

Openlijke geweldpleging

Prof.mr. J.M. ten Voorde

HR 3 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1008, *NJ* 2018/436, m.nt. N. Rozemond

1 Het hier te bespreken arrest van de Hoge Raad heeft in verschillende vakbladen al enige aandacht gekregen.¹ Desondanks verdient het arrest ook in de kolommen van dit tijdschrift bespreking.

In het arrest geeft de Hoge Raad uitleg aan het bestanddeel ‘openlijk’ in het eerste lid van artikel 141 Sr, de strafbaarstelling van openlijke geweldpleging. Aanleiding voor het arrest is een uitspraak van het Hof Den Haag in een zaak betreffende een vechtpartij in een feestzaal waar een verjaardag werd gevierd waarvoor ongeveer veertig personen waren uitgenodigd. Tijdens het verjaardagsfeest ontstaat er ruzie tussen de verdachte en een andere persoon. De laatste wordt door een mes gestoken. De deuren van de feestzaal waar de feiten plaatsvonden waren voor de vechtpartij dichtgedaan. De verdachte wordt onder meer vervolgd voor poging tot doodslag en openlijke geweldpleging. Met betrekking tot het laatste feit overweegt het hof in zijn arrest dat niet is komen vast te staan dat op het feest ook niet uitgenodigde personen aanwezig waren. Evenmin kan volgens het hof uit de processtukken volgen dat de geweldshandelingen zichtbaar waren voor omstanders vanaf de openbare weg. Op basis van deze feiten en omstandigheden is het geweld volgens het hof niet ‘openlijk’ gepleegd, zodat de verdachte wordt vrijgesproken van de hem ten laste gelegde openlijke geweldpleging. Ook van de poging tot doodslag wordt de verdachte door het hof vrijgesproken; uit de bewijsmiddelen kon niet worden opgemaakt dat de verdachte het slachtoffer had gestoken.²

2 Het Openbaar Ministerie gaat tegen de vrijspraak van de openlijke geweldpleging in cassatie bij de Hoge Raad. Het middel van de advocaat-generaal bij het Openbaar Ministerie vormt voor de Hoge Raad aanleiding wat langer stil te staan bij het bestanddeel ‘openlijk’ in het eerste lid van artikel 141 Sr. De overwegingen van de Hoge Raad geven aanleiding te denken (hetgeen door de inhoudsindicatie op rechtspraak.nl en in de Nederlandse Jurisprudentie wordt bevestigd) dat we hier te maken hebben met een zogeheten overzichtsarrest. Daarvan is onder meer sprake wanneer de Hoge Raad in een bepaalde zaak ‘de gelegenheid te baat [neemt] om het geldend recht op een zo inzichtelijke, overzichtelijke en begrijpelijke wijze te presenteren of samen te vatten’.³ De wijze waarop de Hoge Raad overzichtsarresten vormgeeft, loopt uiteen. De meest voorkomende vorm is die waarin de Hoge Raad een ‘aan de beoordeling van het middel voorafgaande beschouwing’ geeft. Het onderhavige arrest is in een andere vorm gegoten, namelijk door onder de kop van de bespreking van het door het Openbaar Ministerie ingediende middel een beschouwing te geven over het bestanddeel ‘openlijk’ in artikel 141 Sr, gevolgd door de beoordeling van de in het middel geformuleerde klacht dat het hof het bestanddeel ‘openlijk’ te beperkt zou hebben uitgelegd.

3 Het overzicht dat de Hoge Raad met betrekking tot het bestanddeel ‘openlijk’ in artikel 141 lid 1 Sr geeft, begint met een weergave van de wettekst van artikel 141 Sr

¹ *NJ* 2018/436, m.nt. N. Rozemond; R. ter Haar & M.J. Hornman, ‘Openlijke geweldpleging; hoe openlijk is dat eigenlijk? Over de betekenis van de verstoring van de openbare orde voor de beoordeling van geweldpleging in de zin van art. 141 Sr

na het overzichtsarrest (ECLI:NL:HR:2018:1008)’, *TPWS* 2018/78; *Nieuwsbrief Strafrecht* 2018/270, m.nt. S. Struijk, *Sdu Jurisprudentie in Nederland* 2018/142, m.nt. C. van Oort; *SR Updates* 2018/0268, m.nt. T. Blom.

² Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2243.

³ C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, ‘What’s in a name? Overzichtsarresten in perspectief’, *Strafblad* 2018, p. 15.

(r.o. 2.4.1). Daarna plaatst de Hoge Raad het artikel in het kader van het Wetboek van Strafrecht, om vervolgens in te gaan op het bestanddeel ‘openlijk’.

2.4.2. Deze bepaling maakt onderdeel uit van Titel V van Boek 2 van het Wetboek van Strafrecht (Misdrijven tegen de openbare orde). Vergelijking met andere bepalingen die geweld tegen personen of goederen betreffen, zoals art. 300, eerste lid, Sr uit Titel XX over Mishandeling (“mishandeling wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie”) en art. 350, eerste lid, Sr uit Titel XXVII over Vernieling of beschadiging (“hij die opzettelijk en wederrechtelijk enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort, vernielt, beschadigt, onbruikbaar maakt of wegmaakt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie”) laat zien dat het strafmaximum van art. 141, eerste lid, Sr aanmerkelijk boven dat van deze andere bepalingen uitgaat. Dat vindt zijn grond in de schending van de openbare orde die aan art. 141 Sr is verbonden (vgl. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, deel II, 1891, p. 90).

