



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Rechtelijke afbakeningsstrategieën in het licht van een regel- en rechtsconceptie van legaliteit

Bakker, S.R.; Esser, L.B.; Geelhoed, W.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; ...
; Voorde, J. ten

Citation

Bakker, S. R., Esser, L. B., & Geelhoed, W. (2021). Rechtelijke afbakeningsstrategieën in het licht van een regel- en rechtsconceptie van legaliteit. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 283-299). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464093>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464093>

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

RECHTERLIJKE AFBAKENINGSSTRATEGIEËN IN HET LICHT VAN EEN REGEL- EN RECHTENCONCEPTIE VAN LEGALITEIT

Sven Bakker, Luuk Esser en Pim Geelhoed

1 INLEIDING

Het omvangrijke oeuvre van de jubilarisse is te veelzijdig om dat met eenduidige kwalificaties te typeren, maar wij durven de stelling wel aan dat daarin toch steeds het zoeken naar de plaats van het strafrecht in een veranderende samenleving transparant wordt. Een van de verbijzonderingen van deze kwestie betreft de vraag naar de verhouding van de strafrechter tot de strafwetgever, een vraag die even klassiek als actueel is en zeker in deze tijd, waarin de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer prominenter is geworden, niets aan belang heeft ingeboet.

In hun bijdrage aan de afscheidsbundel van Melai – de promotor van de jubilarisse – signaleerden Schaffmeister en Heijder dat de wetgever doelbewust ruime delictomschrijvingen formuleert om deze ‘beter hanteerbaar te maken’ en om ‘verfijning van de regel aan de rechtspraak over te laten’.¹ De ruimte die de rechter zo wordt geboden, moet volgens deze auteurs op een terughoudende manier worden ingezet. Daartoe presenteren zij de methode van het ‘concretiseren’ van de wederrechtelijkheid in de delictomschrijving. Bij het interpreteren van de delictomschrijving moet volgens deze auteurs rekening worden gehouden ‘met de strekking van de norm, het concrete of ideële belang’. En: ‘Wat er moet gebeuren is, dat de bijzondere bestanddelen van delictomschrijving, gedraging en omstandigheden, al op zo’n manier worden uitgelegd dat daarin het beschermde belang volledig wordt weerspiegeld.’²

Deze uitspraak illustreert de binnen de democratische rechtsstaat altijd durende zoektocht naar evenwicht tussen wetgever en rechter. Enerzijds is er de ruimte die de wetgever bewust aan de rechter biedt, anderzijds leeft de rechter in het besef dat zijn vrijheid

1 D. Schaffmeister & A. Heijder, ‘Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht’, in: E. André de la Porte e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 443.

2 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 457.

geclausuleerd is, dat hij gebonden is aan de wet en aan het recht. Het is het verhaal van de openheid van de wet, de geslotenheid van het recht.³

De strafrechtspraktijk heeft in de periode tussen het verschijnen van de ‘Melai-bundel’ en het verschijnen van deze ‘Cleiren-bundel’ niet stilgestaan. Werd in 1983 al de ‘toename’ van het strafrecht geschetst, tegenwoordig heeft het strafrecht een hoge vlucht genomen.⁴ Bovendien geldt wat Schaffmeister en Heijder in 1983 vaststelden in 2020 onverkort: de wetgever gebruikt bij het formuleren van strafbepalingen vaak ruim geformuleerde begrippen, die automatisch een groot beroep doen op de rechter.⁵

Het is interessant om te bezien hoe de rechter tegenwoordig in deze context manoeuvreert. Zien wij het goed, dan neemt de rechter vaker de ruimte om delicten restrictief te interpreteren. Bovendien lijkt het erop alsof de Hoge Raad die restrictieve interpretatie niet alleen realiseert door interpretatie van in de delictomschrijving opgenomen bestanddelen, maar daarnaast ook gebruik maakt van meer atypische methoden.⁶ De tongzoen werd buiten de sfeer van artikel 242 Sr gebracht via de daaraan verbonden delictskwalificatie. Mishandeling is verder afgebakend door de wederrechtelijkheid als bestanddeel in te lezen en daarbij in feite de methode te gebruiken die door Schaffmeister en Heijder in 1983 werd voorgesteld. Bij delen van het delict ‘mensenhandel’ waren het niet de kwalificatie en de wederrechtelijkheid die soelaas boden, maar nam de Hoge Raad zijn toevlucht tot het inlezen van een compleet nieuw bestanddeel.

