van de Hoge Raad waarin hij kennelijk aanleiding zag het overzichtsarrest over medeplegen te verduidelijken. Zie HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1320, *NJ* 2016/418.

33 Zie r.o. 3.2.2 van HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474.

34 Zie B.F. Keulen e.a., *Daderschap en deelneming doorgelicht. Onderzoek naar het functioneren van de regeling van daderschap en deelneming in de rechtspraak tegen de achtergrond van een bespreking van het Nederlandse en Oostenrijkse recht*, Zutphen: Paris 2010.

35 HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:BP2745, *NJ* 2011/870, m.nt. T.M. Schalken.

36 Zoals bij medeplegen: HR 21 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1094, *SrUpdates* 2015-0203, m.nt. Ten Voorde.

37 Zie W. Nieboer, 'De materiële dogmatiek – renovatie nodig', *DD* 1981, p. 503-505. Anders, zie: J. Postma & A. van Veen, 'Strafrechtelijk optreden is van nature betrekkelijk onbeschaafd', *Ars Aequi* 1994, p. 570-571.

steld dat art. 50 Sr kan komen te vervallen.³⁸ Een meer systematische vraag is of de huidige volgorde van Titel V moet worden gehandhaafd. Ligt het niet voor de hand de Titel met het bepaalde in art. 51 Sr te laten beginnen om vervolgens te bepalen wie als daders en medeplichtigen worden gestraft?³⁹

De wettelijke regeling van samenloop is sinds 1886 enkele keren gewijzigd. Over samenloop is altijd veel te doen geweest. De Hoge Raad is in zijn rechtspraak afgestapt van het door de wetgever omarmde feitelijke handelingsbegrip en heeft gekozen voor een normatieve benadering.⁴⁰ Dat heeft ertoe geleid dat eendaadse samenloop in de rechtspraak flink aan belang heeft ingeboet. Meerdaadse samenloop (in het bijzonder art. 63 Sr) is recentelijk meer in de belangstelling komen te staan door een uitspraak van de rechtbank Amsterdam waarin werd gevonnen in afwijking van de huidige wettelijke regeling (dat wil zeggen art. 63 Sr). De minister heeft in reactie hierop besloten de wet te wijzigen.⁴¹ In de literatuur zijn in de loop der tijd diverse voorstellen gedaan de meerdaadse samenloopregeling te wijzigen: van het volledig afschaffen van de regeling tot differentiëring van de regeling in geval meer dan twee feiten worden bestraft of wanneer de dader als veelpleger wordt aangemerkt.⁴² In het wetsvoorstel meerdaadse samenloop in strafzaken wordt voorgesteld de op te leggen straf te verhogen van een derde tot de helft boven het hoogste maximum. Ook art. 63 Sr wordt aangepast, wat tot gevolg moet hebben dat het (en daarmee de regeling van meerdaadse samenloop) in minder gevallen dan nu van toepassing is.⁴³ Het voorstel wordt door de minister niet beschouwd als een breuk met het verleden, maar als een actualisering, in de zin dat recht wordt gedaan aan het maatschappelijk gevoel dat iemand die meer feiten pleegt zwaarder moet worden bestraft dan op grond van de huidige regeling mogelijk is.

Opvallend is dat de regeling niet wordt gezien in het licht van andere regelingen waarin meervoud van strafbare feiten gevolgen heeft voor de straftoemeting. Zo wordt de regeling van de recidive ongewijzigd gelaten, terwijl ook de gewoonte (die verspreid door het Wetboek op verschillende manieren is uitgewerkt) niet door de wetgever onder ogen wordt gezien. Over samenloop van straffen en maatregelen zou, bijvoorbeeld waar het de relatie

38 Zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 450. Volgens mij kan ook art. 52 Sr worden geschrapt (art. 48 en 49 Sr maken al voldoende duidelijk dat medeplichtigheid aan overtreding niet strafbaar is). De art. 53 en 54 Sr zouden naar het Wetboek van Strafvordering kunnen worden verplaatst, zoals is voorgenomen met art. 54a Sr.

39 Zie G. Knigge, 'Doen en laten: enige opmerkingen over daderschap', *DD* 1992, p. 152-154.

40 Zie voor een nog immer handzaam overzicht A.A. Franken, *Hetzelfde feit. Over samenloop van strafbare feiten en het non bis in idem-beginsel*, Nijmegen: Ars Aequi 1995.

41 Rb Amsterdam 14 oktober 2011, *NJ* 2011/468; *Kamerstukken II* 2011/12, 29 297, 129, p. 5.

42 Zie J.M. ten Voorde, C.P.M. Cleiren & P.M. Schuyt, *Meerdaadse samenloop in het strafrecht. Een onderzoek naar doel, grondslag, karakter, strekking en functie van de wettelijke regeling van meerdaadse samenloop (art. 57-63 Sr)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 89-127.

43 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 126, nr. 2.

tussen bijzondere voorwaarden (art. 14c en 15c Sr) en bepaalde maatregelen betreft, kunnen worden nagedacht.

Titel VIII van het Eerste Boek is sinds 1886 vele tientallen keren gewijzigd. De transactie is een vreemde eend in de materieelrechtelijke bijt, die door de strafbeschikking wordt uitgefaseerd. De vervolgingsverjaringsregeling is stapsgewijs min of meer uitgehold. Argumenten vóór een regeling van vervolgingsverjaring zijn de vermindering van betrouwbaarheid van bewijs in oude zaken en de afnemende rechtvaardigheid van bestraffing van oude zaken. Uit de herziening van de vervolgingsverjaring blijkt dat deze argumenten flink aan belang hebben ingeboet: moderne opsporingstechnieken maken het bewijs in oude zaken beter mogelijk, terwijl voor slachtoffers en nabestaanden de tijd de wonden lang niet altijd heelt. De wettelijke regeling is vooral met het oog op dat laatste versoepeld.⁴⁴ Het belang van het slachtoffer, zo sterk aanwezig in het strafprocesrecht, klinkt hier ook in het materiële strafrecht door. Dat belang klinkt echter weinig systematisch door, terwijl de vraag is of straf (of maatregel) ook kunnen worden gerechtvaardigd vanuit een slachtofferperspectief. Hierover is in het buitenland veel geschreven, in Nederland weinig.⁴⁵

