



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het rechtsbeschermend potentieel van de wettelijke kwalificatie: gedachten over Typizität en prototypetheorie

Altena, J.G.H.

Citation

Altena, J. G. H. (2022). Het rechtsbeschermend potentieel van de wettelijke kwalificatie: gedachten over Typizität en prototypetheorie. *Boom Strafblad*, 3(1), 18-25.
doi:10.5553/BSb/266669012022003001005

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3279492>

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

Het rechtsbeschermend potentieel van de wettelijke kwalificatie: gedachten over *Typizität* en prototypetheorie

Mr. dr. J.G.H. (Judith) Altena*

18

1. Inleiding

Buitenwettelijke kwalificatie-uitsluitingsgronden kunnen uitkomst bieden wanneer de strafrechter strafrechtelijke aansprakelijkheid wil vermijden, ondanks het oordeel dat de gedraging wel de bestanddelen van de delictsomschrijving vervult.¹ Een dergelijke kwalificatie-uitsluitingsgrond is onder andere inzetbaar wanneer de ten laste gelegde gedraging niet beantwoordt aan het 'label' dat de wetgever aan het strafbare feit heeft gegeven. Met behulp van kwalificatie-uitsluitingsgronden kan de rechter voorkomen dat een persoon wordt veroordeeld voor overtreding van een strafbepaling terwijl de meeste mensen die gedraging niet zouden categoriseren als dat betreffende strafbare feit. Door onvoorzienbare aansprakelijkstelling tegen te gaan, kunnen kwalificatie-uitsluitingsgronden een bijdrage leveren

aan de verwezenlijking van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.

Kwalificatie-uitsluitingsgronden vinden hun grondslag in de kerngedachte dat wanneer een delictsomschrijving een eigen kwalificatie heeft, deze kwalificatie méér inhoudt dan de optelsom van bestanddelen.² Hoewel de delictsomschrijving bestaat uit bestanddelen die gezamenlijk noodzakelijke voorwaarden bevatten om een gedraging te kunnen kwalificeren als dat strafbare feit, is het vervullen van de bestanddelen op zichzelf niet voldoende om daartoe te besluiten. Inmiddels is de kwalificatie-uitsluitingsgrond een ingeburgerde figuur.

Het niet kwalificeren van een gedraging als een strafbaar feit terwijl aan alle bestanddelen is voldaan, kan worden gerechtvaardigd met een beroep op rechtsbelangen. Op het moment dat een gedraging het met de strafbepaling beschermde rechtsbelang niet heeft geschonden, is dat een belangrijke indicatie dat kwalificatie achterwege moet blijven.³ Kwalificatie-uitsluitingsgronden worden echter ook besproken in termen van *Typizität*, typiciteit.⁴ De kerngedachte daarachter is dat iedere strafbepaling een eigen 'typische' invulling heeft en dat een gedraging die niet past bij die typische

* Judith Altena is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Het strafrechtelijk instrumentarium biedt ook verschillende andere mogelijkheden om tot die uitkomst te komen. Zie V.E. van de Wetering, S.A. Eckhardt en S.R. Bakker, 'De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van de strafwaardigheid van gedrag', *DD* 2018/13; J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 97-99; S.R. Bakker, L. Esser en W. Geelhoed, 'Rechterlijke afbakeningsstrategieën in het licht van een regel- en rechtenconceptie van legaliteit', in: J.G.H. Altena e.a. (red.), *In onderlinge samenhang* (Cleiren-bundel), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 283-299. Deze bijdrage richt zich alleen op de kwalificatie-uitsluitingsgronden.

2 Pompe in zijn noot bij HR 21 februari 1938, ECLI:NL:HR:1938:99, *NJ* 1938/929 (*Hohner muziekinstrumenten*), punt 1. Zie ook de bespreking van Pompes annotaties over dit onderwerp in Van de Wetering, Eckhardt en Bakker 2018, par. 3.2.

3 Van de Wetering, Eckhardt en Bakker 2018, par. 6.

4 C. Kelk, 'Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving', in: M.S. Groenhuijsen, T. Kooijmans en J.W. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (De Roos-bundel), Deventer: Kluwer 2013, p. 323-339. In deze bijdrage wordt voor het begrip *Typizität* ook het minder gangbare 'typiciteit' gebruikt.

delictsinhoud, ook niet kan worden gekwalificeerd als dat delict.

Het doel van deze bijdrage is te onderzoeken of en hoe de typiciteitsbenadering van de kwalificatie-uitsluitingsgronden een bijdrage kan leveren aan de verwezenlijking van het legaliteitsbeginsel, en hoe cognitiewetenschappelijke inzichten over categorisering kunnen bijdragen aan het tot stand komen van dat inzicht. Daartoe zal in paragraaf 2 eerst onderscheid worden gemaakt tussen een ‘rechtsbelangenbenadering’ en een ‘typiciteitsbenadering’ van de kwalificatie-uitsluitingsgronden. Dat onderscheid is relevant omdat deze twee benaderingen weliswaar sterk op elkaar lijken, maar niet altijd tot dezelfde uitkomst leiden. In navolging van Kelk wordt beargumenteerd dat de typiciteitsbenadering toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de rechtsbelangenbenadering.⁵ Vervolgens zal in paragraaf 3 de prototypetheorie worden besproken, die inhoudt dat mensen categoriseren op basis van gelijkenissen met een prototype, en wordt in paragraaf 4 deze theorie betrokken op diverse soorten strafbepalingen.⁶ In de literatuur is de prototypetheorie ook al vaker betrokken op de kwalificatiebeslissing.⁷ Paragraaf 5 zal bespreken hoe de prototypetheorie de werking van de typiciteitsbenadering kan verklaren en zullen enkele gedachten worden geformuleerd over wat op basis van die theorie kan worden gezegd over de werkbaarheid van de typiciteitsbenadering in de praktijk.