In de praktijk is het gebruik van deze methoden steeds bedoeld om (te) ruim geformuleerde strafbaarstellingen verder af te bakenen. Het gaat kort gezegd om methoden die *dezelfde* doelen dienen met gebruikmaking van *andere* middelen. Daarom is het van belang om de vraag te stellen wanneer er ruimte is om de een of de andere methode toe te passen.

3 Het behoeft geen toelichting dat wij hier verwijzen naar de oratie van onze promotor, die zij uitsprak bij de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar in het straf- en strafprocesrecht aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam, op 18 juni 1992. C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht. Een onderzoek naar de betekenis van artikel 1 Sv voor onze huidige strafrechtspleging* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

4 Zie ook J.M. ten Voorde, ‘Het Wetboek van Strafrecht ter discussie’, in: B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer & J.M. ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 21-43. Ten Voorde constateert dat veruit de meeste, sinds 1886 gewijzigde bepalingen in het Wetboek van Strafrecht na 1990 werden doorgevoerd. Het gaat daarbij zowel om het algemeen als bijzonder deel. Zie ook J.H. Crijns, ‘Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaisch desideratum?’, *AA* 2012(1), p. 11-18.

5 Zie bijvoorbeeld M.J. Borgers, ‘Op het bord van de rechter’, *DD* 2015(9), p. 673-687 en Y. Buruma, ‘Strafrechtelijke rechtsvorming’, *Strafblad* 2013(1), p. 6-13.

6 Onder een typische rechtsvindingsmethode verstaan wij dan het interpreteren van bestanddelen van de delictomschrijving, een rechterlijke beslissing die niet alleen een restrictieve, maar ook een extensieve uitkomst kan hebben. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 99-106; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands Strafrecht* (bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 907-911.

In deze bijdrage leggen wij deze atypische rechtsvindingsmethoden onder de loep. Wat houden deze methoden in en wanneer gebruikt de rechter ze? We bespreken eerst het gebruik van een buitenwettelijke kwalificatie-uitsluitingsgrond (par. 2). Daarna komt het inlezen van de wederrechtelijkheid in de delictsomschrijving aan de orde (par. 3). De laatste door ons besproken methode betreft het inlezen van een aanvullend bestanddeel in de delictsomschrijving (par. 4). Vervolgens bespreken we hoe deze methoden zich tot elkaar verhouden, of uit de rechtspraak van de Hoge Raad een voorkeur voor de ene of de andere methode valt af te leiden, en welke gezichtspunten een rol kunnen spelen bij een keuze voor een specifieke methode (par. 5). Daarna komt aan de orde hoe deze nieuwe methoden moeten worden gewaardeerd (par. 6). In de geest van het werk van de jubilaresse wordt deze vraag nadrukkelijk in de sleutel van het legaliteitsbeginsel geplaatst. Tot besluit volgen enkele reflecties (par. 7).

2 AFBAKENING VIA DE BUITENWETTELIJKE KWALIFICATIE-UITSLUITINGSGROND

Kwalificatie-uitsluitingsgronden worden behandeld bij de tweede materiële vraag van artikel 350 Sv en raken daarmee aan de kwestie of het bewezenverklaarde een gedraging oplevert die door de wetgever is strafbaar gesteld.⁷ De strafrechter heeft in diverse zaken voor de vraag gestaan hoe om te gaan met een bewezenverklaarde gedraging die naar de letter onder een wettelijke delictsomschrijving valt, maar waarbij geen sprake lijkt te zijn van concrete strafwaardigheid. In enkele casus heeft de Hoge Raad overwogen dat het bewezenverklaarde in een moeizame verhouding staat tot de ‘delictsinhoud’. Dit heeft hij bijvoorbeeld gedaan bij verkrachting, bezit van kinderpornografisch materiaal en witwassen. Door te oordelen dat de bewezenverklaarde gedraging buiten het bereik van de delictsomschrijving valt, wordt bijgedragen aan een ‘redelijke wetsuitleg’,⁸ ‘redelijke wetstoepassing’⁹ of ‘*fair labelling*’.¹⁰

In 2013 is de Hoge Raad teruggekomen op een arrest uit 1998 waarin hij nog overwoog dat een gedwongen tongzoen onder het bereik van artikel 242 Sr valt.¹¹ De Hoge Raad achtte het niet langer passend om een gedwongen tongzoen als verkrachting te kwalificeren.¹² Hij overwoog daarbij:

7 C.M. Pelser, *De naam van het feit. Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 4.

8 HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6712, NJ 2006/612, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 8.4.