2.5.1. Met betrekking tot het bestanddeel “openlijk” in art. 141, eerste lid, Sr is in de rechtspraak vaak vooropgesteld dat daarvan sprake is bij geweld dat zich door onverhopen, niet-heimelijk bedreven daden heeft geopenbaard, zodat daardoor de openbare orde is aangetast, zonder dat evenwel is vereist dat ten tijde en ter plaatse van het plegen van het geweld publiek aanwezig was of dat er toen en daar feitelijk vrije toegang en zicht op wat er gebeurde bestond. (Vgl. bijvoorbeeld HR 13 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3560, NJ 2006/345.) Het gaat er dus wat betreft de “openlijkheid” in de kern om dat de geweldpleging zich op zodanige wijze en op een zodanige plaats moet hebben voltrokken dat de openbare orde is verstoord. Of van openlijkheid zoals bedoeld in art. 141, eerste lid, Sr sprake is, is mede afhankelijk van het antwoord op de vraag of bij de geweldpleging in zekere zin willekeurig publiek aanwezig was of had kunnen zijn. Deze (mogelijke) aanwezigheid van publiek verdient in het bijzonder aandacht als het gaat om geweldpleging op plaatsen die niet voor eenieder toegankelijk zijn. Voorts kan de mate van verstoring van de normale gang van zaken van belang zijn.

2.5.2. Het begrip “openlijkheid” in de hierboven bedoelde zin kan in sommige gevallen vragen oproepen. Dat laat onverlet dat er veel niet-problematische gevallen wat betreft de openlijkheid bestaan, zoals bij geweld gepleegd op of aan de openbare weg (vgl. HR 26 juni 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6636, NJ 1979/618 en het heden uitgesproken arrest in zaak met nummer 16/04606, ECLI:NL:HR:2018:1050). Zie echter ook HR 7 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2809, NJ 2018/183 waarin gelet op een bijzondere omstandigheid (de openbare weg was wegens een aldaar geldend verbod niet vrij toegankelijk tussen zonsopgang en zonsondergang in welke periode het geweld was gepleegd) nadere vaststellingen van belang waren met betrekking tot de feitelijke publieke toegankelijkheid en de nabijheid van woningen.

2.5.3. De motivering van de bewezenverklaring van het bestanddeel “openlijk” verdient vooral in niet-evidente gevallen nadere aandacht. Daarbij zijn, mede in het licht van de hierboven onder 2.5.1 aangeduide gezichtspunten, de specifieke omstandigheden van het geval doorslaggevend. Onder meer de potentiële waarneembaarheid van de tenlastegelegde gedragingen en de omvang van het – potentieel aanwezige – publiek kunnen in dat verband een rol spelen (vgl. bijvoorbeeld HR 3 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AB8265, NJ 1981/398, over geweld op een sleepboot dat zichtbaar en – via de radio – hoorbaar was voor opvarenden van andere schepen). In een niet zonder meer openbare ruimte zoals de aula van een school kan bijvoorbeeld op zijn minst van belang zijn in hoeverre die ruimte ten tijde van het tenlastegelegde toegankelijk was, ook voor personen die niet in een relatie stonden tot de onderwijsinstelling (vgl. HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:20, NJ 2018/62). Bij geweld in een treincoupé is relevant dat het openbaar vervoer in beginsel, zij het tegen betaling, voor een ieder toegankelijk is (HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3681, NJ 2011/380).⁴

4 In zijn overzicht vergelijkt de Hoge Raad de strafbaarstelling van openlijke geweldpleging met een aantal andere in het Wetboek van Strafrecht voorkomende strafbaarstellingen van geweld tegen personen of goede-

