



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen

Esser, L.B.

Citation

Esser, L. B. (2019, September 25). *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/77057>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/77057>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The following handle holds various files of this Leiden University dissertation:
<http://hdl.handle.net/1887/77057>

Author: Esser, L.B.

Title: De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen

Issue Date: 2019-09-25

2 | Het rechtsbelang in het strafrecht

‘Aber vielleicht liegt diese Verfügbarkeit für beliebige Zwecke des Rechts-
gutsbegriff auch darin, dass niemand weiß, was es ist. Wie definierst Du
“Rechtsgut”? Wann ist es ein legitimes “Strafrechtsgut”? Und wer bestimmt
das?’¹

In dit boek staat de analyse van de strafbaarstelling van mensenhandel centraal in het licht van de daarmee beschermde rechtsbelangen. Vanwege de belangrijke plek die de rechtsbelangen in deze studie worden toebedeeld is het voor-
eerst zaak op de betekenis van het begrip ‘rechtsbelang’ meer zicht te krijgen. Dit hoofdstuk strekt daartoe.

Het werd in de inleiding reeds opgemerkt dat het rechtsbelang in de Nederlandse strafrechtscultuur enerzijds een belangrijke rol heeft, anderzijds ook een wat ambivalente positie inneemt. De opvatting dat met het strafrecht rechtsbelangen worden beschermd, dat die bescherming uiteindelijk zelfs de *telos* van het strafrecht is, wordt breed gedeeld en is een gedachte die ook duidelijk in welhaast alle hand- en leerboeken is vervat.² Niettemin is daarmee dan doorgaans het meeste over het rechtsbelang wel gezegd. De literatuur te onzent overziend, wordt het rechtsbelang vooral op descriptieve, niet-normatieve wijze begrepen. Het wordt geïdentificeerd als het object waarover de beschermende werking van het strafrecht zich dient uit te strekken, maar wordt verder niet uitgediept. Als er al meer betekenis aan wordt gehecht, dan blijft die vaak beperkt en is geen aandacht voor de uitgebreide theorievorming die over het rechtsbelang, zij het buiten Nederland, wel degelijk heeft plaatsgehad.³

1 Kudlich, *ZStW* 2015, p. 642.

2 De Hullu 2018, p. 70-72; Kelk/De Jong 2016, p. 17-18; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1989, p. 21-35; Van Bemmelen 1954, p. 8-9; Pompe 1935, p. 22-24; Van Hamel 1913, p. 209-210. Zie ook Vermunt 1984, p. 182.

3 Deze voorkeur voor een descriptieve uitgangspositie is bij meer auteurs vindbaar. De Hullu 2018, p. 70-72 onderscheidt een legitimeringsfunctie, groeperingsfunctie en interpretatieve functie, maar werkt – zij het summier – alleen die twee laatste uit. Ook Kelk en De Jong leggen de nadruk op de groeperingsfunctie en de interpretatieve functie en besteden niet expliciet aandacht aan de legitimerende functie. Meer recent is eenzelfde descriptieve uitgangspositie te herkennen bij Van de Wetering, Eckhardt en Bakker, die in hun artikel over de interpretatieve functie van het rechtsbelang de relevantie van het rechtsbelang in de Nederlandse strafrechtsorde veronderstellen, zonder het begrip zelf nader uit te werken. Zie Van de Wetering, Eckhardt & Bakker 2018, *DD* 2018/13. De zowel door De Hullu als

In dit hoofdstuk wordt de betekenis van het rechtsbelang, ook voorbij de niet-normatieve gedaante waarin we die term doorgaans in Nederland tegenkomen, onderzocht. De vraag die bij het ondernemen van deze exercitie centraal staat, is welke betekenissen van het rechtsbelang in de literatuur worden onderscheiden en wat de rol daarvan in het strafrecht is en kan zijn. Blijken zal dat het rechtsbelang naast een descriptieve, ook een prescriptieve gedaante kent en in die hoedanigheid refereert aan een uitgebreid, rechtstheoretisch concept met een duidelijk normatieve lading.

In dit boek zal het rechtsbelangenconcept ons dienstbaar zijn bij het geven van een antwoord op de in hoofdstuk 1 geponeerde onderzoeksvraag. Daarnaast biedt het concept, zo zou kunnen worden gezegd, een perspectief waarmee de historische (hoofdstuk 3) en dogmatische ontleding (hoofdstukken 4 en 5) van de strafbaarstelling van mensenhandel nader kan worden gestructureerd. Dit hoofdstuk strekt er primair toe om in het rechtsbelangenconcept meer inzicht te verschaffen. Daardoor wordt beter duidelijk hoe dat in het vervolg van dit boek gehanteerd kan gaan worden. Verder dient de exercitie die in dit hoofdstuk wordt ondernomen ook te worden beschouwd als een poging het rechtsbelang voor de Nederlandse strafrechtsdogmatiek van meer reliëf te voorzien.

Het plan van behandeling in dit hoofdstuk is als volgt. In de eerste plaats wordt in paragraaf 2.1 een voorverkenning uitgevoerd naar de betekenis van het rechtsbelangenconcept in het strafrecht. Deze paragraaf heeft een zekere associatieve aard: op hoofdlijnen worden enkele onderwerpen uitgelicht die direct de aandacht opeisen als over het rechtsbelang wordt gesproken. De thema's die we dan gewaarworden, vormen het uitgangspunt voor de nadere ordening van dit hoofdstuk. In paragraaf 2.2 worden die thema's meer uitgebreid besproken aan de hand van Nederlandse, maar toch voornamelijk Duitse en Angelsaksische literatuur en is ook aandacht voor de oorsprong van het concept. In paragraaf 2.3 wenden we de steven naar de rol van het rechtsbelangenconcept in dit boek. De vraag zal worden beantwoord hoe dat in het vervolg wordt ingezet en welke dimensies van het concept in het bijzonder worden uitgelicht om zoveel mogelijk dienstbaar te kunnen zijn aan de doelen die we ons in dit boek gesteld hebben.

2.1 EEN VOORVERKENNING VAN HET RECHTSBELANGENCONCEPT

Met het strafrecht worden rechtsbelangen beschermd.⁴ Die bescherming is, zo zou kunnen worden gezegd, de *raison d'être* van het bestaan van het strafrechtelijk systeem: de staat ziet zich eerst gelegitimeerd om zijn zwaarst

door Van de Wetering, Eckhardt en Bakker onderscheiden functies gaan voor wat Nederland betreft overigens terug tot een artikel van Machielse, *DD* 1979, p. 24-43.

4 Pompe 1935, p. 22; De Hullu 2018, p. 70-72; Kelk/De Jong 2016, p. 17-18.

mogelijke middel in te zetten als hij kan aantonen dat daarmee het ‘rechtsgoederenbestand’ wordt beschermd.⁵

De gedachte die in de laatste twee zinnen is opgetekend moge vertrouwd klinken. Voor de Nederlandse strafrechtsjurist is hier in elk geval, zo mag worden aangenomen, niets nieuws onder de zon. Wat bij de bestudering van Nederlandse, strafrechtsgeleerde literatuur opvalt, is dat vooral de functionele aspecten van het rechtsbelang worden besproken. Geconstateerd wordt dat het doel van het strafrecht de bescherming van rechtsbelangen is en belicht wordt vervolgens hoe dit rechtsbelang een functie kan hebben bij de systematisering en – op het niveau van de rechtspraak – de uitleg van wetgeving. Terecht wordt dan melding gemaakt van de opzet die onze strafwetgever reeds bij het opstellen van het Wetboek van Strafrecht van 1886 heeft gekozen.⁶ In de titels die daarin zijn opgenomen weerspiegelt zich doorgaans het rechtsbelang dat de wetgever met de daarin ondergebrachte strafbepalingen heeft beoogd te beschermen. Bovendien is er in de literatuur aandacht voor de belangrijke functie die het rechtsbelang kan hebben bij de interpretatie van (bestanddelen van) delictsomschrijvingen; soms speelt het rechtsbelang daarbij een preponderante rol, zoals het geval waarin een teleologische of systematische uitleg wordt toegepast.⁷ Van rechtsbelangengeoriënteerde interpretatie door de rechter kan voorts op meer niveaus binnen het beslissingsschema sprake zijn, bijvoorbeeld bij de behandeling van een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid⁸ of bij de afbakening van de reikwijdte van een delictsomschrijving via interpretatie van de aan de orde zijnde wettelijke delictskwalificatie.⁹

Andere aspecten blijven evenwel buiten het zicht. De aandacht voor de voornoemde functionele aspecten wijst vooral – we komen daar zo nog op – op een descriptieve of positivistische uitleg van het rechtsbelang. Vooral is er aandacht voor het gegeven *dat* met ons strafrecht rechtsbelangen *worden* beschermd. En *dat* de wetgever die rechtsbelangen bij de ordening van zijn strafwetboek heeft gebruikt. *Dat* de rechter zich op de rechtsbelangen in

5 Vermunt 1984, p. 182.

6 Zie daarover nader Ten Voorde 2017, p. 31-38.

7 Kelk/De Jong 2016, p. 17; Amelung 2003, p. 156. Zie ook Schaffmeister & Heijder 1983, p. 448.

8 Aanleiding tot het doen van een beroep op de rechtvaardigingsgrond van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid is doorgaans immers de overtuiging dat met het op zichzelf strafbaar gestelde gedrag dat is begaan, het rechtsbelang dat de wetgever met strafbaarstelling wilde beschermen juist werd gediend. Zie voor de rol van het rechtsbelang bij het inkleuren van de wederrechtelijkheid uitgebreid Schaffmeister & Heijder 1983. Zie ook de annotatie van P.A.M. Mevis bij HR 13 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1074, NJ 2017/339.

9 Zie over de buitenwettelijke kwalificatie-uitsluitingsgrond Borgers, DD 2013/33. Zie, specifiek ten aanzien van de strafbaarstelling van mensenhandel, Esser & Dettmeijer-Vermeulen, DD 2014/48, p. 523-527.

voorkomende gevallen oriënteert.¹⁰ Rechtsbelangen kunnen, op deze ontologische wijze gedacht, worden gedefinieerd als '[...] the goods or values of a particular society that may be mirrored in, and protected by, the law'.¹¹ Het *ius positum* is hier leidend. Rechtsbelangen zijn in het recht afgebeeld, laten zich daaruit rechtstreeks kennen en tamelijk eenvoudig afleiden.

De descriptieve opvatting die in Nederland domineert, doet onterecht het beeld ontstaan dat het rechtsbelang een term is met een vrij onproblematische strekking. Ook in de louter descriptieve gedaante veronderstelt de term evenwel meer dan die *prima facie* doet vermoeden. Ten eerste ligt daarin een idee over het doel van het strafrecht besloten, zonet al verwoord als de bescherming van die rechtsbelangen. Impliciet is hieruit ook een zekere begrenzingsnotie af te leiden. Het strafrecht kan niet lukraak worden ingezet; het gebruik daarvan is eerst dan aan de orde indien kan worden gezegd dat daarmee een rechtsbelang wordt beschermd. Bovendien is er nog een additionele eis. Als strafrechtelijke theorie beschermt het rechtsbelangenconcept uitsluitend die belangen die voor *strafrechtelijke* bescherming in aanmerking komen.¹² Daarmee verwijst de term 'rechtsbelang' in feite al naar een proces van selectie: niet alle belangen worden door het strafrecht beschermd, maar slechts een deel daarvan.

In Nederland zijn deze gedachten vooral bekend door typering van het strafrecht als accessoir en fragmentair. Met het accessoire karakter wordt uitgedrukt dat het strafrecht concurrerende rechtsdomeinen naast zich heeft te dulden en dus niet het enige rechtssysteem is dat aanspraak kan maken op het beschermen van rechtsbelangen.¹³ De typering van het strafrecht als accessoir gaat ervan uit dat het strafrecht pas moet worden ingezet als andere sociale instituties – andere rechtsgebieden of zelfs buiten het recht liggende

10 Opvallend is overigens dat veel minder aandacht bestaat voor de vraag in hoeverre – naast de wetgevende en rechtsprekende macht – ook door de uitvoerende macht een beroep op het rechtsbelang wordt gedaan. We doelen dan natuurlijk vooral op het Openbaar Ministerie en in het bijzonder op de vraag of de officier van justitie zich bij het nemen van de vervolgingsbeslissing laat leiden door de vraag of in de concreet te behandelen zaak al dan niet een rechtsbelang is geschonden. Het strafvorderlijk opportuniteitsbeginsel verschaft hem die ruimte. In dit boek vormt de handhavingspraktijk niet het object van onderzoek. De vraag naar de rol van rechtsbelangen op het niveau van de strafvorderlijke rechtshandhaving laten we hier dan ook rusten.

11 Peršak 2007, p. 105. Overigens gebruikt Peršak deze definitie als voorbeelddefinitie, om aan te geven hoe het rechtsbelang in sommige, door haar aangehaalde hand- en leerboeken wordt gehanteerd. Zelf staat Peršak een normatievere invulling van de rechtsbelangdefinitie voor.

12 Amelung 2003, p. 155. Amelung merkt op dat het rechtsbelangenconcept '[...] in der Strafrechtsdogmatik als spezifisch strafrechtliche Doktrin [gilt]. Allerdings wird der Begriff des Rechtsguts auch in anderen rechtswissenschaftlichen Disziplinen verwendet und gilt daher als Begriff der Allgemeinen Rechtslehre'.