Veel algemene leerstukken zijn niet in de wet omschreven, zoals causaliteit en opzet.⁴⁶ Met betrekking tot het laatste leerstuk valt niet te ontkennen dat op Europees terrein de nodige ontwikkelingen plaatsvinden. Blomsma meent dat het tijd wordt voor een Europese omschrijving van opzet in een Algemeen Deel van Europees materieel strafrecht.⁴⁷ De vraag die kan worden gesteld is welke betekenis de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft voor de uitleg en afgrenzing van opzet.⁴⁸ Op dit punt zien we dat het Hof flinke stappen heeft gezet. Allereerst is van belang dat opzet volgens het Hof een autonome betekenis toekomt. Het Hof is competent om – zonder acht te slaan op de tradities binnen de lidstaten – een eigen omschrijving van opzet te ontwikkelen. Hoewel beperkt tot bepaalde delen van het bestuursstrafrecht en het bijzonder strafrecht, houdt deze rechtspraak de erkenning van het voorwaardelijk opzet in, omschreven als het aanvaarden van de mogelijkheid. Een dergelijke omschrijving lijkt op de wijze waarop door de Hoge Raad voorwaardelijk opzet wordt omschreven, maar wijkt op twee cruciale punten af, namelijk op het punt van het bewustzijn en op het

44 Zie G.J. van de Lagemaat, 'Is de vervolgingsverjaring verjaard?', *Ars Aequi* 2012, p. 339-347.

45 Zie J.M. ten Voorde, *Slachtoffers en straf* (oratie Groningen), Den Haag: Boom juridisch 2016.

46 Zij hebben sinds de inwerkingtreding een flinke ontwikkeling doorgemaakt, die deels door de wetgever werd voorzien (denk aan voorwaardelijk opzet), deels resultaat is van voortschrijdend inzicht. De rechtspraak over causaliteit is daarvan m.i. een duidelijk voorbeeld.

47 J. Blomsma, *Mens rea and defences in European criminal law* (diss. Maastricht), Cambridge/Antwerp/Portland: Intersertia 2012.

48 Zie voor het navolgende J.M. ten Voorde, 'The concept of intent in rulings of the Court of Justice of the European Union', *European Public Law* 2015, p. 555-570.

punt van de aanmerkelijke kans. Denkbaar is echter dat het Hof van Justitie door een autonome uitleg van materieelrechtelijke leerstukken meer invloed gaat uitoefenen op het materiële strafrecht en tot wijziging in het denken over aansprakelijkheid zal moeten leiden.⁴⁹ Die rechtspraak raakt niet alleen het ge-europeaniseerde deel van het strafrecht, maar (uiteindelijk) het gehele strafrecht.

2.3 HET BIJZONDER DEEL

2.3.1 Ontwikkelingen in het Bijzonder Deel

Bij de totstandkoming bestond het Bijzonder Deel uit twee boeken (Tweede en Derde Boek), die op hun beurt weer bestonden uit 31, respectievelijk negen titels. Het Tweede Boek bestond ten tijde van de invoering uit 332 artikelen (art. 92-423 Sr),⁵⁰ het Derde Boek omvatte 51 artikelen (art. 424-474 Sr). Sinds 1886 is aan deze indeling weinig veranderd. Titel VI en XXXI zijn in 2006 komen te vervallen. Titel XXXI maakt sinds 2013 met een gewijzigde inhoud weer deel uit van het Wetboek. Het opschrift van Titel III, X, XII, XXVII en XXIX is gewijzigd. Er zijn twee titels toegevoegd (Titel XIXA en Titel XXXA). De opschriften van de titels van het Derde Boek zijn niet veranderd.

Op 1 juni 2016 bestond het Tweede Boek uit, als ik het goed zie, 438 artikelen, het Derde Boek uit 64. Sinds 1886 zijn aan het Tweede Boek 165 bepalingen toegevoegd en 60 (weer) vervallen. Voor het Derde Boek zijn die aantallen respectievelijk 34 en 25.⁵¹ Sinds de vaststelling van het Wetboek van Strafrecht (dat wil zeggen in 1881), is het Tweede Boek 221 keer gewijzigd, het Derde Boek 122 keer. Het aantal wijzigingen in het Tweede Boek na 1990 bedraagt ongeveer de helft van het totaal (115). Het Derde Boek is, anders dan het Eerste en Tweede Boek, na 1990 veel minder gewijzigd dan ervoor. Dit wijst op een afnemend belang van de overtredingen in het Wetboek van Strafrecht. Een verklaring daarvoor zal zijn de opkomst van de bestuurlijke handhaving via beboetbare feiten. Veel overtredingen vinden we buiten het Wetboek van Strafrecht,⁵² onder meer in regelgeving van lagere overheden.

49 De richting waarin het Hof bijvoorbeeld nadenkt over daderschap en deelneming is nog ongewis. Als het hof zich laat beïnvloeden door het proefschrift van Johannes Keiler (*Actus reus and participation in European criminal law* (diss. Maastricht, Cambridge etc: Intersertia 2013) en het daarin geformuleerde Einheitsstätterschaft, dan kan dat tot herbezinning van de deelnemingsregeling moeten leiden.

50 Bij de invoering werden aan het oorspronkelijk vastgestelde Wetboek van Strafrecht vijf bepalingen toegevoegd; vijftien bepalingen werden in gewijzigde vorm ingevoerd (Wet van 15 januari 1886, *Stb.* 6).

51 Sommige artikelnummers zijn vervallen en na verloop van tijd opnieuw ingevoerd. Dat verklaart het verschil tussen het oorspronkelijke en het huidige aantal artikelen en het aantal toegevoegde en geschrapte bepalingen.