ren. De vergelijking vindt niet plaats op het niveau van de delictomschrijving. Tussen de in de rechtsoverweging genoemde bepalingen, artikel 141, eerste lid Sr enerzijds en artikel 300, eerste lid Sr (mishandeling) en artikel 350, eerste lid Sr (vernieling) anderzijds, zijn op dat niveau verschillen aan te wijzen.⁴ Zo hoeft, anders dan ten aanzien van artikel 300 en 350 Sr, met betrekking tot het eerste lid van artikel 141 Sr niet komen vast te staan wie welke geweldshandelingen heeft verricht; strafbaar is dat twee of meer personen ‘in vereniging’ geweld hebben gepleegd tegen personen of goederen. Slechts met betrekking tot de in het tweede lid van artikel 141 Sr omschreven gevolgen moet vast komen te staan dat het de verdachte was die het gevolg teweeg heeft gebracht.⁵ De door de Hoge Raad in r.o. 2.4.2 gemaakte vergelijking is beperkt tot het strafmaximum. Eenvoudige mishandeling en vernieling worden met een lager strafmaximum bedreigd dan openlijke geweldpleging. Voor de rechtvaardiging daarvan verwijst de Hoge Raad naar de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 141 Sr. De in r.o. 2.4.2 aangehaalde pagina van de door H.J. Smidt (en J.W. Smidt) bijeengebrachte wetsgeschiedenis maakt ten eerste duidelijk waarom artikel 141 Sr in Titel V van het Tweede Boek is geplaatst. Straftbaar is gesteld openlijk geweld tegen goederen *en* personen, zodat plaatsing in Titel XXVII (Vernieling van goederen) niet voor de hand ligt, terwijl plaatsing in Titel VIII (Misdrijven tegen het openbaar gezag) eveneens minder gelukkig is, omdat met openlijke geweldpleging niet het openbaar gezag, maar de openbare orde wordt geschonden. Ten tweede zet de wetgever op de in het arrest vermelde pagina de inhoud van het misdrijf uiteen en legt hij uit waarom bepaalde gedragingen niet in artikel 141 Sr zijn opgenomen. Een rechtvaardiging van het ten opzichte van mishandeling en vernieling hogere strafmaximum heb ik op genoemde pagina niet gevonden. Machielse stelt terecht dat men ‘moet [...] gissen’ ‘[n]aar de redenen die de wetgever indertijd zal hebben gehad om zo een onderscheid te maken tussen de strafbedreiging van artikel 141 Sr enerzijds en die van artikel 300 en artikel 350 Sr anderzijds’.⁶

5 Gelet hierop kan men zich afvragen wat de toegevoegde waarde van r.o. 2.4.2 is. De overweging lezende valt op dat de Hoge Raad aan het begin en aan het eind duidelijk maakt dat we met openlijke geweldpleging te maken hebben met een misdrijf tegen de openbare orde. Het delict wordt in deze rechtsoverweging bijna letterlijk door dat rechtsbelang ingekaderd. Dat is overigens niet nieuw,⁷ maar de vraag is hoe we deze verwijzing naar de openbare orde moeten begrijpen. Volgens Wedzinga kan de verwijzing op twee manieren worden gelezen. In de eerste lezing is de omstandigheid dat de openbare orde is verstoord de conclusie die automatisch volgt uit het gegeven dat het

4 Het verschil tussen openlijke geweldpleging en mishandeling beschouwde de HR eerder als relatie: “Geweld tegen personen” zal immers veelal ook opleveren “mishandeling” en in zoverre is het misdrijf van art. 141 Sr een [...] gekwalificeerde

vorm van dat van art. 300 Sr’ (HR 25 juni 1985, NJ 1986/108, m.nt. Th.W. van Veen).

5 Zie voor een recent voorbeeld HR 26 september 2017, NJ 2017/473, m.nt. N. Rozemond.

6 A.J.M. Machielse, ‘De strafbaarheid der openlijke

geweldpleging’, in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 320-321.

7 Zie bijv. HR 12 juli 2011, NJ 2011/380; HR 13 juni 2006, NJ 2006/345.

geweld zich door onverhopen, niet-heimelijke daden heeft geopenbaard. In de tweede lezing heeft de verwijzing naar de verstoring van de openbare orde een

‘toegevoegde waarde [...], in die zin dat het geweld dat zich door onverhopen, niet-heimelijk bedreven feiten heeft geopenbaard en dat mogelijk als “openlijk” in de zin van art. 141 Sr kan gelden, zodanig kan aankleden dat het inderdaad als zodanig kan worden bestempeld’.⁸

Wedzinga betoogt dat de Hoge Raad tussen beide lezingen geen keuze heeft gemaakt. Op basis van het onderhavige arrest zou ik niet zonder meer willen concluderen dat de eerste lezing de beste papieren heeft. De hierna nog te bespreken wijze en plaats van het geweld en de eisen die de Hoge Raad stelt aan het bewijs daarvan, wekt de indruk dat de Hoge Raad de openbare orde voorstelt als een bril waardoor men kijken moet bij het beantwoorden van de vraag of het geweld openlijk is gepleegd.

Wat onder openbare orde moet worden verstaan, wordt door de Hoge Raad niet uitgelegd. Volgens Machielse kwam de wetgever niet veel verder dan een ‘negatieve omschrijving’:⁹ misdrijven tegen de openbare orde zijn niet de misdrijven die tegen lijf of goed van een bepaald persoon zijn gericht.

In de wetsgeschiedenis is echter ook een positieve omschrijving van misdrijven tegen de openbare orde te vinden. Het zijn misdrijven die een ‘gevaar opleveren voor het maatschappelijk leven en de natuurlijke orde der maatschappij verstoren’.¹⁰ Deze omschrijving maakt duidelijk dat misdrijven tegen de openbare orde zowel krenkings- als gevaarzettingsdelicten kunnen zijn. Hetzelfde geldt overigens voor de overtredingen betreffende de openbare orde (Titel II van het Derde Boek). Artikel 141 Sr is een voorbeeld van een krenkingsdelict (naast onder andere art. 137c, 142 en 145 Sr). De termen ‘natuurlijke orde der maatschappij’ en ‘maatschappelijk leven’ werden door de wetgever niet nader omschreven. De terminologie wijst erop dat de bescherming van de openbare orde zich niet laat verengen tot de bescherming van individuele personen of concrete goederen; het is de maatschappij die door de misdrijven tegen de openbare orde wordt of kan worden benadeeld. Met de negatieve omschrijving zouden we dit zo kunnen begrijpen dat misdrijven tegen de openbare orde meer beogen te beschermen dan alleen individuele of staatsbelangen en daartoe niet kunnen worden beperkt.