13 Vormbaum, ZStW 2011, p. 668; Amelung 2003, p. 155. Corstens/Borgers & Kooijmans plegen in dit verband wel te spreken over de heteronome, niet-autonome aard van het strafrecht. Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 3-4.

‘intermediaire’ instanties – geen soelaas bieden. In het accessoire karakter ervan ligt dus de veronderstelling besloten dat het aanwenden van het strafrecht voor het beschermen van bepaalde belangen een dubbele keuze vergt: niet alleen die voor het recht zelf, ook die voor het strafrecht in het bijzonder. Roxin heeft de rol van het strafrecht dan ook beschreven in termen van ‘subsidiären Rechtsgüterschutz’.¹⁴ In Nederland kennen we vooral de notie van het strafrecht als *ultimum remedium*, ook wel verwoord als *ultima ratio*-beginsel.¹⁵

Met het accessoire hangt het fragmentaire karakter van het strafrecht nauw samen. Deze karakterisering gaat ervan uit dat de bepalingen in het strafrecht telkens slechts een selectie omvatten van gedragingen die het rechtsbelang kunnen schaden.¹⁶ Ze zijn dus niet alomvattend – in de zin dat zij alle menselijke handelingen die schade aan het rechtsbelang aanrichten, criminaliseren – maar juist beperkend: slechts een deel van alle mogelijke, schademakende gedragingen wordt bedreigd met straf. Bij deze selectie komt de delictsomschrijving een centrale functie toe, in de woorden van Enschedé als ‘polarisator’ – tussen het ‘historische gebeuren’ enerzijds en het ‘justitiële oordeel’ daarover anderzijds.¹⁷ Zo bezien weerspiegelt zich in de gedraging die in een delictsomschrijving is omschreven de concrete wijze waarop het rechtsbelang via het strafrecht wordt beschermd. De karakterisering van het strafrecht als fragmentair ligt daarmee duidelijk ook in het verlengde van het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel, dat immers – geaard in de notie van rechtszekerheid – voorschrijft dat strafrechtelijke bepalingen scherp en duidelijk moeten zijn geformuleerd (het *lex certa*-gebod): de precieze omschrijving van strafbaar gedrag in de delictsomschrijving brengt bijna automatisch met zich dat normen in het strafrecht slechts ‘partieel’ bescherming vinden.¹⁸

Tot dusver is duidelijk geworden dat het rechtsbelang kan worden omschreven als het door het strafrecht te beschermen object.¹⁹ Bovendien dat deze vaststel-

14 Roxin 1994, p. 23. Zie ook Lauterwein 2010, p. 8.

15 Zie over het *ultimum remedium*-beginsel uitgebreid Crijns, AA 2012, p. 11-18.

16 Vgl. bijvoorbeeld Kelk/De Jong 2016, p. 151-154. Zie ook Van Bemmelen 1954, p. 8, die opmerkt dat de idee van het ‘fragmentarische’ karakter van het strafrecht rust op de opvatting ‘[...] dat niet alle aantastingen van waarden belangrijk genoeg zijn, dat zij kunnen opwegen tegen de onlust die de strafbedreiging, strafvervolgning en straftoepassing voor de andere mensen dan de dader onvermijdelijk met zich meebrengen’. Zie voor een nadere conceptualisering van de typering van het strafrecht als fragmentarisch Vormbaum, ZStW 2011, p. 660-690. Vormbaum onderscheidt overigens ook van het fragmentariteitsbegrip een descriptieve (het strafrecht *is* fragmentarisch) en normatieve variant (het strafrecht behoort fragmentarisch te zijn).

17 Enschedé 1979, p. 58.

18 Kelk/De Jong 2016, p. 152-153.

19 Overigens een benadering die is gekritiseerd. Zo wordt wel opgemerkt dat niet het rechtsbelang zelf als het door het strafrecht te beschermen object moet worden beschouwd, maar juist het object van het rechtsbelang: indien iemand slachtoffer wordt van mensenhandel is immers niet zijn belang in, of recht op, zijn persoonlijke vrijheid geschaad, maar die (concrete) persoonlijke vrijheid zelf. Vgl. Lauterwein 2010, p. 28.

ling een proces van selectie en waardering impliceert, een keuze om een bepaald rechtsbelang voor de aandacht van het strafrecht in aanmerking te laten komen. Een belangrijke vraag die nu kan worden opgeworpen, is hoe die selectie zich precies laat denken. Wat zijn bijvoorbeeld de criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld welke de via het strafrecht te beschermen rechtsbelangen zijn?

De descriptieve variant waarnaar tot dusver alle aandacht is uitgegaan verschaft op deze vragen slechts een louter formeel antwoord. Niet de *ex ante delictum*-vraag naar de voor strafrechtelijke bescherming in aanmerking komende belangen staat voorop, maar de vraag welke rechtsbelangen de wetgever met de concrete strafbaarstelling, *ex post delictum*, heeft willen beschermen. De deontologische vragen die we zonet opwierpen, doen er binnen de descriptieve school niet toe: het antwoord op de vraag welke rechtsbelangen de aandacht van het strafrecht verdienen, kan reeds uit het systeem van de wet worden afgelezen. Kritisch ten aanzien van de keuzes die de wetgever heeft gemaakt is de descriptieve benadering niet.²⁰ Om die reden is deze zienswijze wel 'systeem-immanent',²¹ 'apolitisch, institutionsvriendelijk',²² 'formeel'²³ en 'formeel-positivistisch'²⁴ genoemd. Duidelijk is in deze benaderingswijze het 'afbeeldingsdenken' zichtbaar: het recht wordt voorgesteld als een weergave – een afbeelding – van de werkelijkheid: de rechtsbelangen zijn in het recht weerspiegeld, 'mirrored'.²⁵

Het vooropstellen van dit interne perspectief wordt juist bekritiseerd in de andere grote stroming die we in de literatuur over het rechtsbelang tegenkomen: de normatieve rechtsbelangenschool.²⁶ Voorshands is het goed te benadrukken dat de normatieve school niet ontkent dat het rechtsbelang de functies heeft die daaraan vanuit een descriptieve optiek worden toegekend. Ook een vertegenwoordiger van de normatieve school ziet dat zowel wetgever als rechter zich op het rechtsbelang oriënteren: de wetgever bij het ordenen van zijn wetboek, de rechter bij de interpretatie van de wet.²⁷ Daarmee neemt deze benaderingswijze echter geen genoegen. Naast een ordenende en interpretatieve functie komt het rechtsbelang ook een belangrijke, zelfs cruciale legitimerende functie toe. Die schuilt er vooral in dat het rechtsbelang niet alleen een beschrijvende pretentie heeft, maar volgens de 'normatieven' ook in staat

20 Anders Dubber, *Am. J. Comp. L.* 2005, p. 691, die in de descriptieve zienswijze wel degelijk ook een kritische benadering van het recht ontwaart. Zie in dit verband ook Gaede 2003, p. 183-195.

21 Hassemer 2014, p. 226-227. Zie ook Swoboda, *ZStW* 2010, p. 28-29; von Hirsch 2003, p. 13; Gaede 2003, p. 183-195.

22 Swoboda, *ZStW* 2010, p. 28.

23 Engländer, *ZStW* 2015, p. 620-622.

24 Dubber, *Am. J. Comp. L.* 2005, p. 688.

25 Zie over het afbeeldingsdenken nader Foqué & 't Hart 1990, hfdst. 2.

26 Een overzicht van de twee scholen en daarbij aangesloten auteurs is vindbaar bij Peršak 2007, p. 107-109.

27 Zie bijvoorbeeld Roxin 1994, p. 13-14.

moet zijn om – los van de wetgever – zelf een antwoord te kunnen verschaffen op de vraag welke rechtsbelangen legitiem aanspraak kunnen maken op strafrechtelijke bescherming. In deze uiteenlopende doelstelling onderscheidt de normatieve benadering zich wezenlijk van de descriptieve. We raken daarmee ook meteen aan het grootste kritiekpunt dat de normatief ingestelde rechtsbelangenschool op de descriptieve heeft geuit. Als het alleen wordt gebruikt om aan te duiden langs de lijnen van welke rechtsbelangen het strafrechtelijk systeem is ingedeeld of onderdelen daarvan worden uitgelegd, dan ontbeert de term ‘rechtsbelang’ in feite enige kritische dimensie ten opzichte van de keuzes die de wetgever heeft gemaakt. De normatieve benaderingswijze stelt daar een kritisch rechtsbelangenconcept voor in de plaats en wordt om die reden wel ‘systeemkritisch’ genoemd.²⁸ Het doel daarvan is niet om zo zorgvuldig mogelijk te repliceren welke rechtsbelangen de wetgever wil beschermen; het gaat er om in een eigen theorie te voorzien op basis waarvan de relevante rechtsbelangen kunnen worden geselecteerd. Daarmee faciliteert die theorie vervolgens ook een toets of concrete gedragingen zouden moeten worden strafbaar gesteld. Het concept functioneert in die hoedanigheid buiten de wetgever om en het rechtsbelang verschijnt hier aldus als de basis voor een ‘crimineel-politiek toetsingsschema’ dat primair extern – i.e. los van de wetgever – zijn invloed laat gelden.²⁹ Vandaar dat de normatieve benaderingswijze niet alleen systeemkritisch, maar ook ‘systeem-transcendent’ is genoemd.³⁰ Het concept nestelt zich daarmee direct in op het niveau van het strafwetgevingsbeleid.³¹

Het normatieve karakter van de systeemkritische variant van het rechtsbelangenconcept veronderstelt een stelsel van normen dat in staat is de keuze voor het strafrecht te kunnen sturen, los dus van – het zij nogmaals benadrukt – de afwegingen van de wetgever. Natuurlijk heeft dit ook invloed op de wijze waarop het rechtsbelang wordt gedefinieerd. De systeemkritische variant zal de sfeer van de loutere descriptie moeten verlaten en dus kan niet meer worden volstaan met de definitie zoals die net aan Peršak werd ontleend. Te diep zal hier niet worden ingegaan op de talrijke alternatieve definities die van het concept in omloop zijn, maar voor een goede eerste indruk kan bijvoorbeeld te rade worden gegaan bij Roxin, die een aanmerkelijk omvatter en complexere definitie heeft opgeworpen. Hij verstaat onder een rechtsbelang een ‘Gegebenheit oder Zwecksetzung, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig ist’.³²

28 Vgl. von Hirsch 2003, p. 13.

29 Zie voor een dergelijke invulling Roxin 1994, p. 13-18. De term ‘crimineel-politiek toetsingsschema’ ontleen we aan De Roos 1987, die deze hanteert ter omschrijving van alle door hem onderscheiden ‘criteria voor strafbaarstelling’.

30 Engländer, *ZStW* 2015, p. 617.

31 Lauterwein 2010, p. 9.

32 Roxin 1994, p. 14.

Wat de definitie van Roxin meteen duidelijk maakt, is dat het concept van het rechtsbelang een 'missie' heeft: het staat in de sleutel van de 'vrije ontwikkeling' van het individu, de verwezenlijking van zijn grondrechten en het functioneren van een staat die aan het beschermen van beide doelen zijn bestaansrecht ontleent. Duidelijk wordt daarmee ook dat een normatieve opvatting van het concept een keuze voor een bepaalde vorm van staatsinrichting veronderstelt en van een idee over de verhouding tussen staat en individu. Roxins definitie kan in dit kader als een liberale variant worden beschouwd van een normatieve benaderingswijze van het rechtsbelangenconcept, gericht als dat concept bij hem is op het waarborgen van de vrijheid van het individu vis-à-vis de staat.

Met het bespreken van het onderscheid tussen een descriptieve en normatieve benaderingswijze is genoegzaam duidelijk geworden dat voorzichtigheid is geboden bij het spreken in termen van 'de' betekenis van 'het' rechtsbelangenconcept. Engländer heeft in dit kader opgemerkt dat het rechtsbelangenconcept alleen goed kan worden begrepen als wordt gekeken naar de 'Zweckmäßigkeit' ervan.³³ Dat wil zeggen dat de vraag moet worden gesteld met welk doel het concept van het rechtsbelang wordt ingeroepen. Nu de descriptieve en normatieve variant van het concept een andere doelstelling nastreven, kunnen zij moeilijk tegenover elkaar worden gezet. De descriptieve benaderingswijze heeft als doel te articuleren welke rechtsbelangen met voorgestelde of bestaande strafbaarstellingen door de wetgever beschermd worden en op welke wijze die terug te zien zijn in de ordening van zijn strafwetboek en gebruikt worden bij de interpretatie van (bestanddelen van) de daarin opgenomen wetten. In die hoedanigheid kan het concept ook voor de strafrechtswetenschap een belangrijke rol vervullen; in een op het rechtsbelang gebaseerd strafrechtelijk systeem kan aan de hand van dit concept worden achterhaald wat historisch gezien de doelstellingen zijn geweest die de wetgever met het aanwenden van zijn strafrecht voor ogen heeft gehad. De aard en achtergrond van nieuwe en bestaande strafbaarstellingen kunnen nader worden gecontextualiseerd en ook kan worden bekeken in hoeverre de rechter zich bij de uitleg van de wet op de beschermde rechtsbelangen oriënteert. Het rechtsbelangenconcept is hier, kortom, een instrument dat, of methode die, een gestructureerde analyse van strafwetten faciliteert. Dat is een ander vertrekpunt dan dat van de normatieve benaderingswijze, waarbij het immers niet primair draait om het gebruik van het rechtsbelangenconcept bij de ordening of uitleg van wetgeving, maar het vooreerst gaat om de 'voorpositieve' verantwoording van die wetgeving, i.e. een verantwoording onafhankelijk van de wetgever.³⁴ Ook in die hoedanigheid staat hij de strafrechtswetenschap ten dienste. Bij uitstek kan de strafwetgeving via deze methode op zijn legitimiteitsgehalte worden getoetst – zowel

³³ Engländer, *ZStW* 2015, p. 621.