9 Corstens, Borgers & Kooijmans 2018, p. 910.

10 M.J.A. Duker, ‘Het Tongzoen-arrest en het labelen van strafbaar gedrag’, AA 2013(11), p. 827-832.

11 HR 21 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1026, NJ 1998/781, m.nt. J. de Hullu.

12 HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, NJ 2013/437, m.nt. N. Keijzer; N. Rozemond, ‘Tongzoen’, AA 2013(11), p. 839-845; Duker 2013, p. 827-832.

‘dat de eisen van rechtszekerheid niet eraan in de weg staan dat, hoewel een tongzoen op zichzelf wel het binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking oplevert, deze 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, zodat een afgedwongen tongzoen voortaan niet meer als “verkrachting” in de zin van artikel 242 Sr kan worden gekwalificeerd.’¹³

Op deze manier heeft de Hoge Raad de juridische kwalificatie beter laten aansluiten op het algemene spraakgebruik.

Ook ten aanzien van kinderpornografie (artikel 240b Sr) heeft de Hoge Raad een kwalificatie-uitsluitingsgrond erkend. Het versturen of in bezit hebben van naaktfoto’s door of van een minderjarige met instemming van de afgebeelde persoon en zonder gevaar voor verdere verspreiding, valt onder omstandigheden niet onder het bereik van de kinderpornografiebepaling.¹⁴ De Hoge Raad overweegt in zijn arrest uit 2016 dat de bepaling te ruim is geredigeerd: ook als aan alle bestanddelen van de bepaling is voldaan, moet in sommige gevallen, die niet voor niets zelfs uitdrukkelijk worden genoemd in de wetgeschiedenis, een ontkennend antwoord gegeven worden op de vraag of het gedrag van de verdachte van dien aard is dat het moet worden gekwalificeerd als het in die bepaling tegen de zeden strafbaar gestelde feit, en dient verdachte te worden ontslagen van alle rechtsvervolging.¹⁵ Met het in het leven roepen van deze kwalificatie-uitsluitingsgrond heeft de Hoge Raad een ingang geboden aan de feitenrechter om experimenteelgedrag van jongeren te beoordelen in het licht van een te ruim geredigeerde strafbaarstelling. Daarnaast heeft de Hoge Raad impliciet een nuancering aangebracht op de zinsnede ‘en zo ja, welk strafbaar feit het bewezen verklaarde volgens de *wet* oplevert’ [onze cursivering] van artikel 350 Sv, door de wetgeschiedenis¹⁶ daarin een plek te geven.¹⁷

Een meer praktische (en ook wetssystematische) grondslag voor het in het leven roepen van een kwalificatie-uitsluitingsgrond is zichtbaar in de rechtspraak over heling en witwassen, waarbij de handeling bestaat uit het verwerven en/of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit eigen misdrijf.¹⁸ Indachtig de ratio van artikel 416

13 HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2653, NJ 2013/437, m.nt. N. Keijzer, r.o. 2.7.

14 HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, NJ 2016/257, m.nt. N. Rozemond.

15 HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, NJ 2016/257, m.nt. N. Rozemond, r.o. 2.6.2.

16 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2000/01, 27745, nr. 3, p. 5-6 en *Kamerstukken II* 2000/01, 27745, nr. 6, p. 15-16.

17 Zie ook de annotatie van J.M. ten Voorde onder HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, *SR-Updates* 2016-0078.

18 Zie o.a. HR 5 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6712, NJ 2006/612, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 8.4; HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4440, NJ 2010/665, m.nt. N. Keijzer.