De omschrijving dat een maatschappij een ‘natuurlijke orde’ kent, geeft ook enige houvast bij het bepalen wat tot de openbare orde moet worden gerekend, hoezeer de term ook verouderd klinkt. Natuurlijke orde lijkt verband te houden met in een maatschappij te beschermen grondrechten, waaronder de vrijheid van godsdienst, van vereniging en vergadering en het recht op privacy. De uitoefening van die grondrechten wordt middels Titel V door het Wetboek van Strafrecht beschermd (bijvoorbeeld respectievelijk art. 145, 143 en 144 en 138, 138ab, 139a en 139f Sr).

Bij een flink aantal van de oorspronkelijke strafbepalingen in Titel V geldt dat verstoring van de natuurlijke orde ‘in het openbaar’ of ‘openlijk’ moet plaatsvinden, zodat mag worden aangenomen dat in die gevallen (gevaar voor) krenking van de natuurlijke orde der maatschappij op een bepaalde plaats dient te geschieden. Mensen moeten iets van de delictsgedragingen meekrijgen op het moment dat het delict wordt begaan. Tegelijkertijd valt niet te ontkennen dat een directe verwijzing naar openbaarheid bij veel delicten in Titel V ontbreekt. Met betrekking tot een aantal gevallen kan zelfs worden beweerd dat de gedragingen plaatsvinden onder omstandigheden die tegengesteld zijn aan openbaar, zoals het trainen voor terrorisme (art. 134a Sr). Ook het deelnemen aan een criminele of terroristische organisatie (art. 140 en 140a Sr) zal niet altijd in het openbaar plaatsvinden, terwijl ook ten aanzien van het wegmaken van een lijk (strafbaar gesteld in art. 151 Sr) mag worden aangenomen dat die handeling in de regel niet-openlijk geschiedt. Voor een (gevaar voor) krenking van de openbare orde is het met andere woorden niet noodzakelijk dat de gedragingen in het openbaar plaatsvinden. In die gevallen komt het erop aan na te gaan of de verstoring van dusdanige betekenis is dat de maatschappelijke orde is of kan worden verstoord. De vraag is vervolgens of de omstandigheid dat de openbare orde ook kan zijn verstoord wanneer de gedraging niet openlijk plaatsvond ook van invloed mag zijn op delicten die blijkens de delictsommschrijving wel ‘openlijk’ of ‘in het openbaar’ dienen plaats te vinden. Met andere woorden, hoe openlijk moet openlijk zijn?

6 Het is tegen deze achtergrond dat de Hoge Raad zich sinds de inwerkingtreding van artikel 141 Sr voor de vraag ziet gesteld hoe het bestanddeel openlijk in die bepaling moet worden uitgelegd. Daarbij mogen we de geruuststellende woorden van de Hoge Raad aan het begin van r.o. 2.5.2 niet over het hoofd zien; in veel gevallen is het evident dat het geweld ‘openlijk’ werd gepleegd en vormt het dus geen vraag die de feitenrechter veel tijd kost om te beantwoorden. De vraag waarvoor de rechter zich gesteld ziet, is of geweld ook openlijk is in het geval de handelingen ‘niet-evident’ in het openbaar zijn begaan. Met het onderhavige arrest tracht de Hoge Raad op die vraag een antwoord te formuleren.

Daarvoor moeten we allereerst te rade gaan bij r.o. 2.5.1. Deze rechtsoverweging vangt aan met de opmerking dat in de rechtspraak vaak wordt vooropgesteld dat geweld openlijk plaatsvindt wanneer dat ‘zich door onverhopen, niet-heimelijk bedreven daden heeft geopenbaard, zodat daardoor de openbare orde is aangerand’. Met de rechtspraak bedoelt de Hoge Raad ook zijn eigen rechtspraak.¹¹ De termen onverhopen en niet-heimelijk zeggen op zichzelf nog niet zoveel. Onverhopen is een synoniem voor openlijk, wat de betekenis van het bestanddeel niet verheldert.

⁸ W. Wedzinga, *Openlijke geweldpleging* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 75-76.

⁹ Machielse 1987, p. 322.

¹⁰ H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van*

Strafrecht (Deel II; bewerkt door J.W. Smidt), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 66.

¹¹ Zie bijv. HR 11 maart 1975, *NJ* 1975/272. In HR 29 maart 1966 (*NJ* 1966/399, m.nt. W.P.J. Pompe)

werden de termen ‘onverhopen, niet-heimelijk bedreven daden’ wel gebezigd, maar ontbrak de verwijzing naar de openbare orde.