52 Zie bijv. de art. 1 en 1a van de Wet op de Economische Delicten.

Bekijken we de ontwikkelingen wat gedetailleerder, dan is het aantal wetten waarin tien of meer bepalingen in het Bijzonder Deel tegelijkertijd werden gewijzigd beperkt (Tweede Boek zeventien; Derde Boek drie). Het aantal wetten waarin vijf of meer bepalingen tegelijkertijd werden gewijzigd, is groter (Tweede Boek 56; Derde Boek acht). Verschillende wijzigingen van een groot aantal strafbepalingen in één keer betrof overigens invoering of wijziging van de (regeling van de) geldboete.⁵³ Tevens blijkt dat sommige titels vaker zijn gewijzigd dan andere. Sinds 1886 is van het Tweede Boek Titel V het meest gewijzigd (46 keer), gevolgd door Titel VIII en XIV (beide 42 keer). Titel XV en XXI zijn het minst gewijzigd (beide twee keer).⁵⁴ Van het Derde Boek zijn dat respectievelijk Titel II en Titel V. Daarbij moet worden gezegd dat Titel V van het Derde Boek uit één bepaling bestaat (art. 450 Sr). We zagen reeds dat Titel VI van het Tweede Boek (art. 152-156 Sr) in 2006 is vervallen. Geen van de titels is ooit integraal herzien. Onderdelen van titels zijn vaak meerdere keren gewijzigd. Aan titels zijn ook de nodige bepalingen toegevoegd en/of (weer) verwijderd. Titel XIV (misdrijven tegen de zeden) is daarvan een voorbeeld. Ook andere titels zijn in de loop der jaren soms flink op de schop genomen.⁵⁵ Titelovertijgende aanpassingen van het Wetboek van Strafrecht vonden onder andere plaats in 1922 (Aanpassing van het Wetboek van Strafrecht aan huidige toestanden op het gebied der aanwending van elektronisch arbeidsvermogen), 1952 (invoering Wet Oorlogsstrafrecht), 1978 ('nieuwe regelingen betreffende strafbare belediging'), 1993 en 2006 (Wet Computercriminaliteit I en II) en 2004 (Wet terroristische misdrijven).

De aanpassingen in het Tweede en Derde Boek hebben verschillende achtergronden: wijziging in of invoering van andere wetten, implementatie van internationale overeenkomsten en Europese regelgeving, technologische en economische ontwikkelingen, veranderende zeden, enzovoorts. Zij hebben geleid tot aanpassing (uitbreiding of aanscherping) van bestaande delictsoomschrijvingen, invoering van nieuwe strafbaarstellingen (of het schrappen ervan) en wijziging (veelal verhoging) van sanctienormen. Het voert te ver om in deze bijdrage per wetswijziging aan te geven of sprake was van een wijziging van bestaande delictsoomschrijvingen, invoering van nieuwe strafbaarstellingen (of het schrappen ervan) en/of wijziging van de sanctienorm. Om slechts een indruk te geven: sinds 1 januari 2011 zijn aan het Tweede en Derde Boek elf strafbaarstellingen toegevoegd (alle misdrijven) en acht geschrapt (misdrijven en overtredingen): de delictsoomschrijving van ongeveer veertig

⁵³ Wet van 4 mei 1954, *Stb.* 169; Wet van 10 maart 1984, *Stb.* 91.

⁵⁴ Dit zegt natuurlijk niet alles. Titel XV en XXI bestaan uit slechts een beperkt aantal bepalingen. De wijzigingen in Titel XV betreffen in beide gevallen de sanctienorm; aan Titel XXI is een nieuw begrip (roekeloosheid) toegevoegd (Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 11).

⁵⁵ Bijvoorbeeld Titel II in 1980, Titel IX in 1966, Titel X in 1925 en 2001 en Titel XXX in 1919 en 1991.

strafbaarstellingen is gewijzigd, terwijl in dertien strafbaarstellingen de sanctienorm telkens is verhoogd.

2.3.2 Commentaar op (onderdelen van) het Bijzonder Deel

Ondanks het grote aantal wijzigingen zagen we dat opeenvolgende ministers van Justitie hebben aangegeven dat het Wetboek van Strafrecht de tand des tijds goed heeft doorstaan. Het is niet eenvoudig om deze stelling te ondersteunen of te ontkrachten. De vele wijzigingen in het Bijzonder Deel zijn op twee manieren te lezen. Enerzijds kan worden gesteld dat het feit dat het Wetboek zo vaak is gewijzigd, de vraag oproept of het inderdaad de tand des tijds goed heeft doorstaan. Dat er zo vaak aan is gesleuteld, zeker de laatste 25 jaar, zou de indruk kunnen wekken dat het Wetboek van Strafrecht wellicht zijn langste tijd heeft gehad en nagedacht moet worden over een herziening.⁵⁶ Anderzijds kan worden gesteld dat het Wetboek kennelijk zo flexibel is dat er voldoende ruimte bestaat om nieuwe ontwikkelingen zonder al te veel moeite een plaats binnen de bestaande structuur te geven. Daarbij is het van belang om te constateren dat heel wat strafbepalingen die in de rechtspraak geregeld worden gehanteerd, zoals diefstal, afpersing, zware mishandeling, doodslag en wederspansing, sinds hun invoering zelden zijn gewijzigd. Zij roepen kennelijk geen problemen op.

Op het eerste gezicht lijkt er al met al weinig aan de hand. In de literatuur worden echter diverse thema's besproken die de indruk wekken dat dit wellicht schijn is. In de eerste plaats roept de onderverdeling in misdrijven en overtredingen vragen op. Simmelink heeft laten zien dat al bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht de onderverdeling niet vanzelfsprekend was.⁵⁷ De kritiek houdt verband met de kwalitatieve grondslag ervan, namelijk dat misdrijven rechtsdelicten en overtredingen wetsdelicten zouden zijn. Die grondslag heeft consequenties voor de toepassing van algemene leerstukken⁵⁸

56 Dat daarbij buiten het Wetboek van Strafrecht zoveel strafbepalingen zijn gerealiseerd, heeft de positie van het Wetboek er niet sterker op gemaakt. Het heeft er volgens Th. W. van Veen toe geleid dat 'de vaste hand van de ontwerpers van het wetboek een losse hand is geworden van de ontwerpers van vele strafbepalingen buiten het wetboek' (Inleiding materieel recht in beweging, *Ars Aequi* 1994, p. 6). Het gaat hierbij vaak om strafbepalingen die niet zonder meer in de zorgvuldig gekozen systematiek van het Wetboek kunnen worden geplaatst en waarvan de uitleg van erin opgenomen algemene leerstukken soms afwijkt van die in het Algemeen Deel. Van de ruimte die art. 91 Sr (en art. 55 lid 2 Sr) heeft opengelaten, is veelvuldig gebruik gemaakt. Onderzoek naar het aantal strafbaarstellingen dat buiten het Wetboek van Strafrecht is gerealiseerd, is bijna onbegonnen werk.

57 J.B.H.M. Simmelink, 'Over misdrijven, overtredingen en administratieve gedragingen', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink 2003, p. 519-522.