³⁴ Engländer, *ZStW* 2015, p. 622.

ex ante als *ex post delictum*. Het grote verschil tussen de beide benaderingen ligt evenwel in het perspectief dat wordt gekozen: ‘descriptieven’ kiezen voor een interne invalshoek, daar waar ‘normatieven’ vanuit een externe optiek naar het strafrecht kijken.³⁵

In het voorgaande hebben we kennisgemaakt met het onderscheid tussen een descriptieve en normatieve zienswijze op het rechtsbelangenconcept. Binnen het bestek van deze behandeling is reeds duidelijk geworden dat het concept complexe vragen doet rijzen waarvoor nadere aandacht nodig is. Daarin voorziet de volgende paragraaf.

2.2 EEN NADERE BLIK OP HET RECHTSBELANGENCONCEPT

Het is zaak op deze plek in een nadere verdieping van het rechtsbelangenconcept te voorzien. De vragen die hierboven werden opgeworpen hebben daarvoor een basis gelegd. In het navolgende wordt de nadruk gelegd op de vraag *welke* rechtsbelangen voor bescherming van het strafrecht in aanmerking (zouden moeten) komen en de vraag *hoe*, op welke verschillende wijzen, deze via strafbaarstelling kunnen worden beschermd. Al op deze plek is het goed om te benadrukken dat het zeker niet altijd nodig blijkt om daarbij uit te gaan van een strikt descriptieve of normatieve opvatting van het rechtsbelangenconcept. De vragen die hierboven zijn opgeworpen overstijgen deze dichotomie juist vaak. Wel leggen de onderscheiden stromingen verschillende accenten en daaraan zal dan ook – waar nodig – aandacht worden besteed. Voordat we evenwel op de twee voormelde vragen ingaan, zullen we nog wat langer bij de oorsprong van het rechtsbelangenconcept stilstaan en de liberale invulling die dit concept mettertijd – vooral na de Tweede Wereldoorlog – heeft gekregen.

2.2.1 De liberale traditie en het rechtsbelangenconcept

Het rechtsbelangenconcept, zo luidt de klassieke gedachte, is een *beperkend* concept, in die zin dat de gevoelde noodzaak om te articuleren welke rechtsbelangen met strafbaarstelling samenhangen, niet anders kan worden begrepen dan als een poging de omvang en reikwijdte van het strafrecht aan scherpe grenzen te binden.³⁶ Dit nu geldt niet louter voor de liberale variant van de normatieve benaderingswijze die we zonet al tegenkwamen, maar in zekere

³⁵ In paragraaf 2.2 zal nog te zien zijn dat de normatieve benaderingswijze bovendien verschillend kan worden ingevuld. Hoewel in de literatuur de normatieve stroming vaak als synoniem wordt gebruikt voor een *liberaal*-normatieve benaderingswijze, behoeft van zo’n liberale ‘Begeisterung’ van het concept niet altijd sprake te zijn.

³⁶ Roxin 1994, p. 14; Hassemer 2003, p. 59.

zin ook voor de descriptieve benaderingswijze: ook daarin is de wetgever niet volledig vrij om zijn strafrecht naar willekeur in te zetten, maar dient hij zich daarbij, op zijn minst, te vergewissen van de rechtsbelangen die daarmee gemoeid zijn.

De positionering van het rechtsbelangenconcept als *liberaal* concept is echter niet onomstreden. Zo wordt er wel op gewezen dat het concept in nazi-Duitsland probleemloos onderdeel van het Duitse strafrecht bleef en in het strafrechtelijk systeem in die jaren zelfs een heel eigen invulling kon krijgen.³⁷ Hörnle wijst in dit kader erop dat betwijfeld kan worden '[...] whether the emergence of the term in the first half of the nineteenth century [...] was motivated by a liberal tendency'.³⁸ Dat het rechtsbelangenconcept op meer momenten in de geschiedenis een liberale invulling heeft gekregen wijst vooral op een 'contingent terminology preference', maar bewijst volgens haar niet '[...] that the concept as such has the potential to restrain the scope of criminal law' [cursivering: origineel].³⁹ Hörnle heeft daarin gelijk. Feuerbach wordt weliswaar als grondlegger van het rechtsbelangenconcept beschouwd, en had met zijn theorie van subjectieve rechten wel degelijk een liberale invulling daarvan in gedachte, belangrijke theoretici na hem hebben de rechtsbelangentheorie juist van haar kritische toonzetting ontdaan. Machielse heeft in dit verband wel gesproken over de 'formalisering' die het rechtsbelangenconcept na Feuerbach heeft doorgemaakt.⁴⁰ Dat is bij Feuerbach weliswaar begonnen als een liberale theorie – die vooral rechtsbeschermend, beperkend, zou moeten werken – maar zou gaandeweg zijn geformaliseerd, tot een descriptieve theorie die alleen tot doel heeft te voorzien in een weliswaar adequate, maar niet-kritische weergave van de omvang van het strafrecht zoals het 'is'.⁴¹ Ook hier treffen we een terechte waarneming. Zo is er in de literatuur alom op gewezen dat het rechtsgoederenconcept als zodanig pas vanaf een beroemd essay van Birnbaum, uit 1834, tot ontwikkeling komt, maar het door hem uitsluitend wordt gebruikt om het rechtssysteem zo goed mogelijk te kunnen analyseren en juist niet om dat in te zetten als kritische, externe toetssteen.⁴²

37 Machielse, *DD* 1979, p. 34-35.

38 Hörnle 2014, p. 687.

39 Hörnle 2014, p. 687.

40 Zo ook Swoboda, *ZStW* 2010, p. 28.

41 Machielse spreekt in dit kader van een verschuiving van de legitimerende functie van het rechtsbelang naar de interpretatieve functie. Debet aan die ontwikkeling – die hij de 'onttakilng' van het rechtsgoederenconcept noemt – zijn volgens hem vooral Birnbaum en Binding. Machielse, *DD* 1979, p. 26-29.

42 Birnbaum's essay is een kritiek op de theorie van subjectieve rechten, die door Feuerbach werd aangehouden. In de kern spitst de kritiek van Birnbaum zich vooral toe op het feit dat van vele strafrechtelijke bepalingen uit hun tijd – het strafrecht was daarin al aan een zekere uitdijng onderhevig – niet kan worden gezegd dat zij individuele rechten beogen te beschermen. Een groot deel van het strafrecht zou daarmee buiten de reikwijdte van Feuerbach's definitie komen te vallen. Daarmee voorziet Feuerbach, zo kan Birnbaum's kritiek worden begrepen, niet in een theorie die in staat is het bestaande, positieve strafrecht

Ook daarna heeft het rechtsbelangenconcept lange tijd een primair descriptief karakter gekend.⁴³ Dat zijn wortels in het liberalisme liggen moge dus zo zijn, dat zijn genese steeds door liberale krachten en tendensen is begeleid moet, gelet op deze achtergrond, voor onwaar worden gehouden.

De formalisering die hierboven is gesignaleerd kwam na de Tweede Wereldoorlog echter wel tot stilstand. In de meer contemporaine, naoorlogse literatuur is de wederopstanding van een klassiek-liberaal rechtsbelangenconcept zichtbaar, waarin vooral de beperkende en kritische eigenschappen daarvan worden benadrukt.⁴⁴ De focus komt te liggen op een kritische, op liberale leest geschoeide en utilistische invulling daarvan, die kort en goed inhoudt: veel aandacht voor een los van de wetgever functionerende theorie met een terughoudende opdracht. Het belangrijkste paradigma van deze normatief-liberale opvatting is dat het rechtsbelangenconcept de vrijheidssfeer van de burger tegen de staat dient te beschermen. De 'constructie' van het rechtsbelang moet een waarborg bieden tegen een instrumentalistisch gebruik van het strafrecht en indiceert strafbaarstelling uitsluitend indien de rechtsbelangen van anderen worden gekrenkt of in gevaar zijn.

Hedendaagse literatuur en opvattingen over het rechtsbelang worden daarmee vooral ook geworteld in de traditie van de grote hervormingsfilosofen, zoals Rousseau, Montesquieu en Beccaria. Rousseau omdat diens 'constructieve fictie'⁴⁵ van het sociaal contract de basis heeft gelegd voor het denken over de verhouding tussen staat en individu en de wederzijdse betrekkingen tussen beide.⁴⁶ Montesquieu omdat hij zich vooral heeft bekreund om de vraag naar de wijze waarop het staatswezen zo kan worden georganiseerd dat het individu tegenover de staat maximaal bescherming geniet tegen despotisme (de scheiding van staatsmachten – het beginsel van wederkerige machtsbeperking – was zijn antwoord).⁴⁷ Meer op het strafrecht betrokken, zien we al bij Beccaria dat het hem er vooral om te doen was het gebruik van het strafrecht aan grenzen te binden, duidelijk zichtbaar in het feit dat bij hem ook de soeverein

adequaat te beschrijven. Zie voor het essay: Birnbaum 1834. Zie uitgebreider over het debat tussen Feuerbach en Birnbaum: Dubber 2014, p. 1018-1039.

43 Swoboda, *ZStW* 2010, p. 28-33.

44 Vgl. Stratenwerth 2003, p. 256, die een inzichtelijke schets geeft van de ontwikkeling van het rechtsbelangenconcept na de Tweede Wereldoorlog en het belang van de ontwikkeling daarvan op liberale grondslag.

45 De kwalificatie ontleen we aan Melai 1969, p. 9, die er terecht op wijst dat Rousseau de idee van het sociaal contract niet hanteerde als 'historisch feit', maar als een 'constructieve fictie'.

46 Engländer merkt in dit verband op dat '[...] der materielle Rechtsgutsbegriff [sich] direkt in der Konzeption des staatsphilosophischen Kontraktualismus verankern [lasse]'. Engländer, *ZStW* 2015, p. 622. Zie ook Lauterwein 2010, p. 9, die opmerkt dat het rechtsbelangenconcept, in elk geval in de door hem bestudeerde opvatting van Roxin, '[...] is based on a liberal understanding of the state founded on a social contract [...]']'.

47 Montesquieu (1748) 2006, Boek XI, hfdst. 6. Zie ook Melai 1969, p. 5.

is gebonden aan de plichten die uit het maatschappelijk verdrag voortvloeien.⁴⁸

Door Rousseau, Montesquieu en Beccaria komt in het rechtsfilosofisch denken een 'relationeel rechtsbegrip' centraal te staan.⁴⁹ Kern van dit begrip wordt gevormd door de idee dat het recht niet, of in elk geval niet uitsluitend, als bevelsstructuur dient te worden aangemerkt – als instrument in handen van de (al dan niet willekeurig opererende) staat – maar het bepalende karakter daarvan nu juist wordt gevonden in de vrijheid die het recht aan individuen biedt. Het rechtskarakter ervan, zo kan Peters worden nagezegd, ligt zo gezien vooral besloten in de beperkingen die het recht zichzelf weet op te leggen.⁵⁰ Strafrecht is dan, zoals 't Hart het heeft verwoord, een vorm van 'gekanaliseerde machtsuitoefening'; die machtsuitoefening is weliswaar nodig, maar het recht dient binnen een rechtsstaat ook altijd te blijven voorzien in de bescherming van een 'sfeer van individuele vrijheid'.⁵¹

Dat de staat in principe gemachtigd is zijn strafrecht aan te wenden, maar daarbij wel gebonden is aan grenzen, is een uitgangspunt dat zo algemeen geformuleerd is, dat het – indien over de wenselijkheid van strafbaarstelling wordt nagedacht – nauwelijks gidsend kan zijn. Waar denkers als Rousseau, Montesquieu en Beccaria zich voornamelijk hadden bekreund om de grondslagentheoretische en processuele waarborgen die tegen een despoot of despotische staatsvorm kunnen worden opgeworpen, zijn latere denkers zich dan ook steeds meer bezig gaan houden met vragen van meer materiële aard.

We zien de meeste ontwikkelingen op dit terrein in de negentiende eeuw en in het Angelsaksische taalgebied. Waar binnen de theorie van het rechtsbelang sprake was van 'formalisering', zien we in de *common law*-traditie juist een groeiende behoefte aan (materiële) termen die een juist gebruik van het strafrecht kunnen legitimeren. Een van de meest invloedrijke auteurs is de Engelse politiek filosoof Mill, die in 1850 zijn opus magnum *On Liberty* uitbrengt en daarin zijn bekende schadebeginsel introduceert. Dit, volgens Mill, 'eenvoudige principe' houdt in dat '[...] the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community,

48 Het bestrijden van de wreedheid van het strafrecht in zijn tijd is de reden dat Beccaria zijn *Dei Delitti e delle Pene* schreef: '[...] dat deel van de wetgeving [strafwetgeving, LE] is zo wezenlijk en zo verwaarloosd in bijna heel Europa; zeer zelden zijn er mensen die door terug te gaan naar algemene beginselen de vergissingen hebben doen verdwijnen die zich in de loop van verschillende eeuwen hebben opgestapeld; zelden waren er ook mensen die maar enigszins met de kennis van de waarheden van toen, een rem zetten op een te vrije loop van een kwalijk bestierde macht, die tot op de dag van vandaag een lang en aanvaard voorbeeld is van kille wreedheid'. Beccaria (1764) 2016, p. 59.

