

Redactioneel

Excepties

Prof. mr. J.H. (Jan) Crijns en mr. T.B. (Tamara) Trotman*

*Strafrecht, vroeg ik, wat is strafrecht?
wie deelt het recht op straf uit
en brengt het recht terecht?
Uit: Strafrecht, Simon Vinkenoog*

Voor u ligt een themanummer waarin het materiële leerstuk van de strafuitsluitingsgronden centraal staat. Er wordt vanuit verschillende invalshoeken ingezoomd op de redenen om in bepaalde gevallen geen strafrechtelijke aansprakelijkheid aan te nemen, ondanks het feit dat de delictsomschrijving wel is vervuld.

In de parlementaire geschiedenis over de totstandkoming van ons Wetboek van Strafrecht is terug te lezen dat Minister Modderman een door hem voorgestelde redactionele wijziging in het noodweer-artikel toelicht door op te merken:

‘Nooit is bedoeld dat iemand die in de verte een jongen zijn appels en peren ziet stelen, deze zou mogen doodschieten.’¹

Voor dat geval is die duidelijkheid dan gegeven, maar het is steeds aan de rechter om de noodzakelijkheid van de verdediging te toetsen aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. In 2016 wees de Hoge Raad een overzichtsarrest inzake noodweer en noodweerecces.² Dit omdat in de praktijk deze strafuitsluitingsgronden soms aanleiding tot moeilijkheden

geven, zo was de Hoge Raad gebleken. Aan het grote aantal cassaties dat sindsdien nog is ingesteld, waar in de middelen de pijlen worden gericht op de beoordeling van deze twee strafuitsluitingsgronden, blijkt dat de vraag of sprake is van noodweer(exces) nog steeds geregeld onderwerp van debat is in de rechtszaal.

Keer op keer blijkt dat het in de praktijk nog niet zo eenvoudig is in het concrete geval de grenzen van strafuitsluitingsgronden te trekken. Dat leidt tot interessante jurisprudentie en af en toe een wetsvoorstel. Er is dit jaar veel noemenswaardigs gebeurd op dit gebied. In de strafzaak inzake de euthanasie op een demente patiënt die leidde tot cassatie in het belang der wet, vond de Hoge Raad in april van dit jaar het oordeel dat de arts zich met vrucht kon beroepen op de bijzondere strafuitsluitingsgrond voor artsen zoals genoemd in artikel 293 lid 2 Sr niet getuigen van een onjuiste rechtsopvatting.³ En zo oordeelde de Hoge Raad in juni 2020 dat het hof terecht had beslist dat de Haagse borstendokter zich niet op de medische exceptie kon beroepen.⁴

Voorts ziet het ernaar uit dat er het nodige aan de strafuitsluitingsartikelen in het Wetboek van Strafrecht gaat veranderen. Toenmalig Kamerlid Eerdmans stelde in juni 2003 voor om artikel 41 Sr aan te vullen met een nieuw lid (door hem noodweer-express genoemd), waarmee hij wilde bereiken dat een winkelier of een burger die een dief op heterdaad betrapt, achter hem aan rent en hem met enig geweld overmeestert, *vooraf* door de wet wordt beschermd in plaats van *achteraf* door de rechter. Dus via de voordeur in plaats van via de achterdeur, aldus het voormalige Kamerlid. Dat voorstel heeft het destijds niet gehaald. Wel is nu in de Eerste Kamer het Wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaar aanhangig,⁵ waarin wordt voorgesteld om aan arti-

* Jan Crijns is lid van de redactie van *Boom Strafblad* en hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden, Tamara Trotman is lid van de redactie van *Boom Strafblad* en is raadsheer bij het Gerechtshof Den Haag.

1. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* (Herzien en aangevuld met de wijzigingen, door J.W. Smidt), eerste deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 407.