58 Zie J. Remmelink, *mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 105-107.

en voor de grondslag van de straf. Misdrijven worden primair vergolden door middel van straf, overtredingen worden bestraft uit oogpunt van preventie. Het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen wordt ook gerechtvaardigd vanuit wetstechnisch oogpunt: de indeling is nuttig 'voor de systematische ordening van de strafwetgeving', aldus Simmelink. Zij heeft vooral betekenis voor de inrichting van de strafrechtspleging: de handhaving van overtredingen kan op andere wijze plaatsvinden dan de handhaving van misdrijven. Aldus sluipt een procesrechtelijk argument in de discussie. De inrichting van het strafproces (meer in het algemeen: de handhavingspraktijk)⁵⁹ vormt een argument om te bezien of het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen moet worden gehandhaafd. Het is de vraag hoe belangrijk dit procesrechtelijke argument is ten opzichte van meer kwalitatieve argumenten. Simmelink lijkt aan het procesrechtelijke argument de doorslag te geven en acht het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen 'relatief' en zelfs 'gekunsteld'. Rimmelink acht de indeling 'een zeer gewichtige', en stelt het materieelrechtelijke perspectief voorop.⁶⁰ Wat hiervan zij, voor de samenstelling van een Wetboek van Strafrecht zijn procesrechtelijke argumenten relevanter geworden. Hoe we die argumenten precies moeten wegen, is echter nog weinig voor het gehele strafrecht onderzocht. Procesrechtelijke argumenten worden tegenwoordig met enig gemak met materieelrechtelijke thema's vermengd, zoals de verhoging van strafmaxima met het oog op het kunnen toepassen van dwangmiddelen en (bijzondere) opsporingsbevoegdheden. Materieelrechtelijke argumenten komen bij de invoering van nieuwe strafbaarstellingen (en de keuze deze als misdrijven of overtredingen in het Wetboek op te nemen) geregeld wat op de achtergrond te staan.

Een aspect dat bij de totstandkoming wel enige aandacht heeft gekregen maar daarna – als ik het goed zie – niet meer, betreft de indeling van de beide boeken van het Bijzonder Deel in verschillende titels. De indeling ondervond bij de totstandkoming van het Wetboek 'geenzins onverdeelden bijval', maar de kwestie achtten de Raad van State noch de Tweede Kamer 'van genoegzaam belang om deswege eene omwerking van het Wetboek aan te bevelen'.⁶¹ We zagen dat de structuur van het Bijzonder Deel sinds de inwerkingtreding niet noemenswaardig is gewijzigd. Het aantal titels dat is toegevoegd of vervallen is opvallend weinig. Titelloverstijgende onderwerpen, zoals cybercrime, hebben een plaats gekregen binnen de bestaande structuur van het Wetboek. Hetzelfde geldt voor fraudebestrijding, een ander onderwerp dat momenteel veel belang-

59 Waarbij het inmiddels allang niet meer gaat om het strafrecht alleen. In de vraag hoe een overtreding wordt gehandhaafd, heeft strafrechtelijke handhaving immers al een tijd plaatsgemaakt voor bestuurlijke handhaving.

60 Simmelink 2003, p. 529, 535; Rimmelink 1996, p. 100.

61 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* (bew. J.W. Smidt), Tweede Deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 4 (opmerkingen van de Raad van State), 5 (opmerkingen vanuit de Tweede Kamer).

stelling geniet. De vraag kan worden gesteld waarom er niet voor is gekozen om de betreffende onderwerpen in één titel in het Wetboek van Strafrecht te regelen.⁶² Zou het niet wenselijk zijn om strafbaarstellingen over hetzelfde onderwerp te bezien vanuit het gemeenschappelijk belang dat de strafbaarstellingen op het betreffende terrein trachten te dienen? De vraag kan worden gesteld of de bestaande indeling van vooral het Tweede Boek nog zonder meer houdbaar is.⁶³

Ook bij andere onderwerpen zou de bestaande opbouw van het Wetboek van Strafrecht kunnen knellen. Hoe wenselijk is het bijvoorbeeld om nog langer te werken met de huidige samenstelling van art. 273f Sr (mensenhandel)? Dit is een lastig te doorgronden bepaling, ook omdat zij meerdere rechtsgoederen beoogt te beschermen. De vraag kan worden opgeworpen of het wenselijk is deze bepaling in de huidige vorm en op de huidige plek in het Wetboek van Strafrecht te behouden of dat moet worden gedacht aan of zelfs gekozen voor het splitsen van art. 273f Sr en bijvoorbeeld het verplaatsen ervan in een op de gedifferentieerde problematiek van mensenhandel toegespitste titel.⁶⁴

Het bij de tijd houden van het strafrecht moet worden gerealiseerd in een steeds veranderende omgeving. Technologische, economische, demografische, sociale en andere ontwikkelingen gaan niet aan het strafrecht voorbij. Dat blijkt in ieder geval uit Titel VII van het Tweede Boek (Misdrijven waardoor de algemene veiligheid van personen of goederen wordt in gevaar gebracht).⁶⁵

62 Zie ik het goed, dan is de keuze voor gespreide plaatsing tijdens de parlementaire behandeling van de Wet computercriminaliteit en de Wet Computercriminaliteit II gerechtvaardigd noch bevraagd. Zij is overgenomen uit het advies van de commissie-Franken (H. Franken e.a., *Informatietechniek en strafrecht. Rapport van de Commissie Computercriminaliteit*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1987).

63 Dat inpassing in de bestaande wetgeving ook tot niet altijd goed uit te leggen uitkomsten kan leiden, bewijst het wetsvoorstel Computercriminaliteit III waarin wordt voorgesteld aan de titel Misdrijven tegen de openbare orde een begunstigingsdelict toe te voegen (voorgesteld art. 139f lid 1 Sr). Zo wordt deze titel nog meer een vergaarbak van bepalingen die niet zonder meer met elkaar in verband staan en waarvan maar met moeite enige relatie met de openbare orde valt aan te nemen. Anderzijds pleit tegen een herziening van de titels dat sommige strafbepalingen, denk aan diefstal, zo worden uitgelegd dat zij ook van toepassing zijn op de virtuele wereld. De vraag is of het wenselijk is in een aparte cybercrimetitel een diefstalbepaling op te nemen, als diefstal in de virtuele wereld reeds op grond van art. 310 Sr strafbaar is. Aparte titels voor specifieke onderwerpen kunnen een gekunsteld karakter krijgen. Vgl. Smidt (2) 1891, p. 2-3.

64 Zoals tot op zekere hoogte in het Belgische Strafwetboek (Hoofdstuk III ter van Titel VIII van Boek 2.) en de Franse Code Pénal (section 1bis van Chapitre V van Titre II van Livre II), maar niet in het Duitse en Oostenrijkse wetboek van strafrecht waar mensenhandel net als in Nederland een strafbaar feit tegen de (persoonlijke) vrijheid is (resp. §§ 232, 233, 233a StGB (Duitsland) en § 104a StGB (Oostenrijk)).