2. Kwalificatie-uitsluitingsgronden

Kwalificatie-uitsluitingsgronden maken gebruik van de materieelrechtelijke kwalificatie die is opgenomen in sommige strafbepalingen.⁸ De delictsommschrijving van diefstal bijvoorbeeld bevat niet alleen een opsomming van bestanddelen, maar ook de gevolgtrekking dat hij die de omschreven gedraging verricht, wordt gestraft ‘als schuldig aan diefstal’. De materieelrechtelijke kwalificatie ‘diefstal’ is dus onderdeel van de strafbepaling. Daarmee is niet gezegd dat de materieelrechtelijke kwalificatie ook van grote betekenis is voor de afbakening van het strafbare feit. Volgens Pelser is de algemene opvatting dat de kwalificatie er slechts is voor de handigheid, ‘ter herkenning, eventueel verduidelijking, en als samenvatting van het delict’.⁹ Daar méér betekenis aan

hechten, acht zij niet wenselijk. De reikwijdte van de strafbepaling zou moeten worden afgebakend middels een interpretatie van de delictsbestanddelen.¹⁰ Tegelijkertijd erkent zij dat hier in de literatuur ook anders over wordt gedacht. Voor auteurs als Pompe en Kelk heeft de kwalificatie inderdaad wel degelijk een toegevoegde betekenis ten opzichte van de delictsbestanddelen, een betekenis die verder gaat dan herkenning, verduidelijking of samenvatting. De kwalificatie geeft het typische, het eigene van het strafbare feit weer, dat kan worden gebruikt ter afbakening van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Die opvatting lijkt terrein te hebben gewonnen, niet alleen in de literatuur, maar ook in de rechtspraak met de erkenning van kwalificatie-uitsluitingsgronden.¹¹

In eerste instantie is de vraag onder welke strafbepaling een gedraging kan worden gerubriceerd uiteraard een vraag voor het OM. Het OM neemt immers in de voorfase al de beslissing om een gedraging te kwalificeren als een bepaald strafbaar feit door de tenlastelegging toe te snijden op een concrete strafbaarstelling; die beslissing is vanwege de grondslag leer leidend voor de beslissing van de rechter (waarbij het OM middels een primair-subsidiaire of alternatieve tenlastelegging de rechter een zekere keuzevrijheid kan laten). Door Geelhoed en De Hullu is er dan ook voor gepleit om meer aandacht te besteden aan een verantwoorde kwalificatiebeslissing in de vervolgingsfase, bijvoorbeeld in de vorm van vervolgingsrichtlijnen.¹² Inderdaad zou het wenselijk zijn als reeds bij het OM wordt gezocht naar de strafbepaling die het best past bij het achterliggende feitencomplex (in plaats van de strafbepaling die de hoogste strafbedreiging kent) of niet te zeer de grenzen worden opgezocht van (soms toch al zeer ruime) delictsommschrijvingen. Toch laat de praktijk zien dat de rechter bij tijd en wijle wordt geconfronteerd met situaties waarin kwalificatie-uitsluitingsgronden een nuttige rol kunnen vervullen.

De vraag is evenwel hoe de toepassing van zo’n kwalificatie-uitsluitingsgrond kan worden gemotiveerd. Pompe zocht in zijn annotaties aansluiting bij de *Typizität*-gedachte, die inhoudt dat een strafbaarstelling niet moet worden toegepast op gedragingen die een zeer atypische invulling van die strafbaarstelling vormen.¹³ Dat zijn gedragingen die op het eerste gezicht niet passen bij het ‘algemeen heersende beeld’ van een bepaald delict maar die daar slechts met enig wrikken onder zijn te scharen.¹⁴ Een bekend voorbeeld is het kwalificeren van het uitzitten van een gevangenisstraf

5 Kelk 2013.

6 Zie voor een nadere toelichting par. 3 van deze bijdrage.

7 W. Geelhoed, ‘De kwalificatiebeslissing in de vervolgingsfase. Een moderne kijk op het verbod van analogie’, in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

8 In navolging van Pelser wordt hier – waar er verwarring kan ontstaan – onderscheid gemaakt tussen de materieelrechtelijke of (anders dan Pelser) wettelijke kwalificatie als de in de wet opgenomen kwalificatie wordt bedoeld, en de formeelrechtelijke kwalificatie waar het gaat over de rechterlijke kwalificatiebeslissing. Zie C.M. Pelser, *De naam van het feit* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 61-62.

9 Pelser 1995, p. 62-63 (citaat op p. 63), met verdere verwijzingen.

10 Pelser 1995, p. 69.

11 De Hullu 2021, p. 98. De Hullu plaatst deze ontwikkeling met name in de context van te ruime strafbepalingen, die via de weg van de kwalificatie worden ingeperkt.

12 Geelhoed 2019, onder verwijzing naar een vergelijkbaar standpunt van J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 100-102.