49 Zie daarover Foqué & 't Hart 1990, hfdst. 3.

50 Peters 1972, p. 7.

51 't Hart 1994, p. 217.

against his will, is to prevent harm to others.⁵² Mill komt dus met een materieel en voorpositief criterium aan de hand waarvan concrete overheidsmaatregelen kunnen worden getoetst. Het voorkomen van schade aan anderen ziet Mill als de enige grondslag voor het ingrijpen in de levenssfeer van burgers. Daarbij zij opgemerkt dat Mill hier niet uitsluitend het strafrechtelijk ingrijpen op het oog heeft gehad. Zoals uit het citaat blijkt, is het schadebeginsel van toepassing op elke inbreuk op de vrijheid van burgers, ook indien die afkomstig is uit andere (rechts)domeinen en ook als die niet afkomstig is van staatswege, maar, bijvoorbeeld, wordt gepleegd door medeburgers.⁵³ Centraal staat de notie dat de burger – die ‘drager’ van rechten en plichten is, ofwel: ‘rechts-subject’ – moet worden beschermd tegen inbreuken die van buitenaf op die rechten – verticaal of horizontaal – kunnen worden gemaakt.⁵⁴

Een moderne, en op het strafrecht toegespitste versie van het schadebeginsel is in 1984 uitgewerkt door Feinberg.⁵⁵ Feinberg is toegeeflijker dan Mill en hanteert ook andere principes dan het schadebeginsel op basis waarvan strafrechtelijk staatsingrijpen kan worden gelegitimeerd. Zijn schadebeginsel is voorts positief geformuleerd en luidt dat het

‘[...] is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) *and* there is probably no other means that is equally effective at no greater cost to other values [cursivering: origineel]’.⁵⁶

In Feinbergs definitie van het schadebeginsel is duidelijk het *ultimum remedium*-beginsel zichtbaar. Ook verwijzen zijn ‘other values’ terug naar de uitgebreide set van ‘mediating maxims’ die hij in zijn werk heeft ontwikkeld: ook al komt een gedraging *prima facie* voor strafbaarstelling in aanmerking, dan nog zijn er ‘bemiddelende termen’ die de keuze voor het strafrecht in voorkomende gevallen kunnen blokkeren.⁵⁷ Die termen ontwikkelt Feinberg niet voor niets. Ook bij hem staat het schadebeginsel vooreerst in een liberale traditie. Als overkoepelend principe klinkt dan ook telkens de ‘presumption in favor of

52 Mill (1850) 1859, p. 21-22.

53 Mill zag in die medeburger – de publieke opinie – zelf de grootste vijand van de vrijheid. Mill (1850) 1859, p. 13-14.

54 De categorie van de rechtssubjectiviteit vloeit evenzeer voort uit de concepten die beogen de staatsmacht tegenover het individu te beperken. Kern van deze idee is dat een individu uit welbegrepen eigenbelang weliswaar aansluiting zoekt bij het sociaal contract, maar daarin nooit zijn hele ‘lichaam’ transparant maakt, i.e. aan de staat ter beschikking stelt. Naast zijn wezen als subject blijft er ook altijd nog een private sfeer bestaan waarin de staat niet heeft te treden. Rechtssubject en individu vallen dus nooit helemaal samen.

55 In zijn bekende vierdelige serie boeken over de ‘moral limits of the criminal law’. In dit hoofdstuk wordt steeds verwezen naar het eerste boek, *Harm to Others*, uit 1984.

56 Feinberg 1984, p. 26.

57 Feinberg 1984, hfdst. 5.

liberty' door, door Feinberg ook wel de 'presumptive case for liberty' genoemd.⁵⁸

De theorie van het schadebeginsel heeft onmiskenbaar invloed uitgeoefend op de naoorlogse denkers die zich met de actualisering van het rechtsbelangenconcept hebben beziggehouden.⁵⁹ Hoewel ook binnen die groep auteurs geen eenduidigheid is aan te treffen, is die theorie na de Tweede Wereldoorlog door de bank genomen liberaal ingevuld. De meest radicale exponent van deze stroming is Hassemer, die als primaire doel van het rechtsbelangenconcept beschouwt '[...] to preserve citizens' freedom vis-à-vis a punitive state that wields the powers to prosecute and punish and can use those powers to achieve its own aims [...]'.⁶⁰ Volgens Hassemer is het rechtsbelangenconcept uiteindelijk bedoeld als een '[...] negatives, ein strafrechtseinschränkendes Prinzip'. En: 'Es [het rechtsbelangenconcept, LE] hat unmittelbar nicht auf der Seite der Rechtfertigung des Strafrechts gearbeitet, sondern auf der Seite der Schranken strafrechtlicher Eingriffe'.⁶¹ Hassemer ziet veel gelijkenissen tussen rechtsbelangenconcept en de theorie van het schadebeginsel – zowel op het niveau van doelstelling als functies. Beide betitelt hij als op schade georiënteerde criminaliseringstheorieën ('harm-orientation doctrines'⁶²) omdat zij ervan uitgaan dat inschakeling van het strafrecht alleen gerechtvaardigd is indien de gedraging van de een schade aan het rechtsbelang van de ander berokkent of een risico daarop doet ontstaan. Bovendien bevatten beide theorieën het vereiste dat strafbaarstelling uiteindelijk alleen op grond van de bescherming van rechtsbelangen van het individu te rechtvaardigen is. Boven alles stellen beide concepten zich ten doel de belangen van *mensen* te beschermen.⁶³ Hassemer bijvoorbeeld stelt de eis dat strafbaarstelling telkens tot *individuele* belangen is te herleiden en zijn positie is door Swoboda dan ook treffend omschreven als een 'monistisch-personaler' rechtsbelangenleer.⁶⁴ Daarin is weinig ruimte voor de acceptatie van aan andere entiteiten toekomende belangen, zoals algemeen getoonzette belangen van de 'staat' of 'collectieve' of 'publieke' rechtsbelangen. De principiële herleidbaarheid van rechte te beschermen belangen tot individuen is ook heel duidelijk vindbaar bij denkers over het schadebeginsel. Feinberg erkent weliswaar het bestaan van de door hem gedoopte 'governmental interests' en 'community interests', maar voert deze belangen toch steeds weer terug op de belangen van het individu. Er zijn wellicht categorieën publieke rechtsbelangen denkbaar, zo kunnen de opvattingen van Hassemer en Feinberg worden gelezen, maar het beschermen daarvan via het strafrecht is alleen dan legitiem indien deze zijn terug te voeren op

58 Feinberg 1984, p. 7-10.

59 Zie von Hirsch 2003; Peršak 2007; Hassemer 2014.

60 Hassemer 2014, p. 228.

61 Hassemer 2003, p. 59.

62 Hassemer 2014, p. 227.

63 von Hirsch 2003, p. 19.

64 Swoboda, *ZStW* 2010, p. 33.

rechtsbelangen die aan het individueel welzijn zijn verbonden: 'Like community interests, governmental interests in the last analysis belong to individual citizens.'⁶⁵ Simester en von Hirsch hebben in dit kader wel gesproken over 'interests', rechtsbelangen, als 'instrumenteel'. Ze staan niet op zichzelf, maar telkens in de sleutel van het geluk van mensen: 'The value immediately protected is instrumental: what counts, ultimately, is people's lives'.⁶⁶

2.2.2 De belangen die via het strafrecht worden beschermd

Welke rechtsbelangen moeten op aandacht van het strafrecht kunnen rekenen? Wanneer *verdient* een rechtsbelang het, zagezegd, om de bijzondere protectie van het strafrecht te genieten? Voordat we in deze paragraaf aandacht zullen hebben voor de rechtsbelangen die over het algemeen in de strafrechtswetenschappelijke literatuur worden onderscheiden, is het zaak kort stil te staan bij twee prealabele vragen. De eerste ziet op wat Swoboda de vraag naar de definitiemacht heeft genoemd: wie is in de positie om de keuze voor rechtens te beschermen belangen te maken?⁶⁷

Een aanhanger van de descriptieve school zal met de beantwoording van deze vraag geen moeite hebben. De enige die in zijn optiek met autoriteit kan oordelen over de rechtsbelangen die strafrechtelijk relevant zijn, is de wetgever zelf. Wordt een normatieve benaderingswijze tot uitgangspunt gekozen, dan liggen de kaarten natuurlijk anders. Naast de wetgever heeft bijvoorbeeld ook de strafrechtswetenschap, meer bepaald de (morele) strafrechtsfilosofie, recht van spreken: door gebruikmaking van externe wegingsfactoren kan die bij uitstek voorzien in theoretische instrumenten die rationele strafrechtsvorming mogelijk maken.

Wie bepaalt wat rechtens te beschermen belangen zijn, is aldus een vraag die zowel op formalistische wijze kan worden beantwoord – dit antwoord maakt in feite de vraag overbodig! – als op meer materiële wijze. Daarnaast kan deze vraag niet los worden gezien van de vraag naar de kenbron van rechtsbelangen. Ook hier weer speelt het onderscheid 'descriptief-normatief'. Kenbron van rechtsbelangen is, in een descriptieve visie, natuurlijk de wet – hooguit het recht – zelf, kortom: datgene waaruit kan worden afgeleid welke rechtsbelangen de wetgever met de wet in kwestie heeft willen beschermen. De kenbron-vraag heeft de normatieve school heel wat meer hoofdbrekens gekost. De doelstelling van die school is nu juist om van de wil van de wetgever te transcenderen en te voorzien in een eigen kader op basis waarvan de legitimiteit van strafwetgeving kan worden getoetst. Met dit doel voor ogen kan natuurlijk niet op diezelfde wetgever een beroep worden gedaan. Kort

65 Feinberg 1984, p. 63. Zie ook Seher 2003, p. 42.

66 Simester & von Hirsch 2014, p. 37.

67 Swoboda, *ZStW* 2010, p. 35.

en goed is vereist dat rechtsbelangen uit een andere bron dan de wet worden afgeleid.

Over de vraag welke bron dit dan zou moeten zijn, bestaat binnen de normatieve school geen consensus. Swoboda ziet *grosso modo* drie manieren waarop die rechtsbelangen worden geïdentificeerd. De eerste wijze is deontologisch van aard en gaat ervan uit dat de rechtsbelangen die via het strafrecht beschermd moeten worden uit het 'natuurrecht' kunnen worden afgeleid. Aldus vergt deze benadering een oriëntatie op de culturele en sociaal-ethische normen die dusdanig gewichtig zijn dat zij ter legitimatie van strafbaarstelling kunnen dienen. De tweede benadering gaat er niet van uit dat die normen deontologisch kunnen worden vastgesteld, maar dat deze voortvloeien uit de 'geltenden sozialen Verhältnisse'.⁶⁸ Te onzent herkennen we deze benadering in de normentheorie van Enschedé, die de onder delictsomschrijvingen liggende materiële normen, of gedragsregels, niet in het systeem van het strafrecht zelf lokaliseert, maar deze beschouwt als ongeschreven normen die reeds los van de wet bestaan, '[...] als sociale engrammen die nog steeds bij de opvoeding in en buiten huwelijk van generatie tot generatie worden doorgegeven'.⁶⁹ Eenzelfde aanpak herkennen we bij Simester en von Hirsch, die binnen hun schadetheorie het criterium hanteren dat een rechtens te beschermen belang alleen is een 'resource [...] over which the harmed person has a legitimate claim'.⁷⁰ Die legitieme aanspraak wordt bij Simester en von Hirsch evenwel niet ontleend aan de rechten die reeds in het systeem van de wet besloten liggen, maar in de moraalfilosofie. Zij dienen dus buiten de sfeer van het recht te worden geplaatst en kunnen in beginsel alleen daar gevonden worden.⁷¹ Een derde benadering, die bijvoorbeeld zichtbaar is bij Roxin, leidt de rechtsbelangen af uit de grondrechten in de Grondwet. In die visie kan het rechtsbelangenconcept als een soortement van kanaal worden gedacht, dat bemiddelt tussen de grondrechten die in de constitutie zijn opgenomen en de strafbaarstellingen die deel uitmaken van het strafrecht. Het rechtsbelangenconcept komt in deze vorm in wezen een 'vertaalfunctie' toe. De abstracte, breed geformuleerde rechten uit de Grondwet maken concretisering in strafbepalingen nodig, die op hun beurt weer – op basis van deze redenering – kunnen worden gezien als modaliteiten die de bescherming van grondrechten op het oog hebben.

Geen van de drie genoemde benaderingen is van kritiek gespeend gebleven. Zo wijst Swoboda erop dat ten aanzien van elk van deze benaderingen de vraag kan worden gesteld welke eigenstandige waarde aan het rechtsbelangenconcept toekomt, als zijn invulling telkens afhankelijk is van bronnen daarbui-

⁶⁸ Swoboda, *ZStW* 2010, p. 35.

⁶⁹ Enschedé 1979, p. 62.

⁷⁰ Simester & von Hirsch 2014, p. 37. Zie ook von Hirsch 2003, p. 18 en Peršak 2007, p. 110.