65 Zie E.F. Stamhuis, *Gemeen gevaar* (oratie Open Universiteit), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Aan de andere kant lijkt het Wetboek op sommige punten wat verouderd.⁶⁶ Dat geldt voor het in de literatuur vaker genoemde diefstal van vee in de weide (art. 311 lid 1, 1° Sr) en wellicht voor stroperij (art. 314 Sr), schending van het telegraafgeheim (art. 273c Sr) en wellicht zelfs kindermoord en kinderdoodslag (art. 291 en 290 Sr) omdat de strafwaardigheid daarvan in algemene zin is toegenomen, terwijl de straftoemetingsvrijheid de rechter voldoende ruimte biedt om een kinderdoodslag lichter te straffen dan een ‘gewone’ doodslag. Ook voor verschillende overtredingen, bijvoorbeeld die tegen de veldpolitie (Titel VII van het Derde Boek)⁶⁷ en enkele overtredingen tegen de openbare orde geldt dat zij tegen het licht mogen worden gehouden.^{68,69} De slavernijdelicten (art. 274-277 Sr) zijn inmiddels wellicht overbodig geworden door de bijzonder ruim omschreven gedragingen in art. 273f Sr.

Een recente motie van D66 en de SP om het Wetboek van Strafrecht op de schone en te ontdoen van verouderde strafbepalingen is door de Tweede Kamer verworpen. De minister stond er niet negatief tegenover, zij het dat hij aan de modernisering van het Wetboek van Strafvordering prioriteit wilde geven.⁷⁰ Het bij de tijd houden van het Wetboek van Strafvordering is een belangrijk argument voor de ten aanzien van dat wetboek voorgenomen wetgevingsoperatie.⁷¹ Waarom kan dat argument geen opgeld doen voor het Wetboek van Strafrecht, zeker wanneer wijzigingen in het ene wetboek consequenties kan (ja, moet) hebben voor het andere? In de literatuur wordt betoogd

⁶⁶ Al zij opgemerkt dat in de loop der tijd nogal wat verouderde strafbepalingen uit het Wetboek zijn geschrapt. Het overzicht van Bosch (1965, p. 243-244) is niet meer actueel.

⁶⁷ Wellicht dat ook de strafbaarstelling in art. 447 Sr (een bekendmaking vanwege het bevoegd gezag in het openbaar gedaan wederrechtelijk afscheuren, onleesbaar maken of beschadigen) in dit digitale tijdperk haar waarde heeft verloren. Overigens zal dit feit veelal als vernieling kunnen worden gekwalificeerd.

⁶⁸ Bijv. art. 437quater Sr (het besluit waarnaar in de wetstekst wordt verwezen, bestaat al jaren niet meer). De strafwaardigheid van het zonder het daartoe vereiste verlof van de Koning aannemen van een vreemd ordeteken, titel, rang of waardigheid (art. 435 onder 1° en 2° Sr) lijkt me niet helemaal meer van deze tijd.

⁶⁹ In media werd bijvoorbeeld met verbazing gesproken over art. 435d Sr (dat het gebruik van het wapen van het Zwitsers Eedgenootschap verbiedt). Een wat ongelukkig voorbeeld, omdat deze bepaling voortvloeit uit art. 38 van het Verdrag van Genève voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde van 12 augustus 1949, *Trb.* 1951, 72. Wel kan men zich afvragen waarom vernieling aan boord van een vaartuig apart strafbaar is gesteld (art. 408 Sr), terwijl het strafmaximum niet van dat in art. 350 Sr verschilt. Ook de strafbaarstelling van het niet nakomen van de plicht tot hulpverlening door een schipper (art. 414 en 474 Sr) is wellicht overbodig gelet op het bepaalde in art. 255 e.v. Sr.

⁷⁰ Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 605 VI, 10. De motie is verworpen (*Handelingen II*, 2 juli 2013, p. 102-30-1). De opmerking van de minister is te vinden in: *Kamerstukken II* 2013/2014, 29 279, 173, p. 20.

⁷¹ Zie Herziening Wetboek van Strafvordering, Inleidende notitie, p. 4.

dat moet worden voorkomen dat het Wetboek van Strafrecht zich tot een lappendeken of rariteitenkabinet ontwikkelt.⁷²

Een kritische beschouwing kan ook groepen bepalingen binnen het Wetboek betreffen. De zedentitel (Titel XIV van het Tweede Boek) is sinds 1886 diverse keren gewijzigd. Bekend zijn de wijzigingen in 1911, 1991 en 1999. Die wijzigingen vloeiden telkens mede voort uit gewijzigd moreel inzicht over welk gedrag zo problematisch is dat strafbaarstelling op haar plaats is. Naar aanleiding van het door het WODC geïnitieerde onderzoek naar de zedenwetgeving, wordt wijziging van Titel XIV van het Tweede Boek voorbereid.⁷³ Daarbij wordt ook nagedacht over strafbaarstelling van nieuwe zedendelicten. Deze delicten, zoals seksuele afpersing en wraakporno, raken ook rechtsbelangen die in andere Titels bescherming vinden, waardoor het onderscheid tussen de Titels (verder) verwatert.⁷⁴

Ook de strafbepalingen die verband houden met de vrijheid van meningsuiting vragen wellicht om aandacht. De afschaffing van het verbod op godslastering wordt gezien als een daad van weinig praktisch maar van groot symbolisch belang. Zij heeft, mede in het licht van recente rechtspraak en initiatiefwetsvoorstellen,⁷⁵ geleid tot onderzoek naar de grenzen van de vrijheid van meningsuiting in relatie tot de bescherming van de vrijheid van godsdienst.⁷⁶ Inmiddels liggen ook andere strafbaarstellingen die de vrijheid

72 Zie De Hullu 2015, p. 562 e.v.; J.M. van Bemmelen, 'Enkele ideeën voor een nieuw Wetboek van Strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1934, p. 241. Zie ook D. Simons, De ontwerpen tot wijziging van het strafstelsel, W. 11762, die in 1928 waarschuwt voor ontarding van het Wetboek 'in denzelfden warwinkel, waaraan wij meenden door de nieuwe codificatie van 1881 en met zooveel zorg bearbeide Invoeringswet van 1886 voorgoed een einde te hebben gemaakt.' Met de warwinkel wordt natuurlijk de Code Pénal bedoeld.