13 Zie de beschrijving hiervan in Kelk 2013, p. 328-330.

14 Kelk 2013, p. 329.

voor een ander als oplichting.¹⁵ Deze typiciteitsbenadering wordt ook verwoord door Kelk in diens pleidooi voor het gebruik van de kwalificatie om strafrechtelijke aansprakelijkstelling in dergelijke gevallen te vermijden. Waar de wetgever een dergelijke kwalificatie heeft toegevoegd aan de delictsomschrijving zelf, aldus Kelk, kan worden aangenomen dat die kwalificatie ook een ‘preciserende’ functie heeft.¹⁶ Kelk maakt de rol van de kwalificatie echter niet van de wetgever afhankelijk: sommige delicten, bijvoorbeeld ‘huisvredebreuk’ of ‘flessentrekkerij’, hebben een algemeen bekende aanduiding zonder dat deze is opgenomen in de strafbepaling. Ook in die gevallen wil Kelk deze benaming een rechtsbeschermende functie geven in die zin dat gedragingen die niet passen bij deze buitenwettelijke labels, niet moeten worden bestraft op grond van die bepalingen.¹⁷

Kwalificatie-uitsluitingsgronden kunnen echter ook in verband worden gebracht met rechtsbelangen. Bakker ziet de *Typizität*-benadering in wezen als een vorm van rechtsgoedgeoriënteerde interpretatie.¹⁸ *Typizität* houdt dan in een ‘blik op wat de kern van het delict betreft – met behulp van het te beschermen rechtsgoed’.¹⁹ Ook door Van de Wetering, Eckhardt en Bakker wordt *Typizität* gezien als een van de manieren om strafrechtelijke aansprakelijkheid te vermijden in het geval dat het met de bepaling te beschermen rechtsgoed niet is geschonden. Het niet geschonden zijn van het rechtsgoed is overigens voor hen niet zonder meer voldoende reden om strafbaarheid categorisch uit te sluiten, maar vormt voor die beslissing wel een belangrijk gezichtspunt.²⁰ Hoewel deze auteurs dus wel het begrip *Typizität* gebruiken, wordt dat begrip (deels) ingevuld aan de hand van rechtsbelangen.

Het verschil tussen een oriëntatie op rechtsbelangen en op typiciteit is wellicht niet groot: in veel gevallen zullen beide benaderingen tot een vergelijkbare uitkomst leiden. Met Van de Wetering, Eckhardt en Bakker meen ik dat het achterliggende rechtsgoed een nuttige rol kan vervullen bij de uitleg van strafbepalingen; ik deel eveneens hun opvatting dat het niet geschonden zijn van het achterliggende rechtsgoed een belangrijke indicatie vormt dat de ten laste gelegde gedraging niet strafwaardig is, althans niet op grond van de betreffende delictsomschrijving. Een oriëntatie op het beschermde belang kan derhalve een functie hebben, waaronder een afgrenzende functie, en kan leiden tot de toepassing van een kwalificatie-uitsluitingsgrond. Maar afdoende is deze oriëntatie niet zonder meer. Volgens Kelk heeft de *Typizität* náást de strekking van de bepaling en het beschermde rechtsgoed een rechtsbeschermende func-

tie.²¹ Met andere woorden: ook wanneer wellicht het beschermde rechtsgoed wel geschonden is, kan de typiciteit aan kwalificatie in de weg staan. De rechtsbelangenbenadering van de kwalificatie leidt daarmee niet noodzakelijk tot dezelfde uitkomsten als de typiciteitsbenadering.

Het arrest Tongzoen II kan dat illustreren.²² Wie een ander tegen diens wil een tongzoen geeft, schendt de seksuele integriteit van zijn slachtoffer.²³ Een dergelijke schending is strafbaar. Maar is het een verkrachting? Gezien de bestanddelen van dat delict, met name het ‘seksueel binnendringen van het lichaam’, vond de Hoge Raad aanvankelijk van wel. In het arrest Tongzoen I werd een uitdrukkelijk beroep gedaan op de ratio van de strafbepaling, te weten de bescherming van ‘(seksuele) integriteit van het lichaam’.²⁴ Deze was bij het opdringen van de tongzoen geschonden, en dus kon ook deze minder ernstige vorm van seksueel binnendringen worden geschaard onder de reikwijdte van de strafbaarstelling van verkrachting. De Hoge Raad kwam echter op dit oordeel terug, mede naar aanleiding van kritiek op het eerdere arrest, inhoudende dat het label ‘verkrachting’ voor een tongzoen strijdt met het algemene spraakgebruik. Ook zijn er strafbepalingen die eveneens het rechtsbelang van de seksuele integriteit beschermen, maar die voor deze gedraging ‘meer geëigend’ zouden kunnen zijn. Daarnaast wijst de Hoge Raad op het bezwaar dat een veroordeling wegens verkrachting ‘als onjuist en onrechtvaardig wordt ervaren omdat een tongzoen in redelijkheid niet op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een – wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit – daarmee vergelijkbare gedraging’.²⁵ In Tongzoen I leidde de oriëntatie op het beschermde rechtsgoed dus juist tot een extensieve interpretatie, en in Tongzoen II kwam de Hoge Raad daarop terug, niet omdat het rechtsgoed niet geschonden zou zijn, maar omdat toepassing niet ‘redelijk’, niet ‘geëigend’, in strijd met het algemene spraakgebruik zou zijn. Hierin kan een typiciteitsbenadering van de kwalificatie worden herkend.

Het voorbeeld van de Tongzoen-jurisprudentie laat zien dat waar meerdere strafbepalingen in essentie hetzelfde rechtsgoed beschermen, de rechtsbelangenbenadering van de kwalificatie minder geschikt is om bij de kwalificatie rekening te houden met het eigen karakter van die diverse strafbepalingen. Als voordeel van de typiciteitsbenadering wordt dan ook wel – naast de extra rechtsbescherming die deze biedt ten opzichte van de rechtsbelangenbenadering – genoemd dat deze het onder-

15 HR 14 oktober 1940, NJ 1941/87, m.nt. Pompe (*Gevangenisvoedsel*).

16 Kelk 2013, p. 329.

17 Kelk 2013, p. 329-330. Zie voor een tegengestelde opvatting De Hullu 2021, p. 97.

18 S.R. Bakker, *Uitzonderlijke excepties in het strafrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2021, par. 4.2.2, m.n. p. 188-192. Zie ook Van de Wetering, Eckhardt en Bakker 2018, p. 151.