⁷¹ In dit verband heeft Peršak de moraalfilosofische legitimeringstheorie van Simester en von Hirsch aangeduid als een 'extra-legal concept'. Peršak 2007, p. 117.

ten. Bij de eerste benadering kan bovendien de vraag worden opgeworpen of het in de hedendaagse, door pluriformiteit en multiculturaliteit gekenmerkte samenlevingen überhaupt mogelijk is overeenstemming te bereiken over de belangrijkste culturele en sociaal-ethische normen, zeker gelet op de snelheid waarmee maatschappelijke ontwikkelingen zich door globalisering, technologisering en digitalisering voltrekken.⁷² Ten aanzien van de tweede benadering merkt Swoboda verder op dat deze uitgaat van de *vigerende* maatschappelijke verhoudingen en dus – net als een descriptieve invulling van het rechtsbelangenconcept – aansluiting zoekt bij bestaande systemen en daarmee moeilijk zijn kritische aspiraties kan waarmaken.⁷³ Het afleiden van rechtsbelangen uit de grondrechten die in de Grondwet zijn opgenomen lijkt een voor de hand liggende optie. Immers gaat het hier – zo kan worden aangenomen – om de rechten (vaak van individuen) waarvan reeds vaststaat dat zij een fundamenteel karakter hebben. Toch kleven ook aan deze oplossing nadelen. Peršak heeft er terecht op gewezen dat de vraag kan worden gesteld welke nog de functie van het rechtsbelangenconcept is als ter legitimatie van strafbaarstelling eenvoudig kan worden volstaan met een verwijzing naar de grondrechtencatalogus. Een nadeel daaraan is bovendien dat het baseren van het rechtsbelangenconcept op grondrechten zich in feite niet onderscheidt van een descriptieve methode, die zich immers ook op positief recht concentreert. Niet onterecht tekent Peršak verder aan dat die grondrechten van oudsher bedoeld zijn om aan burgers *minimale* bescherming te bieden. Het rechtsbelangenconcept baseren op die grondrechten zou volgens Peršak het gevaar meebrengen dat de bescherming van belangrijke rechtsbelangen tekortschiet.⁷⁴

De vraag naar de rechtsbelangen die via het strafrecht zouden moeten worden beschermd is, zo blijkt hierboven, complex en de beantwoording ervan met vele nuances omgeven. Het zou het bestek van dit boek te buiten gaan om daar nog langer bij stil te staan. Veeleer is het nu zaak om een goede indruk te verschaffen van de rechtsbelangen die in de literatuur doorgaans als strafrechtelijk te beschermen rechtsbelangen worden aangeduid. We abstraheren hier dan, bewust, van de wijze waarop die rechtsbelangen worden geselecteerd en de kenbron waaruit deze worden afgeleid. Ook wordt geen aandacht besteed aan de vraag van welke school de te bespreken auteurs afkomstig zijn. Naast literatuur over het rechtsbelangenconcept wordt ook aandacht besteed aan de belangen die binnen de theorie van het schadebeginsel worden onderscheiden. Ook op het niveau van het object dat via het strafrecht dient te worden beschermd zijn er met deze theorie immers, zoals hiervoor al is toegelicht, grote gelijkenissen. In het schadebeginsel draait het steeds om de bescherming – tegen schade – van ‘interests’ of ‘resources’, begrippen die

72 Zie over de wisselwerking tussen veranderende maatschappelijke verhoudingen en het strafrecht en de fricties die daaruit voortkomen Cleiren 2010.

73 Swoboda, *ZStW* 2010, p. 35-37.

74 Peršak 2007, p. 109.

als functionele equivalenten van het begrip ‘rechtsbelang’ kunnen worden beschouwd.⁷⁵

2.2.2.1 *Individuele rechtsbelangen*

In het vorengaande is te zien geweest dat de rechtsbelangen die individuen toekomen van oudsher een belangrijke plek binnen het rechtsbelangenconcept innemen. Aan de uiterste kant van het spectrum van liberale denkers is het zo dat strafbaarstelling uitsluitend met een beroep op de bescherming van deze *individuele rechtsbelangen* kan worden gerechtvaardigd.⁷⁶ Hassemer onderkent in dit verband het bestaan van een categorie van ‘legal goods of core criminal law’ en begrijpt daaronder de op het oog wat willekeurig gekozen rechtsbelangen van het leven, de gezondheid, de eigendom, het belang van schoon water, vrijheid en de betrouwbaarheid van monetaire systemen.⁷⁷

In de literatuur over het rechtsbelangenconcept is echter een zekere terughoudendheid waarneembaar ten aanzien van het formuleren van ‘de’ individuele rechtsbelangen die via het strafrecht moeten worden beschermd. In het algemeen kunnen de geplaatste reserves worden verklaard vanuit het besef dat de selectie van deze belangen in sterke mate afhangt van maatschappelijke ontwikkelingen en de culturele en politieke overtuigingen die op een bepaalde plaats op een bepaalde tijd ‘geldend’ zijn. Het rechtsbelangenconcept moet om zijn centrale plaats in de strafrechtelijke orde te legitimeren, een enigszins open karakter hebben, waardoor overtuigingen die mettertijd in de samenleving gelding verwerven in het strafrechtelijk systeem kunnen worden geabsorbeerd.⁷⁸ Daarnaast heeft het gebrek aan articulatie van de strafrechtelijk te beschermen belangen onzes inziens ook te maken met het relatief abstracte karakter van de (continentale) rechtsbelangentheorie. Anders dan bijvoorbeeld het schadebeginsel is die meer gericht op de algemene legitimering van het bestaan van het strafrecht, daar waar het schadebeginsel zich – staande in een *common law*-traditie – meer moet bekreunen om legitimeringsvragen op het niveau van de concrete gedraging.

Binnen de theorie van het schadebeginsel bestaat van oudsher dan ook minder moeite met het formuleren van een enigszins vaste set van rechtsbelan-

⁷⁵ Peršak 2007, p. 105, p. 117-118. Peršak noemt het belang (‘interest’) de ‘common building block’ van zowel schadebeginsel als rechtsbelangenconcept: ‘Interest is their point of convergence, for ‘harm’ is a ‘setback to an interest (of another)’ and ‘legal good’ (or *Rechtsgut*) a ‘legally protected interest’ [cursivering: origineel].

⁷⁶ von Hirsch 2003, p. 19.

⁷⁷ Hassemer 2014, p. 230.

⁷⁸ Peršak 2007, p. 113. Peršak meent om die reden dat strafrechtelijk te beschermen belangen voldoende algemeen moeten zijn geformuleerd, om ruimte open te houden voor de strafbaarstelling van verschillende typen gedragingen op basis van een en hetzelfde rechtsbelang. Anders zou immers het rechtsbelang zijn belangrijke ordenende, of groeiperende, functie niet kunnen vervullen.

gen. In dit verband komt betekenis toe aan een onderscheid dat Feinberg binnen zijn theorie van het schadebeginsel heeft aangehouden. Hij deelt individuele rechtsbelangen op in de categorieën 'welfare interests' en 'ulterior interests'. Onder 'welfare interests' (welzijnsrechten) verstaat hij de belangen die voorzien in de absolute minimumvoorwaarden voor een betekenisvol leven.

'In this category are the interests in the continuance for a foreseeable interval of one's life, and the interests in one's own physical health and vigor, the integrity and normal functioning of one's body, the absence of absorbing pain and suffering or grotesque disfigurement, minimal intellectual acuity, emotional stability, the absence of groundless anxieties and resentments, the capacity to engage normally in social intercourse and to enjoy and maintain friendships, at least minimal income and financial security, a tolerable social and physical environment, and a certain amount of freedom from interference and coercion'.⁷⁹

Feinberg beschouwt de welzijnsrechten als 'bare minima' voor een enigszins betekenisvol leven.⁸⁰ Enerzijds zijn het de belangrijkste belangen die een individu kan hebben, omdat bij het ontberen ervan het bereiken van elk hoger doel – we komen daar bij de bespreking van ontplooiingsbelangen nog op – onmogelijk is. Anderzijds, zegt Feinberg, zijn welvaartsbelangen 'trivial goods', in die zin dat ze wel noodzakelijk zijn voor een goed leven, maar daarvoor tegelijk 'grossly insufficient': They are the 'basic requisites of a man's well-being', but by no means the whole of that well-being itself'.⁸¹

De tweede categorie van individuele rechtsbelangen die Feinberg onderscheidt, bestaat uit belangen waarvan de vervulling meer in termen van hogere ambities en idealen is geformuleerd: 'ulterior interests', of: ontplooiingsbelangen.⁸² Het gaat hier om '[...] a person's more ultimate goals and aspirations [...]'.⁸³ Feinberg noemt het schrijven van een goed boek, carrière maken in de politiek, het bouwen van een droomhuis. Met andere woorden gaat het hier om zeer persoonlijk getinte, subjectieve belangen die per individu verschillen. Ondanks dit subjectieve karakter moet de waarde die individuen aan deze belangen hechten niet worden onderschat; veeleer is het de vervulling van persoonlijke ambities, de mogelijkheid tot zelfontplooiing, die het leven de moeite waard maakt, niet het *sec* aanwezig zijn van welzijnsbelangen. Dat

79 Feinberg 1984, p. 37.

80 Feinberg 1984, p. 57.

81 Feinberg 1984, p. 37.

82 Het onderscheid doet denken aan de scheiding die de Amerikaanse rechtsfilosoof Fuller aanbrengt tussen de 'morality of duty' en 'morality of aspiration'. Hoewel Fullers onderzoeksobject natuurlijk niet wordt gevormd door de belangen die voor het strafrecht relevant zijn – Fullers aandacht gaat namelijk uit naar de vraag aan welke vereisten een rechtssysteem moet voldoen om 'met recht' een *recht*ssysteem te kunnen worden genoemd – is de gelijkenis van de indeling met die van Feinberg verhelderend. Vgl. Fuller (1964) 1969, p. 5, p. 38-94.

83 Feinberg 1984, p. 37.

maakt die welzijnsbelangen overigens niet minder gewichtig. Het zijn weliswaar 'bare minima', maar tegelijk ook absolute minimumvoorwaarden voor de realisering van de meer ultieme en ambitieus getinte belangen in iemands leven. Welzijnsbelangen en ontplooiingsbelangen staan, met andere woorden, in een onderbouw-bovenbouwrelatie tot elkaar. Komen die ontplooiingsbelangen dan ook in aanmerking voor bescherming door de strafwetgever? Alleen op indirecte wijze, meent Feinberg, voor zover kan worden aangetoond dat door een gedraging onderliggende welzijnsbelangen worden geschaad (of het risico daarop bestaat). Op de keper beschouwd beschermt de strafwetgever de ontplooiingsbelangen echter uitsluitend op indirecte wijze. Die bescherming verloopt steeds via de welzijnsbelangen.⁸⁴ 'If I have an interest in making an important scientific discovery, creating valuable works of art, or other personal achievements [d.z. ontplooiingsbelangen, LE], the law will protect that interest by guarding my welfare interests that are essential to it'.⁸⁵

2.2.2.2 Publieke rechtsbelangen

Naast individuele rechtsbelangen komt in de literatuur ook de categorie van de publieke of collectieve rechtsbelangen terug. Dat zijn die rechtsbelangen die de samenleving als geheel aangaan, evenals de elementaire instituties die voor dat samenleven onontbeerlijk zijn. In de definitie van Roxin die hierboven werd opgeworpen, is al de idee van collectieve rechtsbelangen zichtbaar. Het gaat daarin immers niet alleen om de vrije ontwikkeling van het individu, maar ook om het beschermen van het functioneren van een staatssysteem dat op die individuele ontwikkeling gestoeld is. Klassieke voorbeelden van publieke rechtsbelangen zijn de veiligheid van de staat, de integriteit van de rechtspraak en het ambtelijk apparaat, de integriteit van het financieel verkeer en de bescherming van het milieu.

Het zal niet verbazen dat in de meer liberale stromingen binnen de rechtsbelangenschool tot op de dag van vandaag wordt geworsteld met de vraag of, en zo ja, hoe de collectieve rechtsbelangen binnen de theorie een plaats moeten krijgen. De kramp zit vooral in het feit dat het toewijzen van rechtsbelangen aan niet-individen met de grondgedachte in strijd is, dat het rechtsbelangenconcept het individu dient te beschermen tegen inbreuken op diens vrijheid door de staat. Indien de staat, of een van zijn instituties, een eigenstandig rechtsbelang toekomt waarop aanspraak kan worden gemaakt, dan zou die zich ook *tegen* het individu kunnen keren. Het tweede bezwaar tegen de

84 Feinberg maakt alleen een uitzondering voor '[...] those ulterior goals that simply extend elements of welfare beyond minimal levels'. Hij noemt als voorbeeld de beroving van een zwerver en een miljonair. Voor de één geldt de beroving als een aantasting van welvaartsbelangen, voor de ander betekent het verlies van het beroofde geld slechts een kleine deuk. Maar het blijft hier vanwege het essentiële belang van de bescherming van de eigendom toch gaan om een welvaartsbelang. Feinberg 1984, p. 62-63.