Niet-heimelijk zou kunnen worden omschreven als niet-stiekem of niet in het geheim. Het geweld moet dus voor derden zichtbaar of kenbaar zijn. Dat zegt op zichzelf nog niet zoveel, bijvoorbeeld omdat onduidelijk is wie deze derden zijn. De Hoge Raad geeft ook aan wat ervoor nodig is om te bepalen welke daden openlijk zijn: de wijze waarop en de plaats waar de geweldpleging heeft plaatsgevonden. Dat is nieuw, althans nieuw is dat de Hoge Raad uitdrukkelijk aangeeft op grond waarvan ‘openlijk’ dient te worden vastgesteld.¹² Ten aanzien van de plaats waar de geweldpleging plaatsvond, is het van belang ‘of bij de geweldpleging in zekere zin willekeurig publiek aanwezig was of had kunnen zijn’. Met betrekking tot de aard van het geweld gaat het om ‘de mate van verstoring van de normale gang van zaken’.

Wat wordt bedoeld met ‘in zekere zin willekeurig publiek aanwezig was of had kunnen zijn’? Een synoniem voor ‘in zekere zin’ is tot op zekere hoogte. Het aanwezige publiek hoeft dus niet helemaal willekeurig te zijn, als het dat maar tot op zekere hoogte is. Of van het aanwezige publiek de meerderheid willekeurig moet zijn, is niet helemaal duidelijk, maar ‘in zekere zin’ doelt daar niet op. Willekeurig wijst op toeval of het ontbreken van selectie. De bij het geweld aanwezige personen moeten tot op zekere hoogte toevallig daarbij aanwezig zijn. Toeval veronderstelt dat de personen niet op de plaats van het geweld aanwezig zijn als gevolg van selectie. Er zijn plaatsen aan te wijzen waar iemand slechts door selectie aanwezig kan zijn, of omdat de persoon met die plaats ‘in een relatie staat’, zoals een aula van een onderwijsinstelling.¹³ Daarmee is echter niet uitgesloten dat er op die plaatsen toch willekeurig publiek aanwezig was of had kunnen zijn. Als voorbeeld noemt de Hoge Raad een treincoupé.¹⁴ In die zaak bleef de veroordeling wegens openlijke geweldpleging in stand.

Met het voorgaande zou de indruk kunnen ontstaan dat geweld in een voetbalstadion of concertgebouw niet openlijk is; de aanwezigen zijn aldaar niet toevallig aanwezig. Ik meen dat dit een te beperkte uitleg aan ‘in zekere zin willekeurig publiek’ geeft. Willekeurig kan ook worden omschreven als ‘ongewild’ en willekeurig aanwezig als ‘ongewild geconfronteerd’.¹⁵ De laatste omschrijving is van Machielse, die in deze zaak concludeerde. Volgens hem volgt uit deze omschrijving dat willekeurig aanwezig is iedereen die aanwezig is, nadat hij of zij een kaartje heeft gekocht bij een voetbalwedstrijd of een concert, maar ook zij die zijn uitgenodigd daarbij aanwezig te zijn. Machielse maakt daarbij geen onderscheid tussen bijeenkomsten die besloten waren, zoals een verjaardagsfeest of bruiloft, en bijeenkomsten die na betaling van een kaartje kunnen worden bezocht. Het gaat Machielse om de zichtbaarheid van het geweld, niet om de locatie waar het geweld plaatsvond. Het doet volgens de advocaat-generaal niet ter zake

of die plaats een publieke functie heeft, terwijl evenmin relevant is of de plaats waar het geweld werd gepleegd alleen op uitnodiging te betreden was. Een onderscheid tussen beide kan echter niet worden ontkend. Voetbalwedstrijden en concerten zijn in beginsel voor iedereen toegankelijk; over het algemeen ontbreekt er een gastenlijst. Wie bij een voetbalwedstrijd of concert komt opdagen is in die zin tamelijk willekeurig, ook al delen de aanwezigen dezelfde wens de wedstrijd of het concert bij te wonen. Op basis van het overzicht kan niet met zekerheid worden gezegd welke weg de Hoge Raad volgt. De beoordeling van het middel blijkt meer duidelijkheid te bieden. Daarop wordt in randnummer 8 van deze annotatie ingegaan.