19 Bakker 2021, p. 191.

20 Van de Wetering, Eckhardt en Bakker 2018, p. 166.

21 Kelk 2013, p. 336.

22 HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, NJ 2013/437, m.nt. Keijzer (*Tongzoen II*). De Hullu ziet in deze jurisprudentie overigens een voorbeeld van de opkomende erkenning van de kwalificatie-uitsluitingsgrond in zijn algemeenheid, dus los van de vraag of deze wordt toegepast met een beroep op rechtsbelangen of typiciteit. Zie De Hullu 2021, p. 98.

23 Dit wordt door de Hoge Raad in beide Tongzoen-arresten genoemd als het te beschermen rechtsgoed. Zie mede over de keuze daarvan de kritische noot van Keijzer bij het arrest *Tongzoen II*.

24 HR 21 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1026, m.nt. De Hullu (*Tongzoen I*).

25 HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, NJ 2013/437, m.nt. Keijzer (*Tongzoen II*), r.o. 2.6-2.7.

scheid tussen strafbaarstellingen verscherpt in plaats van vertroebelt.²⁶ Voor de begrijpelijkheid van de strafwet lijkt mij dat een positief gegeven. Al met al zie ik met Kelk ruimte voor de typiciteitsbenadering náást een oriëntatie op de achterliggende rechtsbelangen.

Aan de typiciteitsbenadering, hoe sympathiek in haar rechtsbeschermende ambities ook, is wel een vraag tegen te werpen: valt wel met enige consistentie en voorspelbaarheid te bepalen of een gedraging een ‘typische’ vervulling van de delictsinhoud oplevert? Is dit niet een wel erg subjectieve grond die bepaalt of de verdachte wordt bestraft of vrijuit gaat? Typiciteit kan worden gezien als een nogal vaag concept dat weinig ‘harde ijkpunten’ biedt.²⁷ Een dergelijke vaagheid verhoudt zich moeizaam tot de taak van het afbakenen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.²⁸ Toch meen ik dat er reden is om de intuïtieve categorisering van een gedraging als niet of niet zeker vallend binnen een delictsommschrijving serieus te nemen binnen het strafrecht. Die reden is dat deze zienswijze goed past bij inzichten verworven binnen de cognitiewetenschap over hoe mensen categoriseren. In de hierna volgende paragraaf ga ik daarom in op de vraag hoe wij als mensen objecten, gebeurtenissen, gedragingen etc. indelen in categorieën.²⁹

3. Prototypetheorie

Het kwalificeren van een gedraging als een bepaald strafbaar feit is een vorm van categoriseren. Om te begrijpen hoe officieren van justitie en rechters dat doen en welke verwachtingen wij daarbij van hen mogen koesteren, is het relevant om te weten hoe dat categoriseringsproces zich voltrekt. De afgelopen vijftig jaar is er in de cognitiewetenschappen veel vooruitgang geboekt bij het begrijpen hoe mensen categoriseren, en er zijn inmiddels enkele publicaties die deze theorieën verbinden aan het recht,³⁰ meer specifiek aan (straf)wetgeving³¹ en interpretatie.³² Geelhoed heeft deze inzichten verbonden aan de kwalificatiebeslissing en gebruikt

om te pleiten voor een inzichtelijke kwalificatiebeslissing als onderdeel van de vervolgingsbeslissing.³³ Deze paragraaf borduurt daarop voort.³⁴

Lange tijd was de overheersende gedachte dat categoriseren geschiedt op basis van criteria die alle leden van de betreffende categorie met elkaar delen. Deze gedachte gaat in de kern terug op de aristotelische logica, maar wordt ook nu nog gebruikt.³⁵ Volgens deze ‘klassieke’ visie worden categorieën gedefinieerd door noodzakelijke en afdoende criteria voor lidmaatschap. De categorie ‘stoel’ kan dan bijvoorbeeld worden gedefinieerd door de criteria 1) meubelstuk, 2) waar je op kunt zitten, 3) met een rugleuning. Deze criteria vormen de *intensie* van een begrip, en alle objecten in de werkelijkheid die voldoen aan de criteria vormen de *extensie*.³⁶ Een categorie is zo gezien een *container*, een bakje waar iets in kan zitten of juist niet in kan zitten.³⁷ Een opsomming van criteria waaraan een object moet voldoen om tot de categorie te behoren, bepaalt of dat object in het bakje zit of juist niet. Lidmaatschap van de categorie is dus binair. Bovendien zijn leden van een categorie onderling gelijk: als een voorwerp een stoel is, is het een stoel, en niet ‘een beetje’ een stoel. Dit heeft tot gevolg dat de grenzen van de categorie helder afgebakend zijn. Hierin zijn de centrale ideeën over categoriseren die we aanduiden als de ‘klassieke’ theorie herkenbaar: 1) lidmaatschap als een ja/nee-vraag; 2) onderlinge gelijkheid tussen leden van de categorie; en 3) een scherpe afbakening van de categorie.³⁸

We weten al een tijdje dat bovenstaande visie niet past bij hoe mensen daadwerkelijk taal gebruiken. Volgens een handboek cognitieve psychologie is er ‘so much negative evidence against this theory that it almost seems to be a straw man’.³⁹ Denk bijvoorbeeld aan het idee van Wittgenstein dat bepaalde begrippen ‘familie-gelijkenissen’ hebben. Bepaalde categorieën hebben leden die niet allemaal één set eigenschappen delen. Voor de categorie ‘spel’ geldt bijvoorbeeld dat deze niet kan worden gedefinieerd aan de hand van een aantal noodzakelijke en voldoende voorwaarden zonder dat voorbeelden van wat doorgaans als spel wordt beschouwd daarbuiten vallen. Toch hebben de meeste vormen van spel wel een aantal kenmerken gezamenlijk, die Wittgenstein aanduidde als ‘familie-gelijkenissen’. Veel vormen van spel hebben een element van winnen

26 Kelk 2013, p. 337-338.

27 De Hullu 2021, p. 97.

28 De Hoge Raad kiest in *Tongzoen I* mede omwille van de rechtszekerheid niet voor een gedifferentieerde benadering van verschillende vormen van seksueel binnendringen. Zie r.o. 5.1.