85 Feinberg 1984, p. 62.

idee van collectieve rechtsbelangen hangt hiermee samen. Ontegenzeggelijk leidt het construct van het collectief rechtsbelang, zo meent Peršak, tot vage categorieën die vaak moeilijk zijn af te bakenen en, in hun vaagheid, een minder sterke legitimering bieden voor de inzet van het strafrecht dan wanneer die rechtsbelangen op de vrijheid van het individu zijn gebaseerd.⁸⁶ In dit verband heeft Peršak gewezen op wat zij 'catch-all notions' noemt, zoals de 'bescherming van de openbare orde'.⁸⁷ Zulke vage noties bergen natuurlijk een inherent risico in zich dat aan strafbaarstelling een schijnlegaliteit wordt toegekend en juist de deur wordt opengezet voor een meer repressief gebruik van het strafrecht, en dat alles dus met een beroep op de systeemeigen termen.⁸⁸ Ten slotte is er nog een andere reden waarom de collectieve rechtsbelangen in de literatuur worden geproblematiseerd. Die hangt ermee samen dat één individuele gedraging aan een collectief rechtsbelang doorgaans slechts in heel summiere zin schade kan berokkenen. Als een enkeling afval in de rivier gooit, is dat weliswaar schadelijk, maar rijst wel meteen de proportionaliteitsvraag: is het effect van de gedraging op het rechtsbelang dusdanig dat dit strafbaarstelling legitimeert?⁸⁹

Ondanks de hierboven opgeworpen bezwaren wordt ook in de liberale stroming niet ontkend dat publieke rechtsbelangen bestaan en bescherming nodig hebben. Het voornoemde inpassingsprobleem is vooral opgelost door publieke rechtsbelangen steeds op individuele rechtsbelangen te betrekken. Voor deze oplossingsrichting was hierboven al kort aandacht. Die vergt dat publieke rechtsbelangen steeds tot de belangen van het individu te herleiden zijn. Het beschermen van publieke rechtsbelangen is zo gezien nooit een doel op zichzelf, maar staat telkens in de sleutel van het beschermen van de mens als individu.⁹⁰ In dit verband valt bijvoorbeeld te denken aan het belang dat eenieder heeft in het voortbestaan van goed functionerende infrastructuur of het beschermen van het milieu, teneinde schadelijke verstoringen in de leefwereld te voorkomen. Een klassiek publiek rechtsbelang is voorts de instandhouding van de integriteit van de instituties van de democratische rechtsstaat; een rechtsorde valt of staat met het vertrouwen dat individuen kunnen scheppen in de instituties die daarin werkzaam zijn. Op de bescherming van dit belang zijn bijvoorbeeld de strafbaarstelling van omkoping van ambtenaren of rechters gebaseerd (artikelen 177 en 178 Wetboek van Strafrecht).

De benaderingswijze hierboven is gekritiseerd door auteurs die een meer communautaire invulling van het rechtsbelangenconcept voorstaan. Bovenal

86 Zie ook Hefendehl 2003, p. 121.

87 Peršak 2007, p. 107.

88 Zie ook Witteveen 2014, p. 272-279 en Greco 2011.

89 Lauterwein 2010, p. 20-21.

90 De idee van de herleidbaarheid is vooral toegeschreven aan de *personalen Rechtsgutslehren*, die – hoewel daarvan verschillende varianten bestaan – steeds de bescherming van rechtsbelangen die individuen toekomen tot uitgangspunt nemen. Zie hierover uitgebreid Greco 2011, p. 204-206.

is het onderscheid tussen de auteurs terug te voeren tot verschillen in het denken over het mensbeeld dat aan het strafrecht ten grondslag ligt. Stratenwerth hekelt bijvoorbeeld de bovenstaande idee van de herleidbaarheid van publieke tot individuele rechtsbelangen, waarmee volgens hem een voorstelling samenhangt van mensen als 'Herrn der Schöpfung'. Volgens hem is dat idee achterhaald en daarmee ook '[...] die Notwendigkeit, alles und jedes auf seine Interessen und Bedürfnisse zu beziehen'.⁹¹ Stratenwerth werkt vervolgens een theorie uit die ervan uitgaat dat publieke rechtsbelangen op zichzelf bestaansrecht toekomen en bescherming dienen te genieten, los van de vraag in hoeverre een dergelijk type rechtsbelang raakt aan de belangen van individuen: 'Ich persönlich muß gestehen, daß ich es als geradezu pervers empfinde, wenn die Rechte künftiger Generationen oder der Natur davon abhängig gemacht werden, welche Wesen Interessen haben können'.⁹²

Voor de nadere uitwerking van het concept van de publieke rechtsbelangen zij hier verwezen naar Duitse literatuur.⁹³ Voor de doeleinden die in dit hoofdstuk centraal staan, is het niet nodig dit concept verder uit te werken. De bespreking daarvan laten we nu dan ook rusten. In het vorengaande is te zien geweest dat in de literatuur verschillende typen rechtsbelangen worden onderscheiden, waarbij sprake is van twee hoofdcategorieën, die van de individuele en publieke rechtsbelangen. In de navolgende paragraaf zal de steven worden gewend naar een andere thematiek die binnen het rechtsbelangenconcept aandacht opeist. Als eenmaal duidelijk is welke rechtsbelangen met strafbaarstelling van een gedraging gemoeid zijn, rijst automatisch de vraag naar de wijze waarop die rechtsbelangen dan precies via strafbaarstelling kunnen worden beschermd. Op de relatie die we hier gewaarworden – die tussen strafbare gedraging en rechtsbelang – wordt in de navolgende paragraaf de focus gelegd.

2.2.3 Rechtsbelangen en hun verhouding tot de strafbare gedraging

Het rechtsbelangenconcept vergt, veronderstelt zelfs, een relatie tussen de strafbare gedraging enerzijds en het daarmee beschermde rechtsbelang anderzijds. Het is immers de strafbaarheid van die gedragingen die in de concrete bescherming van die rechtsbelangen moet voorzien. De relatie 'gedraging-rechtsbelang' vormt daarmee onmiskenbaar een centraal onderdeel van het rechtsbelangenconcept, maar is tegelijkertijd zo vanzelfsprekend dat een uitwerking van de betekenis ervan vaak achterwege blijft of over het hoofd wordt gezien. Veel aandacht gaat van oudsher uit naar de in paragraaf 2.2.2

91 Stratenwerth, *ZStW* 1993, p. 691, p. 681. Zie ook Stratenwerth 2003, p. 255-260.

92 Stratenwerth, *ZStW* 1993, p. 692.

93 Zie voor een overzichtelijke introductie Greco 2011.

besproken vragen. Wat zijn de rechtsbelangen die via het strafrecht beschermd moeten worden? Waar treffen we deze aan? Hoe komt de selectie ervan tot stand? Aanmerkelijk minder zorg wordt binnen het rechtsbelangenconcept besteed aan de vervolgvraag, hoe dan precies de bescherming die strafbepalingen aan rechtsbelangen moeten bieden, moet worden gedacht.

Geen onduidelijkheid moet bestaan over het niveau waarop we deze vraag in het vervolg beogen te behandelen. In het navolgende wordt een *strafrechts*-theoretische optiek tot uitgangspunt genomen. Het is belangrijk dit op deze plek te benadrukken; in een natuurlijke reflex kan de vraag op welke wijze strafbaarstelling aan de protectie van rechtsbelangen bijdraagt, namelijk ook in *straf*theoretische zin worden aangevlogen. Zo'n aanpak kan bijvoorbeeld aandacht indiceren voor de vraag in hoeverre strafbaarstelling, in generaal- of speciaal-preventieve zin, daadwerkelijk aan het voorkomen van bepaalde schademakende gedragingen bijdraagt. De behandeling van die vraag vergt evenwel een studie van heel andere, deels rechtssociologische, in elk geval empirische, aard en ligt buiten het bestek van dit onderzoek.

Wat houdt de beantwoording van de vraag naar de relatie tussen gedraging en rechtsbelang vanuit *strafrecht*s-theoretische optiek dan in? We kunnen hier beginnen met vaststellen dat het vereiste van het bestaan van *een* relatie tussen gedraging en rechtsbelang toch op z'n minst een *betekenisvol, inhoudelijk (of materieel) verband* tussen beide constructen vooronderstelt. Vanuit het rechtsbelangenconcept beredeneerd, doet dit betekenisvol verband zich eerst voor indien kan worden gezegd dat de strafbaarstelling van een bepaalde gedraging X redelijkerwijs bijdraagt aan de bescherming van een bepaald rechtsbelang Y. De vraag luidt vervolgens of, en zo ja, hoe vervolgens precies de verhouding tussen gedraging en rechtsbelang moet worden gedacht.

Opvallend is dat hier wederom een parallelle zichtbaar wordt met de soort vragen die binnen de theorie van het schadebeginsel zijn opgeworpen. Van oudsher legt het schadebeginsel zelfs meer de nadruk op de vraag naar de relatie tussen gedraging en belang. Deze relatie wordt in de theorie van het schadebeginsel in termen van schade verwoord. Niet ligt het zwaartepunt bij de vraag of, en zo ja, hoe een rechtsbelang door strafbaarstelling beschermd kan worden. Binnen het schadebeginsel draait het om de vraag van welk soort effect op dit rechtsbelang sprake moet zijn om de strafbaarstelling van de schademakende gedraging te rechtvaardigen. Het schadeconstruct dient daarbij als leidraad.

Wat onder schade dient te worden verstaan, is door meer auteurs verder uitgewerkt. Bij Feinberg is schade aanwezig indien sprake is van een '*setback* of interests [cursivering: LE]', waarvan kan worden gesproken in het geval '[...] the interest is in a worse condition than it would otherwise have been

had the invasion not occurred at all'.⁹⁴ Simester en von Hirsch spreken in ditzelfde verband over een 'adverse effect' dat een gedraging op het rechtsbelang dient te hebben.⁹⁵ Daaronder worden in beginsel verstaan die gedragingen die direct op het rechtsbelang een inbreuk maken, de 'direct harms', gedragingen die de schade aan een rechtsbelang in directe en onomkeerbare zin aanrichten of dit belang direct in gevaar brengen. De schade – het gevolg van de gedraging – is hier doorgaans bestanddeel van het delict; dergelijke delicten worden door Simester en von Hirsch om die reden 'constitutive offences' genoemd.⁹⁶ In Nederland zouden de auteurs de krenkingsdelicten en concrete gevaarzettingsdelicten onder de noemer van 'direct harms' brengen.⁹⁷

Interessant aan de theorie van Simester en von Hirsch is dat zij een kader hebben ontwikkeld waarbinnen ook de strafbaarstelling van meer indirecte vormen van schade op basis van een beroep op het schadebeginsel kan worden gerechtvaardigd.⁹⁸ Binnen die indirecte vormen van schade wordt een belangrijke categorie gevormd door de door hen gedoopte 'remote harms'.⁹⁹ Onder de paraplu daarvan vallen onder meer de abstracte gevaarzettingsdelicten. Daarnaast onderscheiden de auteurs twee andere groepen 'remote harms': die van de 'mediating interventions-gedragingen' en de 'conjunctive harms', die ook wel 'cumulative harms' zijn genoemd. Beide delictsgroepen zijn door Simester en von Hirsch ook wel als 'profylactisch' omschreven: het betreft hier steeds een gedraging X door A die pas een gevaar op schade oplevert indien deze wordt gevolgd door een vervolggedraging Y, of die nu door A of een ander, B, wordt begaan.¹⁰⁰ 'Mediating-interventions'-gedragingen leveren zelf geen schade op, maar (kunnen) leiden tot andere gedragingen die wel schade, of een risico daarop, veroorzaken.¹⁰¹ Klassiek voorbeeld hiervan vormt het verboden bezit van een wapen: strafbaar gesteld vanwege het abstracte gevaar dat het wapen in de toekomst voor wederrechtelijke doeleinden gebruikt zal gaan worden. Het eigenlijke gevaar ontstaat echter pas als A of B het wapen daadwerkelijk besluit te gebruiken. De laatste categorie van 'remote harms' wordt gevormd door de 'cumulative harms'. Het schadelijk effect van een 'cumulatief delict' vindt pas plaats als hetzelfde delict ook – in

94 Feinberg 1984, p. 34. Feinberg verbindt hieraan de metafoor van de 'baseline': '[...] whether one is harmed by an event is determined by reference to where he was before, and whether his position has improved or regressed'. Feinberg 1984, p. 51-55.

95 Simester & von Hirsch 2014, p. 37.

96 Simester & von Hirsch 2014, p. 43-44.

97 Simester & von Hirsch 2014, p. 44-46. Zie voor de Nederlandse onderscheidingen De Hullu 2018, p. 73-75 en Kelk/De Jong 2016, p. 59-61.

98 Simester & von Hirsch 2014, hfdst. 4 en 5.

99 Zie daarover ook Ten Voorde, *Utrecht Law Review* 2014, p. 163-179. Zie ook Esser, *Strafblad* 2017/71, p. 480.

100 Simester & von Hirsch 2014, p. 79.

101 Esser, *Strafblad* 2017/71, p. 480.

meer of minder groten getale – door anderen wordt begaan.¹⁰² Het dumpen van afval in een rivier, dat hierboven al even werd genoemd, kan hier als typisch voorbeeld dienen: de te voorkomen schade doet zich eerst voor indien meer mensen zich aan hetzelfde gedrag schuldig maken.¹⁰³

De uitwerkingen van Simester en von Hirsch laten zien dat het denken over de relatie tussen gedraging en rechtsbelang nauw samenhangt met de structuur die bij het opstellen van een delictsomschrijving wordt gekozen. De onderscheidingen van de auteurs zijn bedoeld om, vanuit strafrechtstheoretische optiek, een bijdrage te leveren aan het denken over de verhouding tussen gedraging en rechtsbelang en de wijze waarop die verhouding kan worden neergelegd in een concrete strafbepaling. Het schadebeginsel schrijft voor dat die verhouding inhoudelijk – langs de lijnen van de gemaakte onderscheidingen – moet kunnen worden hardgemaakt vooraleer een *prima facie* grond voor strafbaarstelling bestaat. Het schadebeginsel is, zo bezien, een *relationele* theorie: die vergt steeds dat bij strafbaarstelling de relatie tussen gedraging en te beschermen rechtsbelang wordt gearticuleerd.