73 K. Lindenberg en A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten? Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling*, Zutphen: Paris 2016; *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, 300.

74 Vgl. J.M. ten Voorde, 'Strafbaarstelling van nieuwe vormen van ongewenste seksuele gedragingen in Nederlandse zedenwetgeving', in: G. Van Haegenborgh e.a., *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2016*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 191-256.

75 Ik denk in het bijzonder aan de uitspraak in de zaak-Wilders (Rb Amsterdam 23 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001, NJ 2012/370, m.nt. P.A.M. Mevis), maar ook kan worden gewezen op initiatiefwetsvoorstel 33 369 (wijziging Wetboek van Strafrecht i.v.m. verruiming vrijheid van meningsuiting). Ik denk ook aan de discussie over godsdienstvrijheid in de Eerste Kamer n.a.v. de afschaffing van het verbod op godslastering. Zie *Kamerstukken I* 2013/14, 32 203, E; *Handelingen I*, 26 november 2013, p. 10-12-47 e.v.

76 Zie M. van Noorloos, *Strafbaarstelling van 'belediging van geloof'. Een onderzoek naar mogelijke aanpassing van de uitingsdelicten in het Wetboek van Strafrecht, mede in het licht van internationale verdragsverplichtingen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2014. Kritischer zijn: E.G.A. Janssen, 'Wilders, waardigheid en de grenzen van de politiek debat', *NJB* 2014, p. 1814-1820; J. Vrielink, 'Godslastering. Van de (nimmer vallende) regen in de (doorwekende) drup?', *NJB* 2014, p. 185-188. Het onderzoek van Van Noorloos heeft tot de conclusie geleid dat de wet niet wordt gewijzigd. Zie *Kamerstukken I* 2013/14, 32 203, F.

van meningsuiting beperken onder vuur, zoals belediging van de Koning en belediging van een bevriend staatshoofd (art. 111 en 118 Sr).⁷⁷ De resultaten van onderzoek hebben de roep om beperking van de strafwet dus niet verstomd. Wellicht wordt het tijd om alle bepalingen die met de vrijheid van meningsuiting verband houden tegen het licht te houden.

De strafbaarstelling van witwassen (Titel XXXA van het Tweede Boek) wordt beschouwd als een forse wijziging in ons denken over deelneming en begunstiging. Vanuit de systematiek van het Wetboek van Strafrecht bezien, roept de strafbaarstelling van (eenvoudig) witwassen (met name van uit eigen misdrijf afkomstige voorwerpen) de vraag op of deelneming na afloop van het delict en meer in het algemeen begunstiging beter (gestructureerd) in het Wetboek van Strafrecht moeten worden geregeld op basis van heldere grondslagen (die overeenkomen met Europese en internationale doelstellingen). Daar zou de maatregel van ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel dan bij kunnen worden betrokken.

2.4 DISCUSSIES GEORDEND

De commentaren op (delen van) het Algemeen Deel en het Bijzonder Deel zijn van verschillende aard en diepgang. Het bij de tijd houden van het Wetboek van Strafrecht door het schrappen van verouderde (en nooit gebruikte) bepalingen heeft een andere betekenis dan het heroverwegen van het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen of tussen straf en maatregel. Het herschikken van de opbouw van Titel V van het Eerste Boek lijkt van ander gewicht dan het herzien van de strafbaarstellingen die verband houden met de vrijheid van meningsuiting. De omstandigheid dat sinds 1886 het Wetboek vele honderden malen is gewijzigd, is een gegeven, maar daaruit kan niet zonder meer worden afgeleid dat er met het Wetboek dus iets aan de hand is. Het is te makkelijk om op basis van de vele wijzigingen te suggereren dat het Wetboek van Strafrecht zijn langste tijd heeft gehad en dat het tijd wordt na te denken over en te werken aan een herzien of zelfs nieuw wetboek.

Wanneer men echter over de toekomst van het Wetboek van Strafrecht wil nadenken, en waarom niet, lijkt het verstandig te bezien op welke wijzen dat mogelijk is. In de literatuur worden verschillende manieren onderscheiden waarop over wijziging van een wetboek van strafrecht kan worden nagedacht. Elk van die manieren start met een analyse van het huidige Wetboek en legt de pijnpunten of problemen bloot. Vervolgens wordt bezien hoe die problemen kunnen worden opgelost. De manier waarop dat gebeurt, houdt mede verband met de aard en inhoud van de onderkende problemen. Ik meen (ook op basis van het voorgaande) drie verschillende manieren tot wijziging van een wetboek te kunnen onderscheiden. Deze manieren vertrekken elk vanuit verschillende

⁷⁷ Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 456, nr. 2.

opvattingen over de staat waarin het huidige Wetboek van Strafrecht zich bevindt en geven vanuit die opvattingen uiteenlopende antwoorden op de vraag hoe het Wetboek van Strafrecht zou moeten worden gewijzigd.

Een eerste manier kan als vertrekpunt nemen de verschillen tussen de letter van het Wetboek en de wijze waarop (delen van) het Wetboek in de rechtspraak worden gebruikt. Dat de Hoge Raad het onderscheid tussen de vormen van medeplichtigheid heeft gerelativeerd en de omschrijving in art. 49 lid 4 Sr benadrukt, kan de vraag opwerpen of de wet in die richting moet worden gewijzigd. Het niet meer toepassen van kennelijk verouderde strafbepalingen kan aanleiding zijn te bezien of die strafbepalingen uit het Wetboek kunnen worden verwijderd. Ook in de rechtspraak iets nauwkeuriger uitgelegde delictomschrijvingen (denk aan de invulling van het bestanddeel 'bij een ander in gebruik' in art. 138 Sr, of 'ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding' in art. 41 lid 1 Sr), zouden door de wetgever in wetgeving kunnen worden omgezet.⁷⁸ Nagedacht zou kunnen worden of er aanleiding bestaat om, gelet op het legaliteitsbeginsel (meer in het bijzonder het lex-certagebod), 'de ontwikkeling, zoals die zich in rechtspraak en praktijk van het recht tot op heden heeft voorgedaan', vast te leggen.⁷⁹ We kunnen het vastleggen van deze ontwikkeling in wetgeving *actualisering* van het Wetboek van Strafrecht noemen. Actualisering betekent primair het verwijderen van verouderde bepalingen uit het Wetboek en het aanvullen ervan zodat deze overeenstemmen met vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Een grondig debat over de te actualiseren strafbaarstellingen en leerstukken hoeft niet te worden gevoerd. Voor het actualiseren van het Wetboek is, in ieder geval voor zover dit het vastleggen van de ontwikkeling in rechtspraak en praktijk betreft, niet veel meer nodig dan het bij elkaar brengen van die rechtspraak en het invoegen ervan in de relevante bepalingen. Dat geldt overigens alleen voor die onderwerpen waarbij sprake is van vaste rechtspraak.⁸⁰ Het schrappen van verouderde strafbepalingen moet zich beperken tot die bepalingen waarvan al lang consensus bestaat dat die kunnen worden geschrapt. Zodra discussie wordt gevoerd over een aan te passen strafbaarstelling of algemeen leerstuk, die verder gaat dan de vraag of aanpassing nuttig is, maar de rechtvaardiging van de aanpassing betreft, bevinden we ons niet meer op het niveau van actualisering.