29 Voor het gemak spreek ik in het hierna volgende alleen over objecten.

30 Bijv. S.L. Winter, *A Clearing in the Forest. Law, Life, and Mind*, Chicago: The University of Chicago Press 2001; M. Zeifert, ‘Rethinking Hart: From Open Texture to Prototype Theory – Analytic Philosophy Meets Cognitive Linguistics’, *International Journal for the Semiotics of Law* 2020.

31 S.P. Green, ‘Prototype Theory and the Classification of Offenses in a Revised Model Penal Code: A General Approach to the Special Part’, *Buffalo Criminal Law Review* 2000, p. 301-339; W. Geelhoed, ‘Categorising the Offence of Fraud against the Financial Interests of the European Union. A Law and Cognition Perspective’, in: J.W. Ouwerkerk e.a. (red.), *The Future of EU Criminal Justice Policy and Practice*, Leiden/Boston: Brill Nijhoff 2019, p. 143-160.

32 L.M. Solan, ‘Judicial Decisions and Linguistic Analysis: Is There a Linguist in the Court?’, *Washington University Law Quarterly* 1995, p. 1069-1080; W. Geelhoed, ‘De kwalificatiebeslissing in de vervolgingsfase. Een moderne kijk op het verbod van analogie’, in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

33 Geelhoed 2019 (‘De kwalificatiebeslissing’).

34 De ontwikkeling die in deze paragraaf wordt beschreven is in diverse hier aangehaalde publicaties ook al beschreven (bijv. Green 2000, Geelhoed 2019 (‘Categorising’)), maar wordt omwille van de leesbaarheid ook hier herhaald.

35 Zie bijv. J. Waldron, ‘Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues’, *California Law Review* 1994 (82), p. 509-540.

36 M.A. Loth, *Recht en taal: een kleine methodologie*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 72-74.

37 G. Lakoff, *Women, Fire, and Dangerous Things. What Categories Reveal about the Mind*, Chicago en London: The University of Chicago Press 1987, p. 6.

38 D. Geeraerts, ‘Prospects and problems of prototype theory’, *Diacronia* 2016, afl. 1, p. 1-2.

39 M.W. Eysenck en M.T. Keane, *Cognitive Psychology: A Student’s Handbook*, Hove en New York: Psychology Press 2000, p. 302.

en verliezen (maar niet allemaal), veel spellen zijn regelgeleid (maar niet allemaal), etc. Deze theorie over familiegelijkenissen verklaart mede waarom categorieën niet altijd zo helder afgebakend zijn als de aristotelische theorie doet veronderstellen.⁴⁰

De echte doorbraak in kennis over hoe categoriseren daadwerkelijk plaatsvindt, kwam echter pas vanaf de jaren '70 met de prototypetheorie, gestoeld op de baanbrekende psychologische experimenten van Eleanor Rosch.⁴¹ In een notendop gaat de prototypetheorie ervan uit dat categoriseren niet geschiedt op basis van een systematische beoordeling van noodzakelijke en afdoende criteria, maar op basis van vergelijking van een object in de werkelijkheid met een prototype voor die categorie. Een prototype in deze context is het duidelijkste voorbeeld, het object dat zo representatief mogelijk is voor die categorie. Dit prototype is een abstractie, een 'potentieel voorbeeld' van de categorie,⁴² niet een daadwerkelijk bestaand exemplaar dat kan worden aangewezen als 'het prototype'.⁴³ Andere leden van de categorie worden op basis van gelijkenis al dan niet in de categorie geplaatst, waarbij sommige leden meer centraal zijn en andere meer perifeer. Voor de categorie 'vogel' kan bijvoorbeeld gelden dat – afhankelijk van de habitat van de categoriserende persoon – de ekster wordt gezien als een relatief centraal voorbeeld van de categorie vogel. Mussen en meeuwen zijn dan allicht ook tamelijk centraal, maar de emoe en de pinguïn zijn dat veel minder. Ook zijn er categorieën waarbij van sommige objecten niet goed kan worden gezegd of ze wel of niet tot de categorie behoren: categorieën hebben soms rafelranden. Dat kan bijvoorbeeld worden gezegd voor kleuren, waarbij er geen precieze grens kan worden getrokken tussen de ene kleur en de andere.⁴⁴ Individen kunnen in dergelijke gevallen ook verschillen in hoe zij objecten categoriseren,⁴⁵ en eerdere ervaringen met een categorie kunnen categorisering sneller en trefzekerder maken.⁴⁶ De observatie dat sommige categorieën slechts te definiëren zijn op basis van familiegelijkenissen is eveneens geïntegreerd in de prototypetheorie als een van de kenmerken van prototypiciteit die concepten kunnen vertonen.