Dat door de Hoge Raad wordt aangegeven dat het publiek bij het geweld aanwezig had kunnen zijn, maakt duidelijk dat fysieke aanwezigheid van derden bij het geweld niet nodig is om aan te nemen dat het geweld openlijk is gepleegd.¹⁶ Aanwezigheid wordt niet beperkt tot fysieke nabijheid.¹⁷ Men kan ook van enige afstand nabij zijn, bijvoorbeeld wanneer het geweld live wordt waargenomen via andere zintuigen (gehoor, zicht, en dergelijke) al dan niet langs digitale weg. Dat willekeurig publiek niet aanwezig hoeft te zijn, maakt het ook mogelijk om van openlijk geweld te spreken in gevallen waarin het geweld is gepleegd op een openbare weg die ten tijde van het geweld wegens een verbod niet vrij toegankelijk was.¹⁸ In al deze gevallen komt het volgens de Hoge Raad wel aan op ‘nadere vaststellingen’ in de motivering van de bewezenverklaring van het bestanddeel openlijk. De Hoge Raad geeft in het arrest een aantal voorbeelden van zaken waarin wel of geen nadere vaststellingen werden gedaan. Uit die voorbeelden blijken geen algemene lijnen te kunnen worden getrokken. De Hoge Raad benadrukt dat de ‘specifieke omstandigheden van het geval doorslaggevend’ zijn voor het antwoord op de vraag of het geweld openlijk is gepleegd. Daarbij moeten de ‘gezichtspunten’ mede in ogenschouw genomen worden (r.o. 2.5.3), dus de plaats en aard van het geweld. De voorbeelden die de Hoge Raad, betreffen telkens de plaats van het geweld, zodat de vraag is welke rol de aard van het geweld speelt in het beantwoorden van de vraag of het bestanddeel ‘openlijk’ kan worden bewezen. Overigens zijn de voorbeelden zo omschreven dat zij de feitenrechter behulpzaam kunnen zijn bij het bepalen in welke gevallen sprake is van ‘niet-evidente gevallen’ van openlijk geweld en wanneer ‘nadere vaststellingen’ dus nodig zijn.

7 De Hoge Raad wijst ook op ‘de mate van verstoring van de normale gang van zaken’. De ‘normale gang van zaken’ verwijst naar het rechtsbelang van de openbare orde. In de openbare orde zijn ‘gevoelens van angst, dreiging of overlast’ niet gewenst.¹⁹ De mate van verstoring verwijst

12 De plaats waar, de wijze waarop, en de omstandigheden waaronder het geweld is uitgeoefend, vormden reeds in HR 26 juni 1979 (*NJ* 1979/618) de argumenten op basis waarvan het hof mocht aannemen dat er in de betreffende zaak (het slachtoffer werd 's nachts door verdachte en zijn

mededaders ingesloten en vervolgens in een gracht geworpen zonder dat er willekeurig publiek aanwezig was) sprake was van openlijk geweld.

13 HR 9 januari 2018, *NJ* 2018/62.

14 HR 12 juli 2011, *NJ* 2011/380.

15 ECLI:NL:PHR:2018:720, punt 3.11.

16 HR 16 februari 1988, *NJ* 1988/821.

17 HR 3 januari 1981, *NJ* 1981/398, m.nt. A.L. Melai.

18 HR 7 november 2017, *NJ* 2018/183, m.nt. N. Roze-mond.

19 Vgl. Rozemond in zijn annotatie bij het onderhavige arrest (*NJ* 2018/436, nr. 5).

naar het gewelddadige gedrag. Dat kan meer verstoren naarmate meer personen aan de geweldpleging hebben deelgenomen. Een massale vechtpartij zal de openbare orde meer schokken dan een vechtpartij tussen twee personen. Ook de plaats van de geweldpleging kan van invloed zijn op de waardering van de verstoring van de normale gang van zaken; geweldpleging op een plaats waar veel willekeurig publiek aanwezig was zal de normale gang van zaken meer hebben verstoord dan geweldpleging op een plaats waar geen willekeurig publiek aanwezig was, maar wel kon zijn. Het ligt naar mijn mening voor de hand dat deze omstandigheden van invloed zijn op het bewijzen van het bestanddeel ‘openlijk’.

De vraag is hoe relevant de mate van verstoring is. In de literatuur wordt daarover uiteenlopend gedacht voor zover het gaat om de aard van het gedrag. In de eerste visie is de mate van verstoring volstrekt irrelevant om te bepalen of er sprake is van *openlijke* geweldpleging. Machielse stelt bijvoorbeeld het volgende: ‘Als het van het shockerend karakter van het handelen zou afhangen of artikel 141 Sr van toepassing is, zou de rechter telkens daarnaar een onderzoek moeten instellen zonder dat de wet hem voor de beantwoording van die vraag criteria biedt.’ In de zaak waarin deze conclusie werd gewezen ging het onder andere om het met verf bespuiten van (delen van) een bedrijfspand, een muur en een container. De Hoge Raad liet het veroordelende arrest van het hof in stand zonder zich over de aard van het geweld uit te laten.²⁰ De aard van het geweld speelde in deze zaak geen rol in het begrenzen van de strafbaarstelling van openlijke geweldpleging. Dit oordeel past bij de opvatting dat artikel 141 Sr een ‘ruimer bereik heeft’ dan de strafbaarstellingen van mishandeling en vernieling. Geweld dat niet als mishandeling of vernieling kan worden gekwalificeerd, kan soms wel openlijke geweldpleging opleveren. Artikel 141 Sr heeft in deze visie een restfunctie en dat leidt ertoe dat niet al te hoge drempels moeten worden opgeworpen voor de toepassing van artikel 141 Sr. Volgens Rozemond moet openbare orde worden omschreven als ‘het belang van het algemene publiek bij het ongestoorde gebruik van de openbare ruimte’. In deze opvatting worden geen verdere eisen gesteld aan de openbare orde. Uit deze interpretatie van openbare orde volgt dat ‘grof geweld in een voortuin aan de openbare weg’ openlijke geweldpleging kan opleveren ‘door het schokkende karakter van het geweld dat voor het publiek waarneembaar is’.²¹ Het voorbeeld is minder gelukkig gekozen, omdat dergelijk geweld vermoedelijk ook mishandeling of vernieling oplevert en door de plaats van de handeling vermoedelijk wel als openlijke geweldpleging kan worden aangemerkt. De restfunctie van artikel 141 Sr komt in het voorbeeld dus minder goed naar voren. Een belangrijkere vraag is of in vereniging gepleegd geweld dat niet schokkend is voor het algemene publiek, zoals het midden in de nacht op een verlaten openbare weg spuiten van graffiti op een muur van een verlaten bedrijfspand, openlijke geweldpleging oplevert.