2. Zie HR 22 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:456, NJ 2016/316, m.nt. Rozemond.

3. Zie HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712.

4. Zie HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1093.

5. Zie *Kamerstukken I* 2019/20, 34641, nr. A.

kel 42 Sr (de strafuitsluitingsgrond: wettelijk voorschrift) een tweede lid toe te voegen, dat luidt:

‘Niet strafbaar is de ambtenaar die in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met zijn geweldsinstructie geweld gebruikt.’⁶

Zo ziet u, ons themanummer komt dus geen moment te vroeg. Met veel plezier presenteren wij u dan ook een achttal bijdragen rond het centrale thema excepties. Gezamenlijk laten deze bijdragen niet alleen zien hoe breed dit thema is, maar ook tot welke principiële vragen dit in wetenschap en rechtspraktijk leidt.

Dit wordt direct al goed geïllustreerd door de bijdrage van *Bijlsma*, waarin hij betoogt dat het dragen van strafrechtelijke verantwoordelijkheid het vermogen tot reflexieve zelfcontrole veronderstelt. Mede aan de hand van het extreme voorbeeld van Eichmann, betoogt Bijlsma dat daarvoor niet alleen is vereist dat burgers dit vermogen langs de weg van opvoeding krijgen aangeleerd, maar ook dat zij daadwerkelijk toegang hebben tot het normencomplex waaraan zij zich dienen te conformeren. Vervolgens betoogt hij aan de hand van relativerende uitspraken van bestuurders en politici over het verbod op eigenrichting, dat voorkomen moet worden dat het geldende normencomplex zodanig vertroebeld raakt dat recht en moraal te ver uiteen gaan lopen.

Voorts bevat dit themanummer vanzelfsprekend de nodige bijdragen rond de immer tot de verbeelding sprekende strafuitsluitingsgronden noodweer en noodweerexces. Zo gaat *Ter Haar* in zijn bijdrage in op de dubbele grondslag van het noodweerrecht: het recht op zelfverdediging en de verdediging van de rechtsorde. Aan de hand van een bespreking van recente jurisprudentie met betrekking tot noodweer en noodweerexces – waaronder het al genoemde overzichtsarrest van de Hoge Raad – betoogt hij dat het de oordeelsvorming ten goede zou komen wanneer de rechter in zijn motivering expliciteert welke grondslag voor het noodweerrecht in zijn oordeel domineert, nu dit de uitkomst van de oordeelsvorming kan beïnvloeden.

Ook wordt dit thema belicht vanuit Belgisch perspectief, meer in het bijzonder naar aanleiding van het gegeven dat het Belgische strafrecht tot op heden de rechtsfiguur van noodweerexces als zodanig niet kent. In plaats daarvan worden casus die in Nederland op basis van noodweerexces zouden worden beoordeeld, in België langs andere wegen tot een redelijke uitkomst geleid. Mede naar aanleiding van het voornemen om in het nieuwe Belgische Strafwetboek noodweerexces alsnog een plaats te geven, gaat *De Herdt* in zijn bijdrage in op de achtergronden van het tot op heden ontbreken van noodweerexces in het Belgische strafrecht, alsmede op de vraag naar de gevolgen van het alsnog wettelijk erkennen van deze schuldsluitingsgrond.

Strafvervolgingen van politieambtenaren die tijdens de uitoefening van hun werkzaamheden geweld hebben toegepast leiden steevast tot verhitte discussies in de rechtszaal en daarbuiten. Enerzijds vereist de toepassing van politiegeweld in een rechtsstaat nu eenmaal kritische controle – in voorkomende gevallen ook door de strafrechter –, anderzijds moet worden voorkomen dat politieambtenaren lichtvaardig in het verdachtenbankje terecht komen en enkel met behulp van een beroep op een van de algemene strafuitsluitingsgronden uit het Wetboek van Strafrecht aan strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen ontkomen. *Dolman* bespreekt of en in hoeverre het hiervoor reeds genoemde Wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaar een goede balans in dit dilemma weet te treffen, door middel van invoering van een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor de opsporingsambtenaar die op rechtmatige wijze geweld heeft gebruikt.