Al met al kunnen verschillende kenmerken van prototypiciteit worden onderscheiden. Niet alle concepten hebben een prototypische structuur, en niet alle concepten delen alle kenmerken daarvan: ook het concept prototypiciteit heeft derhalve een prototypische structuur.⁴⁷ Een prototypisch prototypische categorie wordt door

Geeraerts beschreven aan de hand van de volgende kenmerken:

1. Zij kan niet worden gedefinieerd aan de hand van een verzameling criteria die noodzakelijke en afdoende voorwaarden uitmaken voor lidmaatschap.
2. Zij bezit een structuur van familiegelijkenissen.
3. Lidmaatschap van de categorie is gradueel; iets kan een meer of minder centraal lid van de categorie vormen (*centrality/typicality*).
4. De categorie is *fuzzy*, rafelig, onduidelijk aan de randen (*non-rigidity*).⁴⁸

Deze ontdekkingen hebben de 'klassieke' manier van denken over categoriseren niet overbodig gemaakt. Analyse van de diverse criteria of componenten waarin de lexicale betekenis van een begrip uiteenvalt, is nog steeds waardevol in het beschrijven en vergelijken van die begrippen. Dat zegt echter niet dat dit ook past bij de aard van die concepten.⁴⁹

Om het kort samen te vatten: in ons denken bestaan veel categorieën niet uit nette bakjes gebaseerd op een verzameling criteria. We categoriseren vaak op basis van een prototype, een idee van hoe een 'typische' vogel/hond/etc. eruitziet, en plaatsen nieuwe gevallen uit de werkelijkheid op een schaal van meer of minder centraal. De grenzen van die categorieën zijn vaak moeilijk te trekken.

4. Prototypiciteit van strafbepalingen

Ook voor strafbepalingen geldt dat zij in meer of mindere mate kenmerken vertonen van prototypiciteit.⁵⁰ Voor alle strafbepalingen geldt weliswaar dat zij uiteindelijk worden toegepast op basis van een alles-of-niets-redekening: de rechter kan oordelen dat een gedraging kwalificeert als diefstal, óf dat deze dat niet doet. Toch kan in uiteenlopende kwalificatieoordelen (bijvoorbeeld tussen OM en rechter, of tussen rechtbank, hof en Hoge Raad) worden waargenomen dat ook strafbepalingen als categorieën rafelranden kunnen hebben. Of en zo ja welke kenmerken van prototypiciteit herkenbaar zijn in een strafbepaling, is mede afhankelijk van de structuur ervan.

Sommige strafbepalingen, bijvoorbeeld art. 128 Sr, bevatten alleen een opsomming van bestanddelen. Deze strafbepalingen zijn opgesteld op een wijze die past bij de klassieke theorie over categoriseren, in die zin dat de strafbepaling noodzakelijke en – tenzij een kwalificatie-uitsluitingsgrond wordt toegepast – ook voldoende voorwaarden bevat voor een formeelrechtelijke kwalificatie van de gedraging. Dat is misschien ook niet verba-

40 Green 2000, p. 307-308.

41 E. Rosch, 'Principles of Categorization', in: E. Rosch en B.B. Lloyd (red.), *Cognition and Categorization*, Hillsdale, New Jersey: Lawrence Erlbaum 1978, p. 27-48.

42 Zeifert 2020 (Rethinking Hart), par. 4: 'a potential example of a category, an abstract, idealized member of a category, a cluster of attributes providing the highest cue validity, or as statistical functions of attributes'.

43 Rosch 1978, m.n. p. 36.

44 Geeraerts 2016, p. 8.

45 Solan 1995, p. 1075.

46 Geelhoed 2019, par. 3.

47 Geeraerts 2016, p. 5, onder verwijzing naar Posner.

48 Geeraerts 2016, p. 5-6.

49 Geeraerts 2016, p. 2-3.

50 Zie voor een vergelijkbare analyse, maar dan aan de hand van de principes *cognitive economy*, *family resemblance*, *central and non-central members* en *basic level categorization* Green 2000, p. 309-316.

zingwekkend, aangezien het vooruitzicht van bijvoorbeeld rafelranden weinig aantrekkelijk is, en begrijpelijk is dat met criteria wordt gezocht naar een zo helder mogelijke afbakening.⁵¹

Daarnaast zijn er delictsoomschrijvingen waarbij bepaalde onderdelen op uiteenlopende wijzen kunnen worden ingevuld. De strafbepaling bevat dan een of meer disjunctieve opsommingen, waardoor er niet één set noodzakelijke en afdoende criteria bestaat. In plaats daarvan hebben zij een structuur van familiegelekenissen. Een voorbeeld daarvan is art. 179 Sr, dat naast noodzakelijke bestanddelen ook twee disjunctieve opsommingen bevat: 1) door geweld / enige andere feitelijkheid / bedreiging met geweld een ambtenaar dwingen tot 2) het volvoeren van een ambtsverrichting / het nalaten van een rechtmatige ambtsverrichting.

Voor zowel de ‘klassiek’ opgestelde strafbepalingen als de strafbepalingen met een structuur van familiegelekenissen geldt dat de bestanddelen soms worden gevolgd door een overkoepelende wettelijke kwalificatie. Die bepalingen bevatten dus niet alleen de bestanddelen, maar ook het concept dat die bestanddelen tot uitdrukking brengen. Denk aan diefstal (art. 310 Sr) en oplichting (art. 326 Sr). Die wettelijke kwalificatie maakt deze strafbepalingen bij uitstek geschikt voor het toepassen van een kwalificatie-uitsluitingsgrond en dit type strafbepalingen staat daarom ook centraal in de volgende paragraaf.

Tot slot kan nog worden gewezen op artikel 300 Sr, dat uitsluitend de kwalificatie ‘mishandeling’ bevat, zonder daar uitleg aan te geven of criteria aan te verbinden. Hier kan het haast niet anders dan dat deze kwalificatie een afbakenende betekenis heeft, die wel wordt geconcretiseerd en daarmee ook nader afgebakend in de rechtspraak.⁵²

5. Prototypetheorie en typiciteit

De vraag is nu wat de implicaties zijn van de prototypetheorie voor de kwalificatie-uitsluitingsgronden. In deze paragraaf wordt gepoogd om met hulp van deze theorie te begrijpen hoe de typiciteit van de gedraging kan worden gebruikt ter afbakening van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in het geval dat de strafbepaling een materieelrechtelijke kwalificatie bevat.