Op grond van de zojuist besproken visie, zal die vraag positief beantwoord worden. In de andere visie is het antwoord minder vanzelfsprekend positief. Deze visie werpt met behulp van het door artikel 141 Sr beschermde rechtsgoed, de openbare orde, een drempel op. Niet elk in vereniging gepleegd geweld zal de openbare orde verstoren en zal om die reden openlijke geweldpleging opleveren.²² Daarvan is in deze visie slechts sprake wanneer het geweld een zekere intensiteit heeft, waarbij de gedragingen in onderling verband en samenhang moeten worden beoordeeld. Deze opvatting sluit niet uit dat op zichzelf vrij onschuldig en veelvoorkomend in vereniging gepleegd geweld de openbare orde schendt en dus openlijk is gepleegd; vanzelfsprekend is dat echter niet. De samenleving moet tegen een stootje kunnen en het strafrecht moet – als ultimum remedium – niet te snel van stal gehaald worden. Bij de beoordeling van de vraag of het in vereniging gepleegde geweld *openlijk* is gepleegd zijn relevant ‘de context van het moment en de situatie’ waarin het geweld in vereniging werd gepleegd.²³ De consequentie van deze visie is dat vermoedelijk iets minder snel sprake zal zijn van openlijke geweldpleging dan in de eerste visie het geval zal zijn. Het verschil tussen beide visies zal vermoedelijk subtiel zijn als het gaat om de uitkomst; belangrijker is dat in de eerste visie geen nader onderzoek naar de aard van het geweld wenselijk wordt geacht, terwijl in de tweede visie de aard van het geweld wel relevant is voor het antwoord op de vraag of het geweld openlijk werd gepleegd.

Welke visie hangt de Hoge Raad aan? Dat is nog niet zo eenvoudig te beantwoorden. Het feit dat de aard van het geweld wordt genoemd, zou een onderbouwing kunnen zijn voor de conclusie dat hij de tweede visie aanhangt. Tegelijkertijd is de aard van het geweld geen dwingende maatstaf; de mate van verstoring ‘kan’ worden betrokken bij het beantwoorden van de vraag of het geweld openlijk is gepleegd (r.o. 2.5.1). Wanneer we vervolgens de door de Hoge Raad in r.o. 2.5.2 en 2.5.3 genoemde arresten nader bestuderen, dan speelt het geweld (tegen goederen en tegen personen) in al die arresten als ik het goed zie geen rol van betekenis in de motivering van de bewezenverklaring van het bestanddeel ‘openlijk’. Op basis van deze arresten kan niet worden gezegd dat de aard van het geweld geen betekenis heeft. Het zou echter verbazen wanneer de Hoge Raad de rol daarvan in de toekomst sterk zou vergroten. Ik houd het er voor nu op dat de Hoge Raad de feitenrechter een hulpmiddel geeft om in randgevallen de onderbouwing van zijn oordeel te versterken, zowel de onderbouwing dat er sprake is van openlijk geweld, als de onderbouwing van het tegenovergestelde oordeel. Deze heeft daarbij in ogenschouw te nemen of de consequentie van een vrijspraak of een bewezenverklaring, namelijk dat de openbare orde niet respectievelijk wel is geschonden, voldoende is onderbouwd.

20 HR 26 januari 1999, *NJ* 1999/311.

21 Rozemond in zijn annotatie bij het onderhavige arrest (*NJ* 2018/436, nr. 5).

22 Zie Ter Haar & Hornman 2018, par. 4, die verwijzen naar HR 30 januari 2007, *NJ* 2007/96.

23 Groenhuijsen in zijn annotatie bij HR 10 oktober

1995, *NJ* 1996/356; Wedzinga 1992, p. 103.