Een even tot de verbeelding sprekende figuur als noodweer(exces) is het begrip *culpa in causa*, dat in het zicht van de haven alsnog een blokkade kan opwerpen voor een geslaagd beroep op een strafuitsluitingsgrond. *Jansen* bespreekt drie modellen om het begrip eigen schuld een plek te geven in geval de verdachte een beroep op een strafuitsluitingsgrond doet. Waar *culpa in causa* in de Nederlandse dogmatiek een corrigerende werking op een eenmaal aangenomen strafuitsluitingsgrond heeft, zijn ook andere benaderingen denkbaar om tot het resultaat van strafrechtelijke aansprakelijkheid te komen. Naast de Nederlandse benadering bespreekt hij het zogenoemde eigenschulddelict – met als bekendste voorbeeld het Duitse *Vollrausch* – en de *actio libera in causa*.

Ook in het bijzonder strafrecht spelen strafuitsluitingsgronden vanzelfsprekend een belangrijke rol. Grotendeels gaat het daarbij om dezelfde excepties als in het commune strafrecht, maar in de context van het fiscale strafrecht rees bijvoorbeeld de vraag hoe het zogenoemde pleitbaar standpunt dogmatisch moest worden gedeut. In een standaardarrest uit 2017 beslechtte de Hoge Raad deze discussie gedeeltelijk door de figuur van het pleitbaar standpunt in de sleutel van het (voorwaardelijk) opzet te plaatsen.⁷ Daarmee was een bevredigende inbedding gevonden voor het pleitbaar standpunt in geval van vervolging ter zake van dodelijke fiscale delicten. *De Bont* gaat in zijn bijdrage in op de vraag hoe de figuur van het pleitbaar standpunt dogmatisch moet worden ingebed in geval van vervolging voor een gemeen culpoos delict met een onderliggend fiscaal feitencomplex of in geval van vervolging voor fiscale delicten zonder subjectief bestanddeel. Voor deze laatste categorie bepleit hij het pleitbaar standpunt als een bijzondere strafuitsluitingsgrond te erkennen.

Daarmee belanden we ook zo langzamerhand in het domein van de ongeschreven excepties. Naast de geschreven algemene en bijzondere strafuitsluitings-

6. Zie nader over dit wetsvoorstel de bijdrage van Dolman in dit nummer.

7. Zie HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638, *BNB* 2017/162.

gronden en de ongeschreven algemene strafuitsluitingsgronden (ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid en afwezigheid van alle schuld), zijn in de jurisprudentie immers ook verschillende ongeschreven contextgebonden excepties aanvaard, bijvoorbeeld de medische exceptie, de kunstexceptie en de sport- en spelexceptie. In zijn bijdrage gaat *Bakker* in op de vraag of en in hoeverre er in het licht van het belang van de rechtszekerheid aanleiding bestaat dergelijke ongeschreven excepties in de wet te verankeren. Hoewel dit op het eerste gezicht een aanlokkelijk perspectief lijkt, concludeert *Bakker* dat de rechtszekerheid hiermee uiteindelijk niet per definitie is gediend.

Het themanummer sluit af met een meer formeelrechtelijk getinte bijdrage. De heersende leer is dat de aanwezigheid van strafuitsluitingsgronden niet volgens de regels van het strafrechtelijk bewijsrecht hoeft te worden bewezen; in plaats daarvan volstaat het dat hun aanwezigheid aannemelijk wordt. Mede naar aanleiding van een *NJB*-bijdrage van eerder dit jaar van de hand van *Jansen*⁸ problematiseert *Dreissen* deze gedachte en betoogt zij dat de beoordeling van de strafbaarheid van de gedraging en van de verdachte niet wezenlijk verschilt van de beoordeling van de bewijsvraag, zij het dat de werkwijze wat anders is.

Wij hopen u met dit redactioneel voldoende te hebben geprikkeld om dit themanummer over excepties deze (na)zomer te lezen. En om dan in bijvoorbeeld uw hangmat of luie stoel nog eens te mijmeren over de vraag wanneer er – om met *Vinkenoog* te spreken – geen ‘recht op straf’ valt uit te delen.

8. Zie R. Jansen, ‘In dubio pro reo bij strafuitsluitingsgronden?’, *NJB* 2020/126.