De reden dat binnen het rechtsbelangenconcept minder aandacht is uitgegaan naar die relatie heeft mede te maken met een semantisch aspect. De term ‘rechtsbelang’ of ‘rechtsbelangenconcept’ leidt er nu eenmaal automatisch toe dat vooral op het rechtsbelangenbegrip de nadruk komt te liggen.¹⁰⁴ Ook het denken in termen van de *bescherming* van rechtsbelangen dwingt minder snel dan bij het schadebeginsel tot het opwerpen van de vraag naar de relatie tussen rechtsbelang en gedraging. De vraag welke rechtsbelangen bescherming moeten genieten, eist in de literatuur dan ook meer aandacht op dan de vraag op welke wijze deze bescherming vorm kan krijgen.

Ook het rechtsbelangenconcept kan echter als relationeel concept worden beschouwd. Net als bij het schadebeginsel draait het steeds om de vraag of, en zo ja, hoe een strafbaar te stellen of strafbaar gestelde gedraging op het gepointeerde rechtsbelang negatief inwerkt.¹⁰⁵ De *bescherming* die van het rechtsbelangenconcept moet uitgaan, is op het voorkomen van die negatieve inwerking gericht. Zo bezien verwijst de beschermingsaanspraak die in het rechtsbelangenconcept ligt besloten naar niets anders dan de relatie die tussen gedraging en rechtsbelang wordt verondersteld.

102 Simester & von Hirsch 2014, p. 59, p. 85-88. Zie voor de behandeling van deze ‘Kumulationsdelikte’ ook von Hirsch & Wohlers 2003, p. 207-211.

103 Zie over de moeilijkheden waarmee de strafbaarstelling van milieudelicten gepaard gaat, onder meer omdat het lastig is het concreet effect op de te beschermen rechtsbelangen inzichtelijk te maken, nader Stratenwerth, *ZStW* 1993, p. 679-696.

104 Zie ook Seher 2003, p. 45.

105 Illustratief in dit verband is dat Nieboer de delictsoorten in zijn leerboek eerst te berde brengt in het kader van een bespreking van de causaliteit in het strafrecht. Het is duidelijk dat hij de onderscheidingen opvat als verschillende wijzen waarop het effect van een gedraging op een rechtsbelang wordt uitgedrukt. Nieboer 1991, p. 90-92.

Zoals we net ook bij de behandeling van het schadebeginsel zagen, verraaft de delictsstructuur niet zelden hoe de wetgever zich de verhouding tussen gedraging en beoogd te beschermen rechtsbelang heeft voorgesteld. Die structuur kan bij de rechtsbelangenanalyse van strafbepalingen dan ook als belangrijk aangrijpingspunt fungeren. In de Nederlandse strafrechtsdogmatiek hoeven we niet ver te zoeken om klassieke indelingen van typen delicten te vinden. Doorgaans worden de krenkings- van de gevaarzettingsdelicten onderscheiden, de commissie- van de omissiedelicten en de materieel van de formeel omschreven delicten.¹⁰⁶ In het navolgende zal aan die klassieke onderscheidingen nader aandacht worden besteed. Daarbij worden die onderscheiden typen, gelet op het bovenstaande, nadrukkelijk beschouwd als uitdrukkingen, expressies, van relaties tussen de daaronder vallende strafbare gedragingen enerzijds en de daarmee beschermde rechtsbelangen anderzijds. Met andere woorden openen deze typeringen een perspectief op de wijze waarop de relatie tussen gedraging en rechtsbelang kan worden begrepen. Het onderscheid tussen materieel en formeel omschreven delicten heeft voor ons speciale betekenis, omdat daarin in het bijzonder de relatie met het beschermde rechtsbelang vooropstaat. Om die reden wordt bij dit onderscheid in het navolgende langer stilgestaan.

In de klassieke opvatting heet het dat het materieel omschreven delict slechts het laten intreden van een bepaald, in de wet opgenomen gevolg strafbaar stelt, daar waar het formeel omschreven delict uitsluitend een handeling criminaliseert.¹⁰⁷ Om tot een bewezenverklaring te komen, volstaat bij het formeel omschreven delict het bewijs van die handeling. Niet hoeft apart komen vast te staan dat die handeling heeft geleid tot het intreden van een bepaald gevolg.¹⁰⁸

Een prototype van het materieel omschreven delict is dat van de doodslag, waarvan de ongekwalificeerde vorm in Nederland is strafbaar gesteld in artikel 287 Wetboek van Strafrecht. Niet is daarin een bepaalde handeling gespecificeerd, de strafbaarheid draait om het teweegbrengen van een concreet gevolg: de dood van de ander.

Het prototype van het formeel omschreven delict is dat van diefstal, waarvan de ongekwalificeerde vorm is opgenomen in artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht. Bij diefstal is reeds sprake van een voltooid delict indien het 'enig goed' uit artikel 310 wordt weggenomen, zonder dat hoeft te worden vastgesteld dat dit wegnemen ook daadwerkelijk tot de wederrechte-

106 Zie De Hullu 2018, p. 73-84; Enschedé/Blom 2017, p. 66-70; Kelk/De Jong 2016, p. 59-64.

107 Zie bijvoorbeeld Van Hattum 1953, p. 160-161. Natuurlijk kunnen formeel omschreven delicten heel wel gevolgen hebben, bovendien zelfs de gevolgen die de wetgever met het delict juist pogoede te voorkomen. Deze gevolgen moeten evenwel niet, zo zegt Van Hattum, als *delictessentialia*, maar als *accidentalialia* worden beschouwd.

108 Zie voor dit klassieke schema Smidt I 1891, p. 82.

lijke toe-eigening heeft geleid.¹⁰⁹ Vandaar dat in de omschrijving van formeel omschreven delicten vaak, maar niet altijd, het subjectief bestanddeel ‘oogmerk’ is opgenomen: de specificiteit van de intentie compenseert in voorkomende gevallen de afwezigheid van het gevolg.¹¹⁰ De explicitering van het ‘materieel opzet’, vaak in de vorm van het oogmerkbestanddeel, is bij formeel omschreven delicten nodig om strafbaar van niet-strafbaar gedrag te onderscheiden.¹¹¹

Reeds bij Van Hamel treffen we de gedachte aan dat het onderscheid tussen materiële en formele delicten niet ziet op de aard van de in de delictsomschrijvingen opgenomen gedragingen.¹¹² Enigszins geforceerd pleegt hij dan ook te spreken van delicten met ‘materieele of formeele omschrijving’ [cursivering: LE].¹¹³ Van Hamel meent dat een strafrechtelijke gedraging toch altijd een *bepaald* gevolg tweebrengt. Het onderscheid formeel-materieel is volgens hem vooral relevant omdat daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat het gevolg in delictsomschrijvingen verschillend kan worden aangeduid: bij materieel omschreven delicten is die aanduiding het duidelijkst, bij formeel omschreven delicten ‘minder scherp’.¹¹⁴ Ook Nieboer redeneert langs deze lijn. Het gevolg is bij formeel omschreven delicten weliswaar geen constitutief vereiste, maar speelt als uitkomst of einddoel van de strafbaar gestelde handeling wel degelijk een belangrijke rol bij de uitleg en interpretatie ervan.¹¹⁵

Interessant aan de visie van weer een andere auteur, Vermunt, is dat hij de indeling ‘materieel-formeel’ in direct verband brengt met het rechtsbelangenconcept. ‘De uitsluitende bedoeling van de strafwetgever’, zo merkt Vermunt op, ‘is het rechtsgoederenbestand der rechtsorde strafrechtelijke bescherming te verlenen: er is geen strafbaar feit waarin niet deze gedachte der rechtsgoederenbescherming ten grondslag ligt’.¹¹⁶ Met die beschermingsopdracht belast, staan voor de wetgever vervolgens twee opties open:

‘[...] ofwel hij neemt de in de norm verboden relatie handeling-beschermde rechtsgoed als constitutief bestanddeel op in de wettelijke delictsomschrijving, ofwel hij maakt slechts de handeling tot feitelijke component van de delictsomschrijving,

109 Zie over de problematische aspecten van de formele omschrijving van het diefstal delict Sinnige 2017, hfdst. 2. Vgl. ook de conclusie van A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2017:1555, bij HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:367, NJ 2018/326, m.nt. N. Rozemond.

110 Brouns 1988, p. 13, p. 175-177.

111 Brouns leidt uit de wetsgeschiedenis af dat de strafwetgever van 1881 aan sommige delictsomschrijvingen het ‘oogmerk’ heeft toegevoegd omdat ‘[...] het in de delictsomschrijving gebezigde werkwoord niet tevens het de strafbaarheid bepalende resultaat uitdrukt’. Brouns 1988, p. 176.

112 Van Hamel 1913, p. 234. Zie ook Sinnige 2017, p. 11 e.v.

113 Van Hamel 1913, p. 234.

114 Van Hamel 1913, p. 233.

115 Nieboer 1991, p. 90.

116 Vermunt 1984, p. 182.

daarmee bedoelde relatie buiten de wettelijke geformuleerde voorwaarden voor strafbaarheid houdend'.¹¹⁷

Materieel omschreven delicten zijn volgens Vermunt dan ook 'die strafbare feiten, waarbij in de wettelijke deliktsomschrijving de verboden relatie handeling-rechtsgoed als constitutief bestanddeel is opgenomen', formele delicten 'die strafbare feiten, waarbij in de wettelijke deliktsomschrijving wel de delikts-handelingen, maar niet het effect ervan op het beschermde rechtsgoed als constitutief bestanddeel is opgenomen'.¹¹⁸ Vermunt houdt overigens een veel engere definitie van formeel omschreven delicten aan dan te doen gebruikelijk is. Zo wijst hij erop dat bij formeel omschreven delicten weliswaar geen gevolg behoeft te worden bewezen, maar de strafbare gedraging vaak wel in relatie tot dit gevolg wordt begrepen en uitgelegd. Het diefstaldelict rekent hij bijvoorbeeld tot de materieel omschreven delicten, nu het bestanddeel 'wegnemen' van de wetgever een zo specifieke strekking heeft meegekregen dat dit uitsluitend kan worden begrepen in combinatie met het subjectieve bestanddeel 'oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening'.¹¹⁹ Het diefstaldelict, zo lijkt Vermunt hier uit te drukken, is niet goed denkbaar zonder dat daadwerkelijk van een (direct), inwerkend effect op het betrokken rechtsbelang (de eigendom) sprake is geweest. Dat het delict formeel geformuleerd is, doet daaraan volgens hem niet af. Eenzelfde benadering zien we, zij het wat minder expliciet, ook bij Brouns, ditmaal over de band van het opzetbegrip. Brouns relativeert niet zozeer het onderscheid tussen formeel en materieel omschreven delicten, maar neemt waar dat formeel omschreven delicten het vaak niet kunnen stellen zonder *materieel opzetbegrip*, i.e. 'het opzet gericht op het onmiddellijk resultaat van de handeling of op de gebeurtenis', meestal vertaald in een oogmerkbestanddeel.¹²⁰ Weliswaar vergt de wettelijke deliktsomschrijving in die gevallen dus niet dat een bepaald gevolg intreedt, de *ratio* van de strafbaarstelling laat zich wel degelijk begrijpen in termen van het voorkomen van het intreden van dit gevolg. Brouns bestrijdt dan ook dat het bij formeel omschreven delicten niet om gevolgen zou gaan: 'Dit verschil tussen doelen en gevolgen [tussen formeel en materieel omschreven delicten, LE] is er niet. De resultaten

¹¹⁷ Vermunt 1984, p. 182.

¹¹⁸ Vermunt 1984, p. 183.

¹¹⁹ Brouns komt vanuit een meer procesrechtelijke invalshoek tot dezelfde conclusie. Hij neemt waar dat bij het bewijs van de gedraging in artikel 310 Wetboek van Strafrecht in feite de nadruk is komen te liggen op het bewijs van de daadwerkelijke toe-eigening, terwijl die, gelet op het formele karakter van het diefstaldelict, niet behoeft te worden bewezen. We zien hier een vorm van invloed van het formeel strafrecht op het materieel strafrecht. Nu de bewijsvraag zich in sterke mate toespitst op de toe-eigening, zo concludeert Brouns, '[...] heeft diefstal meer het karakter van een materieel misdrijf gekregen'. Brouns 1988, p. 192-197. Sinnige 2017, p. 57 komt tot dezelfde conclusie. Zie ook Nieboer 1991, p. 90-91.