Een tweede manier kan als vertrekpunt nemen de gedachte dat de systematiek van het bestaande Wetboek van Strafrecht niet meer voldoet, of geen 'eigentijds en adequaat beeld [geeft] van de belangrijkste algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid'.⁸¹ Wie het Wetboek leest, wordt, zo

78 Ik geef toe dat ik over het laatste voorbeeld in het verleden anders dacht. Zie J.M. ten Voorde, 'De grenzen van noodweer herzien?', *DD* 2010, p. 119-137.

79 Aldus Van Bemmelen 1965, p. 274-275.

80 Vgl. J.M. ten Voorde, 'Wat minister Van der Steur kan leren van Fullers *Koning Rex*', *Strafblad* 2015, p. 77-85.

81 De Hullu 2015, p. 568.

luidt de stelling, op het verkeerde been gezet als het gaat om de invulling van verschillende algemene leerstukken of het belang van bepaalde leerstukken. Tegelijkertijd is de vage omschrijving van deze leerstukken voor de rechtsontwikkeling onmiskenbaar van belang (geweest) en is voor lang niet alle onderwerpen een wettelijke regeling een verbetering ten opzichte van de huidige situatie. Een andere kanttekening kan worden gemaakt bij de opbouw van het Tweede en Derde Boek. Die vormen (op sommige plaatsen) een moeilijk te doorgronden geheel van strafbaarstellingen en zijn niet altijd helder gestructureerd. De misdrijven en overtredingen tegen de openbare orde (Titel V van het Tweede Boek, Titel II van het Derde Boek) vormen een allegaartje van strafbaarstellingen waarvan het verband met de openbare orde, op zich al een lastig te vatten begrip, niet altijd eenvoudig is te leggen. Nieuwe rechtsgoederen zijn van belang geworden of hebben aan belang gewonnen, zoals de vrijheid van meningsuiting, maar komen nog niet voldoende in het Wetboek van Strafrecht tot uitdrukking.

Deze onderwerpen betreffen niet het codificeren van vaste jurisprudentie en gaan niet over onbetwiste (juridische en politieke) onderwerpen. Wanneer wetgeving over deze onderwerpen wordt voorbereid, zal dat voorwerp zijn van (politieke en wetenschappelijke) controverse. Natuurlijk is met dergelijke wetgeving sprake van actualisering, maar doordat ook keuzes worden gemaakt over onderwerpen die voorwerp zijn van debat, voldoet de term actualisering niet. Groenhuijsen en De Hullu spreken in dit verband van een *geïntegreerde herziening*, waarmee zij tot uitdrukking brengen dat met de aanpassing van het Wetboek van Strafrecht een ‘algehele heroverweging’ wordt beoogd ‘waarbij de samenhang van onderdelen in het oog wordt gehouden’, aldus De Hullu.⁸² Groenhuijsen wijst op het belang van een aanpassing ‘aan de hand van herkenbare systematische uitgangspunten’ die ten opzichte van het huidige Wetboek kunnen afwijken.⁸³ Met systematische uitgangspunten zou kunnen worden gedoeld op de door het Wetboek beschermde rechtsgoederen, alsmede de uitgangspunten van het sanctiestelsel en de voorwaarden voor strafbaarheid. Idealiter moeten die tot uitdrukking worden gebracht in een toegankelijke en consistente of samenhangende regeling. Bij een geïntegreerde herziening wordt daarbij rekening gehouden met ‘ontwikkelingen op sociaal, cultureel, economisch en technologisch gebied’,⁸⁴ terwijl ook ontwikkelingen binnen de rechtswetenschap worden betrokken,⁸⁵ en rekening wordt gehouden met internatio-

82 De Hullu 2015, p. 563. Zie ook J. de Hullu, ‘Inspiratie uit de wet voor een geïntegreerde herziening van het Wetboek van Strafrecht’, in: B.F. Keulen, G. Knigge & H.D. Wolswijk (red.), *Pet af* (liber amicorum D.H. de Jong), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 157-159, 162-164.

83 M.S. Groenhuijsen, ‘Naar een geïntegreerde herziening van het Wetboek van Strafvordering’, in: D.R. Doorenbos & R.J. Verweij (red.), *Hercodificatie Wetboek van Strafvordering*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1992, p. 35-36.

84 De Hullu 2015, p. 563.

85 Zie Van Bemmelen 1965, p. 274-275.

nale regelgeving en rechtspraak. Het contrast met *actualisering* wordt op deze manier duidelijk. De diepgang waarmee een geïntegreerde herziening ter hand wordt genomen, verschilt met een operatie die ‘slechts’ de actualisering van het Wetboek beoogt.

Een geïntegreerde herziening hoeft niet te leiden tot een volledig nieuw Wetboek van Strafrecht. Behouden kan blijven wat de tand des tijds heeft doorstaan en ondanks zijn ouderdom nog in overeenstemming is met de eisen van deze tijd. Een geïntegreerde herziening kan ook het actualiseren van de fundamente van het Wetboek betekenen. Van een wijziging ervan is echter geen sprake. Dat blijkt ook uit de ideeën van De Hullu die, als ik het goed zie, de door minister van Justitie Modderman geformuleerde uitgangspunten bij het Wetboek van Strafrecht niet (zonder meer) wenst te verlaten.⁸⁶ Het is van belang dit te benadrukken, omdat daaruit volgt dat bij de fundamente van het strafrecht niet lang hoeft te worden stil gestaan. Vragen over de grondslagen van het sanctiestelsel en de algemene leerstukken hoeven niet te worden gesteld; zij worden zonder discussie aanvaard. Daarin verschilt een geïntegreerde herziening niet van de actualisering van het Wetboek. Aanpassing van het Wetboek van Strafrecht geschiedt dus binnen bestaande kaders.