De typiciteitsbenadering van de kwalificatiebeslissing geeft de rechter de opdracht om de toepassing van de strafbepaling te beperken tot het redelijke, tot datgene wat daar typisch onder hoort te worden geschaard, en om datgene wat slechts zeer perifeer tot de reikwijdte behoort of zich in het grijze gebied van de rafelranden bevindt, niet te kwalificeren als overtreding van die strafbaarstelling. Kenmerkend is dat niet alleen de

bestanddelen die diefstal omschrijven, maar het *concept* diefstal mede bepalend is voor de reikwijdte van de strafbaarstelling. De wettelijke kwalificatie, bijvoorbeeld ‘diefstal’, integreert dat achterliggende concept in de strafbepaling. Zeifert illustreert dit mooi met een analyse van het concept ‘rechterlijke autoriteit’ in het Kaderbesluit inzake het Europees Aanhoudingsbevel: dit wordt in diverse taalversies van het kaderbesluit op uiteenlopende wijze omschreven of vertaald, maar dat zijn slechts benaderingen van het achterliggende autonome concept.⁵³ Op eenzelfde wijze zouden de bestanddelen van een strafbepaling, bijvoorbeeld die van diefstal, kunnen worden gezien als een benadering van het achterliggende autonome concept ‘diefstal’.

Met de kwalificatie ‘diefstal’ worden derhalve ook de prototypische kenmerken van dat achterliggende concept, de categorie ‘diefstal’, geïntegreerd in de wet. Zo kan van diefstal worden gezegd dat er goede (centrale) voorbeelden denkbaar zijn (zoals een winkeldiefstal), maar ook minder goede voorbeelden (zoals het gebruikmaken van elektriciteit terwijl de verdachte de elektriciteitsmeter heeft gesaboteerd).⁵⁴ Dat derde kenmerk van prototypiciteit, dat van de meer en minder centrale leden van de categorie, is in de literatuur wel aangeduid met het begrip *typicality*.⁵⁵ Dit kenmerk is, meen ik, in de kern hetzelfde als wat Kelk en anderen hebben aangeduid als *Typizität*. Een kwalificatie-uitsluitingsgrond op basis van typiciteit houdt in deze termen in dat een intuïtieve plaatsing van een gedraging buiten of in de rafelranden van de categorie ‘diefstal’ aan categorisering van die gedraging als diefstal in de weg staat. Daarmee worden die rafelranden en ongelijke centraliteit van gedragingen als gegeven en zelfs als uitgangspunt aanvaard. De rechter moet bij de kwalificatiebeslissing op basis van typiciteit uitgaan van een totaaloordeel over de gedraging in het licht van de kwalificatie; dus weg van de bestanddelen en weg van de gangbare interpretatiemethoden.⁵⁶ Pompe schreef dit al in zijn noot bij het arrest Hohner Muziekinstrumenten, waar hij betoogde dat de aandacht niet moet worden gericht op de afzonderlijke bestanddelen, maar dat de vraag moet worden gesteld: ‘Is dit een geval van oplichting?’⁵⁷

De erkenning van ongelijke centraliteit maakt het mogelijk om op genuanceerde wijze te kijken naar de toepasselijkheid van een strafbepaling. De vraag of het achterliggende rechtsbelang met de gedraging is geschonden, kan met ja of nee worden beantwoord. Hoewel ook in de typiciteitsbenadering de rechter uiteindelijk niet ontkomt aan een bevestigend dan wel ontkennend antwoord op de vraag of de gedraging kan wor-

51 Green 2000, p. 311.

52 Pelsers 1995, p. 60-61.

53 M. Zeifert, ‘Prototype Theory in the Judicial Practice of the Court of Justice of the European Union. A Case Study’, *Comparative Legilinguistics* 2020, p. 44-119.

54 Zoals in het beroemde Elektriciteitsarrest, HR 23 mei 1921, ECLI:NL:HR:1921:186, NJ 1921, p. 564, m.nt. Taverne.

55 Zeifert 2020 (‘Prototype Theory’), p. 97.

56 Waarmee niet is gezegd dat de typiciteitsbenadering de enige benadering moet zijn, ze kan ook worden gezien als een aanvulling op de gangbare benaderingen. Zie hierover par. 6.

57 Pompe in zijn noot bij HR 21 februari 1938, ECLI:NL:HR:1938:99, NJ 1938/929 (Hohner muziekinstrumenten), punt 1.

den gekwalificeerd als een bepaald strafbaar feit, geeft de vraag of de gedraging een meer of minder centraal voorbeeld vormt van de categorie de mogelijkheid tot een genuanceerder antwoord. In een situatie van een daadse samenloop kan bijvoorbeeld de vraag worden gesteld van welke delictsomschrijving de gedraging het meest typische voorbeeld is. Dit vraagt dat het OM niet puur kijkt naar het zwaarst haalbare delict, dat wil zeggen de delictsomschrijving met de hoogste strafbedreiging, maar naar de meest passende delictsomschrijving. Dit vergt dus een andere manier van denken over primair-subsidiaire tenlasteleggingen, waarbij primair het meest passende, subsidiair een verderaf gelegen delict ten laste wordt gelegd.⁵⁸