¹²⁰ Brouns 1988, p. 13.

van materiële delicten en formele delicten waaraan een materieel opzet is toegevoegd liggen op dezelfde lijn'.¹²¹

De bovenstaande overwegingen laten zien dat de gedragingen die in delictsomschrijvingen zijn neergelegd zich op verschillende wijzen tot de daarmee beschermde rechtsbelangen kunnen verhouden. De betekenis van het onderscheid tussen materieel en formeel omschreven delicten is vooreerst dat de krenking van het rechtsbelang als gevolg van materieel omschreven gedragingen definitief, onomkeerbaar, is, daar waar bij formeel omschreven delicten die krenking geen vereiste is en de gedraging slechts op lossere wijze met het betrokken rechtsbelang is verbonden. Met Vermunt kan worden opgemerkt dat nogal wat formeel omschreven delicten vaak een meer materieel omschreven karakter blijken te hebben en het onderscheid somtijds gekunsteld aandoet. Tegelijkertijd scherpt het als geen ander onderscheid in, dat het bij het analyseren van delictsomschrijvingen steeds gaat om de vraag op welke manier de rechtsbelangenschending in de delictsomschrijving is verwerkt. Dat kan zijn op materiële wijze: het handelen in overeenstemming met de gedraging in de delictsomschrijving levert per definitie een (onomkeerbare) schending van het beschermde rechtsbelang op. En op formele wijze: de schending speelt als mogelijk gevolg wel een belangrijke rol bij het begrip van en de uitleg die aan de daarin opgenomen bestanddelen moet worden gegeven, maar is niet als constitutief onderdeel in de delictsomschrijving opgenomen. Ook een formeel omschreven delict kan naar zijn aard op gevolgen, en het voorkomen daarvan, gericht zijn.

In het kader van dit onderzoek zijn de hierboven verworven inzichten van belang omdat deze inscherpen dat strafbare gedragingen op verscheidene manieren in verhouding kunnen staan met de daarmee beschermde rechtsbelangen. Daarmee is een kenmerk transparant gemaakt dat wel vooral, maar niet exclusief is verbonden aan het onderscheid tussen materieel en formeel omschreven delicten.¹²² *Au fond* duidt bijvoorbeeld ook de dichotomie 'krenking-gevaarzetting' op niets anders dan een verschil in de wijze waarop het rechtsbelang in kwestie door de betreffende gedraging schade kan worden aangericht, waarbij dat verschil nog eens extra wordt gemarkeerd door de subindeling in concrete en abstracte gevaarzettingsdelicten. Vanwege het bestek van dit onderzoek voert het te ver om elk van de in de Nederlandse dogmatiek gemaakte indelingen de revue te laten passeren. Naar het onderscheid tussen materieel en formeel omschreven delicten is hierboven het licht geworpen omdat daarmee inzichtelijk wordt gemaakt dat de door de wetgever geselec-

121 Brouns 1988, p. 176. Aan de opvatting die we bijvoorbeeld bij Van Hattum vinden, dat bij formeel omschreven delicten steeds het accent ligt op de gedraging, ongeacht het gevolg, kan gezien vanuit dit perspectief dus nogal wat worden afgedaan. Zie Van Hattum 1953, p. 160-161.

122 Zie ook Nieboer 1991, p. 90-92.

teerde rechtsbelangen via de delictsomschrijving uiteindelijk op verschillende manieren kunnen worden beschermd. Bij de keuze het strafrecht aan te wenden voor het beschermen van bepaalde rechtsbelangen is, om het legitimerende potentieel van het rechtsbelangenconcept volledig aan te wenden, niet alleen vereist dat *in abstracto* wordt weergegeven welke rechtsbelangen op het spel staan. Daarvoor zal het ook nodig zijn te doordenken en expliciteren welk type delictsomschrijving het beste bij het beschermen van dat rechtsbelang past. Bovendien zal in dit kader duidelijk moeten worden gemaakt op welke manier de strafbaar te stellen gedraging op het betrokken rechtsbelang kan inwerken, welk effect met andere woorden het een (de gedraging) heeft op het ander (het rechtsbelang).

Het articuleren van de relatie tussen het strafbaar te stellen gedrag en het daarmee beschermde rechtsbelang is, kortom, een wezenlijk onderdeel van het rechtsbelangenconcept en vormt daarmee als vanzelf een belangrijk aspect bij de legitimatie van strafwetgeving. In een proces van strafbaarstelling dient idealiter steeds te worden geëxpliciteerd welke rechtsbelangen met de strafbaar te stellen gedraging samenhangen en, misschien nog belangrijker, hoe precies die gedraging op dat rechtsbelang inwerkt. Als we bovendien ervan uitgaan dat rechtsbelangen, net als strafbepalingen, veranderlijk zijn, en met het wijzigen van de opvattingen in een maatschappij mettertijd een andere invulling kunnen krijgen, dan brengt het plaatsen van het rechtsbelangenconcept in de sleutel van legitieme strafrechtsvorming bovendien mee dat dit niet alleen *ex ante delictum* een rol kan spelen, maar ook *ex post delictum*, i.e. als een gedraging eenmaal is strafbaar gesteld. In die hoedanigheid indiceert het concept van de rechtsbelangen een continue toets van de kwaliteit van de verhouding tussen de strafbaar gestelde gedraging enerzijds en het daarmee verondersteld beschermde rechtsbelang anderzijds.

2.3 HET RECHTSBELANGENCONCEPT IN DIT BOEK

In het voorgaande hebben we een beeld gekregen bij het rechtsbelangenconcept en de betekenissen en uiteenlopende functies die dat heeft of, beter, kan hebben. Bewust is het onderscheid tussen een descriptieve en normatieve variant van het concept sterk aangezet, om te demonstreren hoezeer zijn betekenis kan verschillen al naargelang het doel waarmee het rechtsbelangenconcept wordt ingezet. Dit inzicht toont in de eerste plaats aan dat moeilijk kan worden gesproken over ‘het’ rechtsbelangenconcept, als zouden we te maken hebben met een qua doelstelling en functies eenvoudig te begrijpen constructie. Alleen de dichotomie ‘descriptief-normatief’ laat al zien dat we die gedachte naar het rijk der fabelen kunnen helpen. Extra wordt dit nog eens ingescherpt door het feit dat het hier om een grofmazig onderscheid gaat. In de literatuur zijn nog velerlei nuances te onderscheiden en ook *binnen* de

rechtsbelangscholen zijn tussen de uiteenlopende auteurs verschillen waarneembaar.

De veelvormigheid van het rechtsbelangenconcept die we hierboven gewaar zijn geworden, bevestigt dat het rechtsbelang in de Nederlandse strafrechtswetenschap nauwelijks is geproblematiseerd. We begonnen dit hoofdstuk al met vast te stellen dat in de hand- en leerboeken eigenlijk telkens in eenvoudige termen over het rechtsbelang wordt gerept, zonder dat dit begrip verder wordt uitgediept of geproblematiseerd. Dit hoofdstuk heeft laten zien dat daarmee geen recht wordt gedaan aan de uiteenlopende dimensies die het begrip heeft en de mogelijkheden die het op het terrein van de strafrechtswetenschap zowel in meer analytische als waarderende zin biedt. Wat dat betreft ligt hier nog braakliggend terrein, dat nadere ontginning behoeft.

Het rechtsbelangenconcept wordt in dit boek ingezet om een antwoord te krijgen op de onderzoeksvraag waarmee we in hoofdstuk 1 bekend zijn geraakt en die is toegespitst op de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel in Nederland. Inmiddels zijn we op een punt aanbeland waarop we met meer overtuiging antwoord kunnen geven op de vraag op welke wijze dit rechtsbelangenconcept ons daarbij in het vervolg van dit boek behulpzaam gaat zijn. Dit concept komt in elk hoofdstuk van dit boek wel terug, maar de vorm waarin, verschilt. In hoofdstuk 3 staat, zoals in de inleiding al is aangekondigd, de behandeling van de wetshistorie van de strafbaarstelling van mensenhandel centraal. Het lijkt geïndiceerd hier vooral een beroep te doen op de descriptieve, methodologische variant van het rechtsbelangenconcept. Het concept wordt dan gebruikt als wijze waarop, of methodiek waarmee, aandacht kan worden gevestigd op de rechtsbelangen die de wetgever in verschillende tijdvakken met het strafbaar stellen van mensenhandel heeft willen beschermen. Daarmee ontstaat bij uitstek een beeld van de doelstellingen die de wetgever daarmee door de jaren heen heeft voorgestaan, waardoor bovendien kan worden blootgelegd of daarin verschillen en ontwikkelingen zichtbaar zijn.

In de hoofdstukken 4 en 5 wordt uitgebreid studie gemaakt van de strafbaarstelling van mensenhandel zoals die thans in artikel 273f Wetboek van Strafrecht staat en door de rechter wordt toegepast. Hoe speelt het rechtsbelangenconcept in deze hoofdstukken een rol? In hoofdstuk 4 staat vooreerst de systematiek centraal waarbinnen artikel 273f Sr is opgenomen. Omdat het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid leidend is geweest bij de plaatsing van het mensenhandeldelict in de systematiek van het Wetboek van Strafrecht zal daaraan natuurlijk aandacht worden besteed. Interessanter wordt het evenwel in hoofdstuk 5, waarin we de verschillende gedragingen die in het eerste lid van artikel 273f Sr als mensenhandel zijn gecriminaliseerd apart zullen analyseren. We zullen dan, zoals zal blijken, nog veel hebben aan de dogmatische typeringen die hierboven de revue passeerden. Door nauwgezet de aard van de gedragingen te bestuderen, zal transparant worden gemaakt welke precies de reikwijdte van de gedragingen is en hoe deze zich tot het

rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid verhouden. Daarnaast komt het rechtsbelangenconcept ook op andere wijze terug in hoofdstuk 5. Naast de dogmatische ontleding van de als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen wordt daarin immers ook werk gemaakt van de analyse van de rechtspraak, speciaal die van de Hoge Raad. Bij die analyse wordt in het bijzonder de nadruk gelegd op de vraag of, en zo ja, hoe de Hoge Raad het met artikel 273f Sr beschermde rechtsbelang een rol heeft laten spelen bij de nadere interpretatie van de in het eerste lid neergelegde gedragingen. En ook als in de jurisprudentie andere rechtsbelangen worden geïdentificeerd, is hoofdstuk 5 bij uitstek de plaats om daarbij stil te staan.

In hoofdstuk 5 is het rechtsbelangenconcept niet alleen een methode om een bepaald aspect van de ontwikkeling van de strafbaarstelling uit te lichten, maar zal dat ook dienen om die strafbaarstelling op kritische wijze te kunnen analyseren. Als gezegd zal daarbij vooral de relatie tussen gedraging en rechtsbelang worden uitgelicht en wordt bekeken of, en in hoeverre, de Hoge Raad dit rechtsbelang bij zijn vergaande, rechtsvindende werk van de afgelopen jaren een rol heeft laten spelen.

In hoofdstuk 6 wordt vervolgens de relatie tussen de als mensenhandel strafbaar gestelde gedragingen en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid bekeken. De resultaten uit de hoofdstukken 3, 4 en 5 worden zoveel als mogelijk in samenhang bekeken. Vervolgens zal de verhouding tussen de gedragingen uit artikel 273f, eerste lid, Sr en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid vanuit het rechtsbelangenperspectief kritisch worden gezien. Hier zal vooral het vereiste van de logische samenhang, de relatie, tussen gedraging en rechtsbelang, die hierboven in paragraaf 2.2 centraal heeft gestaan, een kardinale rol vervullen. Onderzocht wordt of over de gedragingen die in artikel 273f, eerste lid, Sr zijn strafbaar gesteld kan worden gezegd of zij daadwerkelijk het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid beschermen. Draagt de strafbaarstelling van de gedraging in het eerste lid, sub 3, bij aan de bescherming van de persoonlijke vrijheid en zo ja, hoe? Indien tussen gedraging en het rechtsbelang van de persoonlijke vrijheid geen sprake is van een betekenisvolle relatie, is er sprake van andere rechtsbelangen die met de strafbaarstelling in kwestie worden beschermd? En welke invloed heeft de Hoge Raad op deze relatie uitgeoefend? Hoofdstuk 6 zal op deze vragen pogen een antwoord te geven. Daarbij moet reeds op deze plek worden opgemerkt dat de soort van toetsing die hier plaatsheeft noodzakelijk lijdt aan een zekere vaagheid, of niet-concreetheid. Doorgaans zal de vraag of tussen een gedraging en rechtsbelang een betekenisvolle verhouding bestaat niet met een eenvoudig 'ja' of 'nee' zijn te beantwoorden, maar is de uitkomst vanwege de uiteenlopende wijzen waarop gedragingen kunnen worden geformuleerd en ingedeeld veeleer een kwestie van 'meer' of 'minder'. Op dit punt zal bij het uitvoeren van de 'relatietoets' in hoofdstuk 6 nog worden teruggekomen.

Nadat in hoofdstuk 6 deze vragen per subgedraging aan de orde komen, wordt afgesloten met de beantwoording van de onderzoeksvraag die in dit

boek centraal staat. Primair via het rechtsbelangenconcept, en de aanspraken die daarin liggen besloten, zal dus worden getracht de strekking van de strafbaarstelling van mensenhandel te ontsluiten. In het afsluitende hoofdstuk 7 zal vervolgens nog worden gezien hoe de bevindingen uit dit onderzoek zich verhouden tot de functies die in het rechtsbelangenconcept besloten liggen. Kan in het geval van de strafbaarstelling de belangrijke, legitimerende functie van het concept nog worden waargemaakt? En als blijkt dat het antwoord op deze vraag ontkennend luidt, wat betekent dit dan voor het gebruik van het rechtsbelang bij de ordening van de wet door de wetgever – de ordenende functie – en de interpretatie daarvan door de rechter (de interpretatieve functie)?

Dit boek zal in het vervolg laten zien dat de verschillende aspecten van het rechtsbelangenconcept kunnen worden benut om een tamelijk extensieve analyse van nieuwe en, in ons geval, bestaande strafbaarstellingen mogelijk te maken.