Is men van mening dat de kaders zelf onderwerp van discussie moeten zijn, dan kan niet meer worden gesproken van een geïntegreerde herziening. De derde manier van denken neemt als vertrekpunt dat de fundamente van het strafrecht niet meer helder, actueel of aanvaardbaar zijn en tegen het licht moeten worden gehouden en zo nodig moeten worden aangepast. Wie het tweesporenstelsel ter discussie stelt, stelt niet alleen het onderscheid tussen straf en maatregel ter discussie, maar ook de grondslag van het onderscheid, namelijk het beginsel geen straf zonder schuld. Wie het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen wil schrappen stelt vragen bij de betekenis van strafrecht als ultimum remedium. Ook andere onderwerpen raken aan de kern van het strafrecht, zoals de roep om (meer) risicoaansprakelijkheid bij deelneming⁸⁷ of het invoeren van minimumstraffen.⁸⁸ Wanneer onderwerpen de kern van het strafrecht raken, ligt het voor de hand dat de kern zelf onderwerp van discussie wordt. Het invoeren van risicoaansprakelijkheid raakt aan de politiek- en strafrechtsfilosofische uitgangspunten van ons strafrecht en teneinde het debat daarover goed te voeren, moeten die uitgangspunten in de discussie worden betrokken. Wanneer beide onderwerpen gezamenlijk worden gezien, dan worden fundamentele wijzigingen van het Wetboek voorgesteld. Zij raken de uitgangspunten van het bestaande Wetboek. Wanneer de fundamente van het gehele of belangrijke delen van het Wetboek worden bevraagd en wordt gepleit voor een algemene heroriëntatie op die fundamen-

86 Vgl. de opvattingen terzake in het project modernisering Wetboek van Strafvordering. Zie J.H. Crijns, in deze bundel, voetnoot 13.

87 Zie initiatiefwetsvoorstel 33 234 (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 234, 3, i.h.b. p. 6-8).

88 Zie initiatiefwetsvoorstel 31 938 (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 938, 2).

ten, dan kan niet meer worden gesproken van een geïntegreerde herziening, maar van *hercodificatie*.⁸⁹ In geval van hercodificatie staan de uitgangspunten van een wetboek zelf ter discussie en kan met het samenstellen van een wetboek pas worden gestart wanneer over de uitgangspunten ervan overeenstemming bestaat.

Actualisering, geïntegreerde herziening of hercodificatie zijn aanduidingen voor aanpassing van een wet, ook het Wetboek van Strafrecht. Hercodificatie is de meest vergaande, want stelt ook de uitgangspunten van het Wetboek van Strafrecht ter discussie, actualisering de minst vergaande. Hercodificatie en geïntegreerde herziening omvatten vaak ook actualisering, doordat het voor de hand ligt dat de wetgever beoogt dat het nieuwe wetboek de meest actuele stand van het recht zal weergeven. Actualisering is bij hercodificatie en geïntegreerde herziening echter niet het primaire doel. Bij hercodificatie is het primaire doel het opnieuw formuleren van de uitgangspunten van het nieuwe wetboek van strafrecht om op basis daarvan het wetboek in te richten en samen te stellen. Bij geïntegreerde herziening is het primaire doel het opnieuw ordenen van het wetboek op basis van de geldende uitgangspunten van het wetboek. Bij geïntegreerde herziening blijft het bestaande wetboek behouden, maar vindt een (flinke) herschikking plaats. Elk van de manieren van aanpassing kent eigen vereisten. Actualisering geschiedt met betrekking tot onderdelen waarover consensus bestaat dat die onderdelen kunnen en moeten worden aangepast, geïntegreerde herziening vindt plaats binnen de bestaande aanvaarde uitgangspunten van het Wetboek. Men zou zelfs kunnen zeggen dat met een geïntegreerde herziening die uitgangspunten worden bevestigd en het doel is ze te versterken. Wanneer de uitgangspunten zelf worden herzien, kan van een geïntegreerde herziening van een wetboek niet meer worden gesproken. De wetgever zou zich bij herziening van (onderdelen van) het wetboek van de verschillen tussen actualisering, geïntegreerde herziening en hercodificatie bewust moeten zijn.

2.5 SLOTOPMERKING

Dat de grondwet eist dat een Wetboek van Strafrecht moet worden samengesteld (art. 107), betekent nog niet dat een bestaand wetboek om de zoveel tijd door een nieuw of grondig herzien wetboek moet worden vervangen. Het

⁸⁹ Vgl. Bosch 1965, p. 243-244. Zie m.b.t. de invoering van de nieuwe Code Pénal in Frankrijk: F. Desportes en F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Paris: Economica 2007, p. 39-59. Ik besef hier slechts vanuit de fundamenteën van het strafrecht te denken. Denkbaar is ook het strafrecht vanuit een andere richting te benaderen, namelijk de cultuur en samenleving waarin het strafrecht functioneert. Bestudering daarvan kan ook tot bevindingen leiden die nopen tot een fundamentele herbezinning op het strafrecht en zijn grondslagen. Vgl. F. de Jong, *Symbolische en diabolische krachten in het strafrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2016.

samenstellen van een Wetboek van Strafrecht met een omvang als het onze, is natuurlijk geen sinecure. De geschiedenis laat dat ook indringend zien (het is ons slechts één keer eerder gelukt, het Crimineel Wetboek van het Koninkrijk Holland niet meegerekend). Het opstellen van strafbare feiten, hoe men ze ook zou willen categoriseren, is daarbij nog niet eens het moeilijkste werk omdat de wetgever daarmee de meeste ervaring heeft. De pijn zal met name zijn gelegen in het opstellen van een sanctiestelsel, het formuleren van de algemene leerstukken en de relatie tussen het sanctiestelsel en de algemene leerstukken enerzijds en de strafbare feiten anderzijds. Ook de verhouding tussen de algemene leerstukken onderling en tot het sanctiestelsel is verre van eenvoudig en vraagt om een grondige studie. Deze bijdrage legde slechts bloot onderwerpen die om aandacht vragen. De komende tijd zal moeten worden onderzocht om welke aandacht deze onderwerpen vragen, of meer onderwerpen om aandacht vragen en in hoeverre hierbij een rol (en zo ja welke) is weggelegd voor de wetgever. Ook voor het Wetboek van Strafrecht lijkt te gelden: er is werk aan de winkel.