De gedachten over het belang van *Typizität* voor de kwalificatiebeslissing gingen in de tijd aan de ontwikkeling van de prototypetheorie vooraf. In zoverre is die theorie niet 'nodig' om de typiciteitsbenadering te aanvaarden. De toegevoegde waarde van de prototypetheorie is dat zij laat zien dat de typiciteitsgedachte heel goed aansluit bij hoe mensen daadwerkelijk categoriseren. Daarmee geeft de theorie empirische steun aan de intuïties die aan die typiciteitsbenadering ten grondslag liggen.⁵⁹ Hiermee is nog geen antwoord gegeven op de vraag of de typiciteitsbenadering ook leidt tot voorzienbare uitkomsten en daarmee ook een wenselijke benadering is. Enerzijds kan aan het gegeven dat deze benadering aansluit bij hoe wij categoriseren de aanname worden ontleend dat deze ook werkbaar is. Relatief open jurisprudentiële eisen van bijvoorbeeld het EHRM aan rechterlijke interpretatie, zoals dat deze 'voorzienbaar' moet zijn en moet passen bij de *essence of the offence*,⁶⁰ bieden in het licht van het voorgaande wellicht meer zekerheid dan op het eerste gezicht zou worden vermoed. Zoals Geelhoed schrijft: 'Misschien leidt het juist tot meer rechtszekerheid wanneer kwalificatiebeslissingen worden genomen door op een erkend psychologisch mechanisme te vertrouwen, dan door geforceerd centraal te blijven stellen of de gedraging, hoe perifeer ook, voldoet aan de bestanddelen van de delictsomschrijving.'⁶¹ Anderzijds blijkt uit de prototypetheorie ook dat categorisering mede afhankelijk is van het subject. Dat achter de strafbepaling liggende 'concept' is een construct, niet een objectief kenbaar onderdeel van de werkelijkheid. De discussie of een gedraging die zich buiten het centrum van de categorie bevindt, nog net wel of net niet meer onder de reikwijdte van de strafbepaling valt, is hiermee natuurlijk geen verleden tijd. Of een intuïtieve categorisering dus ook daadwerkelijk tot gelijke en daarmee beter voorspelbare uitkomsten leidt, zou nader moeten worden onderzocht.

6. Besluit

In deze bijdrage is beargumenteerd dat de typiciteitsbenadering van kwalificatie-uitsluitingsgronden een aanvulling kan vormen op de rechtsbelangenbenadering. De typiciteitsbenadering sluit aan bij het eigen karakter van strafbepalingen en kan tot kwalificatie-uitsluiting leiden, ook wanneer het met de strafbepaling beschermde rechtsbelang wel geschonden is. De typiciteitsbenadering heeft daarom toegevoegde waarde ten opzichte van de rechtsbelangenbenadering in het ontlenen van rechtsbescherming aan de materieelrechtelijke kwalificatie.

Daarnaast is in deze bijdrage gepoogd de cognitieve theorie over categoriseren te verbinden aan de discussie over kwalificatie-uitsluitingsgronden. De gedachte is dat ondanks de schijnbare vaagheid van het concept typiciteit, dit goed aansluit bij de wijze waarop het proces van categoriseren zich nu eenmaal voltrekt. Op basis daarvan kan de aanname worden geformuleerd – die toetsing verdient – dat typiciteit kan bijdragen aan voorzienbare strafrechtelijke aansprakelijkstelling en daarmee aan het waarborgen van het legaliteitsbeginsel.

Naast de vraag hoe deze theoretische bespiegelingen zich verhouden tot de praktijk van alledag, liggen nog diverse vragen open. Zo is de vraag of en in welke mate strafbepalingen die alleen een 'klassieke' opsomming van bestanddelen bevatten zonder wettelijke kwalificatie, ook kenmerken vertonen van prototypiciteit. Formeel worden zij gedefinieerd aan de hand van noodzakelijke en afdoende criteria. Toch ligt het voor de hand om te verwachten dat ook wanneer gedragingen worden gekwalificeerd als overtreding van die bepalingen, dit geschiedt op basis van vergelijking met een prototype, met bijgevolg mogelijk uiteenlopende centraliteit en rafelige randen.

Daarnaast is een voor de hand liggende normatieve vraag in hoeverre typiciteit ook in uitbreidende zin een rol mag spelen in de uitleg van strafbepalingen. In deze bijdrage is slechts de rechtsbeschermende werking besproken. Net als het idee van rechtsbelangen kan het idee van typiciteit zowel aansprakelijkheid beperken als theoretisch constitueren. Daarbij kan het 'algemeen heersende beeld' van wat een bepaald delict inhoudt in de loop van de tijd veranderen. Een voorbeeld is de gewijzigde inhoud van het delict verkrachting: het verrichten van seksuele handelingen die met opzet tegen de wil van een ander ingaan, wordt inmiddels door velen gezien als verkrachting, ook als daarbij de tot op heden wettelijk vereiste dwang afwezig is. Een dergelijke verandering kan echter mijns inziens niet zonder wijziging in de delictsomschrijving de strafrechtelijke aansprakelijkheid uitbreiden.⁶² Typiciteit kan mijns inziens worden ingezet om de reikwijdte van de delictsomschrijving in te perken, in aanvulling op de bestanddelen, niet om

58 Ook dit betrof Kelk al in zijn betoog over *Typizität*. Zie Kelk 2013, p. 336-337.

59 Geeraerts noemt de prototypetheorie de eerste beschrijvende betekenistheorie waarin reeds bestaande *pretheoretical intuitions* over fuzziness etc. voldoende aandacht krijgen. Zie Geeraerts 2016, p. 4.

60 EHRM 22 november 1995, 20190/92 en 20166/92, NJ 1997/1, m.nt. G. Knigge (*SW en CR/Verenigd Koninkrijk*).

61 Geelhoed 2019, par. 4.5.

62 Die wijziging is dan ook voorgesteld in het Wetsvoorstel seksuele misdrijven.

deze uit te breiden in weerwil van de bestanddelen. De typiciteitsbenadering moet alles overziend niet worden gezien als een vervanging van de oriëntatie op bestanddelen en de met de strafbepaling beschermde rechtsbelangen. Maar wanneer een gedraging voldoet aan alle bestanddelen, deze het achterliggende rechtsbelang schendt, maar toch een zeer atypische invulling van het delict vormt, kan aan de typiciteit van dat delict een argument worden ontleend om de gedraging niet te categoriseren als dat strafbare feit.