Sr¹⁹ is heling een begunstigingsdelict: een heler is een begunstiger van de diefstal door een derde.²⁰ Voor de artikelen 420bis en 420quater Sr geldt deze ‘heler-steler-regel’ niet, maar de reikwijdte van de strafbaarstelling van (schuld)witwassen is wel beperkt. Als de verdachte een onmiddellijk uit eigen misdrijf afkomstig voorwerp heeft verworven of voorhanden heeft gehad, moet uit de motivering van het oordeel dat sprake is van (schuld)witwassen, kunnen worden afgeleid dat de gedragingen van de verdachte gericht waren op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van het voorwerp; als dat niet blijkt, kan het feit niet als (schuld)witwassen worden gekwalificeerd en zal de verdachte moeten worden ontslagen van alle rechtsvervolging.²¹ Toepassing van een kwalificatieuitsluitingsgrond moet ertoe leiden dat het grondmisdrijf daadwerkelijk centraal staat in de strafrechtelijke vervolging, tot het voorkomen van onnodige dubbele bestraffing, alsmede tot een zuivere toepassing van het strafrecht in het licht van het beschermde rechtsbelang.²²

3 AFBAKENING VIA HET INLEZEN VAN DE WEDERRECHTELIJKHEID

Een tweede atypische afbakeningmethode betreft het inlezen van de wederrechtelijkheid in een delictsomschrijving, wat het geval is bij eenvoudige mishandeling. De rol van de wederrechtelijkheid bij dit delict was lange tijd onduidelijk. Het oorspronkelijk regeringsontwerp omschreef mishandeling als ‘het opzettelijk toebrengen van lichamelijk leed aan een ander en het opzettelijk benadelen van eens anders gezondheid’.²³ In de parlementaire behandeling rees het bezwaar dat medische handelingen, ouderlijke tuchtiging en dergelijke niet onder de reikwijdte van de delictsomschrijving zouden moeten vallen. De delictsomschrijving werd in ‘mishandeling’ gewijzigd, zodat maatschappelijk geaccepteerde gedra-

19 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen enz. Derde deel. Bijgevoerd en gerangschikt door Mr. H.J. Smidt* (herzien en aangevuld met de wijzigingen, door Mr. J.W. Smidt), Haarlem: Tjeenk Willink 1892, p. 253.

20 Zie bijvoorbeeld al HR 5 december 1927, NJ 1928, p. 5, maar ook HR 27 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9814, NJ 1995/65 en (recenter) HR 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:652, NJ 2017/278, m.nt. T. Kooijmans; zie ook: C. Kelk, ‘Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving’, in: M.S. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J.W. Ouwkerk (red.), *Roosachtig strafrecht. Liber amicorum Theo de Roos*, Deventer: Kluwer 2013, p. 338.

21 Zie (de annotatie onder) HR 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:652, NbSr 2017/180, m.nt. S.R. Bakker; de wetgever heeft hierop ‘gereageerd’ door een nieuw strafbaar feit in het leven te roepen, waarvoor de kwalificatie-uitsluitingsgrond niet kan gelden: eenvoudig (schuld)witwassen (*Stb.* 2016, 313). Met invoering van de artikelen 420bis.1 en 420quater.1 Sr wordt voorkomen dat het verwerven of voorhanden hebben van onmiddellijk uit eigen misdrijf verkregen voorwerpen, in het geval het om een door de dader zelf gepleegd misdrijf gaat, straffeloos blijft.

22 Mul, in: T&C Strafrecht, art. 420bis, aant. 5 beschrijft dit beschermde rechtsbelang als: ‘de integriteit van het financiële en economische verkeer door tegen te gaan dat opbrengsten van misdrijven aan het zicht van justitie worden onttrokken en daaraan een schijnbaar legale herkomst wordt verschaft.’

23 Daarover Noyon/Langemeijer/Remmeling, art. 300 Sr, aant. 1.

gingen geen mishandeling opleveren: ‘Wie zijn kind kastijdt of, als chirurgijn, iemand eene operatie doet ondergaan, veroorzaakt opzettelijk leed, maar wordt, daar leed daarbij geen doel, maar middel is voor een rationeel doel, niet gezegd te mishandelen.’²⁴