8 Het onderhavige arrest geeft aan die veronderstelling steun. Ten aanzien van het middel overweegt de Hoge Raad in het volgende:

‘2.6. Het Hof heeft vastgesteld dat de geweldshandelingen zijn gepleegd in een feestzaal waar een verjaardag werd gevierd waarvoor ongeveer 40 gasten waren uitgenodigd en dat voorafgaand aan die geweldshandelingen de deuren van die feestzaal dicht zijn gedaan. Voorts heeft het Hof overwogen dat niet is gebleken dat op het feest niet-genodigde gasten aanwezig waren en dat evenmin is gebleken dat de geweldshandelingen zichtbaar waren voor omstanders vanaf de openbare weg. Hierin ligt als oordeel van het Hof besloten dat het geweld zich voltrok in een besloten ruimte die slechts – op uitnodiging – toegankelijk was voor een beperkt aantal personen en waar geen ongenode gasten aanwezig waren, en dat derhalve niet kan worden bewezen dat sprake is van “openlijk” geweld in de zin van artikel 141, eerste lid, Sr. Gelet op hetgeen onder 2.5 is vooropgesteld, getuigt dat oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het toereikend gemotiveerd.’

Het beroep in cassatie wordt dus verworpen. De overweging maakt duidelijk dat de Hoge Raad zijn advocaat-generaal niet volgt. Diens conclusie dat het erom moet gaan of het geweld ‘onverholen en niet-heimelijk’ heeft plaatsgevonden en het dus irrelevant is waar het geweld is gepleegd, neemt de Hoge Raad niet over. De plaats van het geweld is wel degelijk van belang om te bepalen of het geweld openlijk is gepleegd. Met betrekking tot die plaats valt echter op dat niet alleen het feit dat de feestlocatie besloten was, omdat zij niet zichtbaar was vanaf de openbare weg, bepalend is voor de verwerping van het cassatiemiddel. De Hoge Raad benadrukt in zijn overweging ook het besloten karakter van het verjaardagsfeest. Dat was slechts op uitnodiging toegankelijk. En kennelijk had men strak de hand gehouden aan wie wel en wie niet aanwezig was; er waren geen ongenode (willekeurige) gasten aanwezig. Het gevoerde uitnodigingsbeleid versterkt de beslotenheid van het feest. Beide aspecten voorkwamen dat bij het geweld willekeurig publiek aanwezig was of kon zijn. Hoewel de normale gang van zaken tijdens het feest is verstoord, leidde de dubbele beslotenheid (van locatie en uitnodigingsbeleid) ertoe dat de openbare orde niet is verstoord. Dat het gepleegde geweld op zichzelf vrij ernstig was, maakte dat oordeel niet anders. Dat bevestigt het vermoeden dat de aard van het geweld slechts een hulpmiddel is in de beoordeling of er sprake is van openlijk geweld.

De combinatie van beslotenheid van locatie en beslotenheid door uitnodiging roept de vraag op wat de uitkomst van deze zaak zou zijn geweest als slechts de locatie besloten was of slechts een strak uitnodigingsbeleid was gevoerd. De omstandigheid dat het geweld niet vanaf de openbare weg zichtbaar was, is niet zonder meer voldoende om aan te nemen dat het bestanddeel ‘openlijk’ niet kan worden bewezen verklaard. Er is aanleiding te veronderstellen dat een bewijsmotivering die slechts op dat argument stoelt, tot cassatie leidt.²⁴ Dat geweld niet vanaf de openbare weg zichtbaar is, neemt niet weg dat het geweld voor willekeurige omstanders op andere wijzen kon worden waargenomen. Niet valt uit te sluiten dat geweld openlijk is gepleegd wanneer het besloten feest door willekeurig publiek werd of kon worden waargenomen. Tijdens een besloten gelegenheid waar willekeurig publiek aanwezig is – denk aan een concert waarbij (slechts) een deel van de plaatsen wordt bezet door personen die daarvoor zijn uitgenodigd – is het goed mogelijk dat openlijke geweldpleging wordt bewezen verklaard, mits kan worden gesteld dat door het openlijk gepleegde geweld de openbare orde is verstoord.

Anders dan bijvoorbeeld Machielse, en zijn ambtsgeenoot Knigge in een conclusie bij een ander arrest over openlijke geweldpleging,²⁵ stelt de Hoge Raad bij de beoordeling van ‘niet-evidente gevallen’ van openlijke geweldpleging niet een eenvoudig schema voorop, maar de omstandigheden van het geval, die worden gekleurd door een aantal gezichtspunten met behulp waarvan een genuanceerde beoordeling van een zaak mogelijk is. Het gevolg van deze benadering is dat de Hoge Raad het werk van de feiten-rechter niet vereenvoudigt. Een verklaring daarvoor is wellicht gelegen in onduidelijkheid over wat onder openbare orde moet worden verstaan. Terwijl Machielse daar een duidelijk beeld bij heeft, lijkt het er (vooralsnog) op dat rechtsbelang voor de Hoge Raad onderbepaald is. Dat vermindert onze grip op de materie, tegelijkertijd laat de Hoge Raad ruimte voor ontwikkeling. Dat is ten aanzien van een rechtsbelang als de openbare orde misschien zo gek nog niet,²⁶ ook al betekent dat in een concreet geval dat vrij ernstig geweld onbestraft blijft. ■

24 Anders: Wedzinga 1992, p. 89-90.
25 HR 9 januari 2018, *NJ* 2018/62.

26 Vgl. H. Arendt, *The Human Condition*, Chicago/London: The University of Chicago Press 1998

(eerste uitgave in 1958), p. 57-58.