De mogelijkheid bleef echter bestaan dat, ondanks de wijziging van de tekst in ‘mishandeling’, de delictsomschrijving niet de wederrechtelijkheid omvatte, maar dat in exceptionele situaties een bijzondere, ongeschreven rechtvaardigingsgrond voor straffeloosheid moest zorgen.²⁵ Op die lijn zaten bijvoorbeeld Van Bemmelen en Van Hattum.²⁶ In R Emmelinks optiek is deze benadering procedureel onvermijdelijk: een verweer dat ziet op de goorloofdhed van het handelen weerspreekt de kwalificatie ‘mishandeling’ niet, want omdat die term onvoldoende feitelijk is, wordt hij niet in die vorm tenlastegelegd.²⁷ Noyon/Langemeijer/R Emmelink zien echter in de wijziging van de tekst een duidelijke wil van de wetgever om de wederrechtelijkheid in de delictsomschrijving te vervatten.²⁸

De Hoge Raad is lange tijd weinig duidelijk geweest over deze kwestie. Soms werd een restrictieve interpretatie bereikt via een uitleg van het opzet, waarbij een soort doelgerichtheidsvereiste werd ingelezen, hetgeen gebaseerd werd op de wetsgeschiedenis waarin het toegebrachte leed als middel en niet als doel wordt gekwalificeerd.²⁹ Uiteindelijk heeft de Hoge Raad zich in 2011 uitgesproken in een zaak waarin de verdachte zijn zoontjes had laten besnijden zonder toestemming van hun moeder, die het gezag over de kinderen uitoefende.³⁰ Het hof sprak de verdachte vrij, om de reden dat besnijdenis – mits oordeelkundig uitgevoerd – als zodanig geen mishandeling kan opleveren. Het hof vond dat het ontbreken van toestemming van de moeder niet ter zake deed. Daarmee heeft het hof volgens de Hoge Raad echter een onjuiste betekenis gegeven aan het begrip ‘mishandeling’ in artikel 300 en 301 Sr, dat uitgelegd dient te worden als ‘het aan een ander toebrengen van lichamelijk letsel of pijn zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat’.³¹ De Hoge Raad zegt

24 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagen enz. Tweede deel. Bijgebrachte en gerangschikt door Mr. H.J. Smidt* (herzien en aangevuld met de wijzigingen, door Mr. J.W. Smidt), Haarlem: Tjeenk Willink 1891, p. 477.

25 Noyon/Langemeijer/R Emmelink, art. 300 Sr, aant. 1.

26 J.M. van Bemmelen & W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht. Deel II: bijzondere delicten*, ‘s-Gravenhage: Martinus Nijhoff / Arnhem: Gouda Quint/Brouwer 1954, p. 226.

27 J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa’s Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 360-361.

28 Noyon/Langemeijer/R Emmelink, art. 300 Sr, aant. 1.

29 Zie bijvoorbeeld HR 26 oktober 1908, W. 8759. Kritisch daarover W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1959, p. 111-112.

30 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, NJ 2011/466, m.nt. N. Keijzer.

31 Later voegde de Hoge Raad aan die omschrijving toe dat niet alleen het toebrengen van pijn of letsel mishandeling kan opleveren, maar ook het bij een ander teweegbrengen van een min of meer hevige onlust veroorzakende gewaarwording in of aan het lichaam: HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2677, NJ 2014/402; HR 3 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:197, NJ 2015/99. Dit is in lijn met eerdere jurisprudentie: HR 11 februari 1929, NJ 1929, p. 503.

daarmee nog niet met zoveel woorden dat de wederrechtelijkheid bestanddeel is geworden van de delictsomschrijving. Na terugwijzing kwam het hof tot de conclusie dat ‘de verdachte opzettelijk wederrechtelijk heeft gehandeld en dat geen rechtvaardigingsgrond bestaat’. Dat arrest, waarin wat nadrukkelijker de wederrechtelijkheid als bestanddeel erkend lijkt te worden, wordt door de Hoge Raad in stand gelaten.³² De vaststellingen van het hof dat de verdachte niet het gezag over zijn kinderen had en zijn zoons welbewust had laten besnijden zonder toestemming van hun moeder, dragen volgens de Hoge Raad zelfstandig het oordeel dat de verdachte wederrechtelijk heeft gehandeld:

‘Het Hof heeft daarom zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting en toereikend gemotiveerd geoordeeld dat sprake is geweest van mishandeling, waarbij het Hof de juistheid van het beroep op een van oudsher aanvaard karakter van jongensbesnijdenis in het midden heeft kunnen laten.’

Omdat de vaststelling van de wederrechtelijkheid de verwerping van een eventuele rechtvaardigingsgrond impliceert, is het na het vaststellen van het ontbreken van toestemming niet meer nodig om de geoorlooftheid van het handelen te onderzoeken.³³ Het al dan niet aanvaard zijn van jongensbesnijdenis wordt in feite op dezelfde voet behandeld als het al dan niet ontbreken van toestemming, en als daaruit een oordeel volgt dat de verdachte wederrechtelijk heeft gehandeld, dan is blijkbaar het beroep op een rechtvaardigingsgrond verworpen.

Door deze rechtspraak is bij het delict mishandeling wederrechtelijkheid geen element, maar bestanddeel.³⁴ Daardoor is de reikwijdte van het delict verkleind: niet alleen erkende rechtvaardigingsgronden leiden tot een ontslag van rechtsvervolging, maar de wederrechtelijkheid moet in positieve zin worden vastgesteld, en daar kunnen ook voorheen niet-erkende gezichtspunten bij meespelen. Het interessante is dat dit de enige Nederlandse delictsomschrijving is waarbij de wederrechtelijkheid niet expliciet is opgenomen, maar door middel van rechterlijke interpretatie toch op bestanddeelniveau is erkend. Als gevolg hiervan verandert ook de rol van de verschillende ongeschreven excepties bij het delict mishandeling: de sport- en spelsituatie, de medische exceptie, de eenvoudige toestemming, enzovoorts. De recente rechtspraak vereist in wezen een totaaloordeel met betrekking tot de wederrechtelijkheid, wat de structuur van het delict vereenvoudigt en meer ruimte laat voor casuïstische rechtsvinding:³⁵ het gaat er minder om of een erkende categorie van

32 HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3538, *NJB* 2015/11.

33 Zie ook P.C. Quak, ‘Noodweer bij eenvoudige mishandeling: vrijspraak of OVAR?’, *NTS* 2020(1), p. 37-39.

34 J.S. Nan, ‘Ingeblikte wederrechtelijkheid bij mishandeling’, *TPWS* 2014(3), p. 52-54.

35 Wellicht ook voor toekomstige rechtsvorming met betrekking tot de geoorlooftheid van jongensbesnijdenis – zie M.A.P. Timmerman, ‘Religieuze jongensbesnijdenis als mishandeling. De benadering van de Hoge Raad versus het oordeel van het Keulse Landgericht’, *Strafblad* 2012(6), p. 474-483.

rechtvaardigingsgronden van toepassing is en meer om een omvattende beoordeling van de verrichte handelingen en de normatieve (maatschappelijke) context waarin die plaatsvonden.³⁶ Daarbij kunnen uiteraard de bekende gezichtspunten van de beroepsuitoefening, de sport- en spelsituatie en dergelijke een plaats krijgen, maar wel in een andere rol.

4 AFBAKENING VIA DE TECHNIEK VAN HET INLEZEN VAN EEN BESTANDDEEL

De derde hier te bespreken rechterlijke strategie betreft die van het ‘inlezen’ van een geheel nieuw bestanddeel in de wettelijke delictsomschrijving. Het is onjuist om hier te spreken in termen van een algemeen toegepaste strategie. Zien wij het goed, dan heeft de Hoge Raad slechts in het geval van de strafbaarstelling van mensenhandel, opgenomen in artikel 273f Sr, van deze techniek gebruikgemaakt. Bovendien geldt dat de Hoge Raad zich pas vrij recent, in 2015, voor het eerst van deze strategie heeft bediend.³⁷

De mensenhandelbepaling bestaat uit negen verschillende delictsomschrijvingen, die van de wetgever desondanks dezelfde kwalificatie hebben meegekregen (‘mensenhandel’). In de arresten waarin de Hoge Raad de techniek van het inlezen van het uitbuitingsbestanddeel toepast, lag in cassatie telkens de vraag voor of op zichzelf onder de wettelijke delictsomschrijving te brengen gedragingen niet daarbuiten zouden moeten vallen.³⁸ De Hoge Raad heeft deze vraag bevestigend beantwoord ten aanzien van de delictsomschrijvingen die zijn neergelegd in de subleden 3, 4 en 9 van artikel 273f, eerste lid, Sr.³⁹ De wettelijke omschrijvingen lijken alle, zo is ook in de literatuur wel betoogd, ruimte open te houden voor de subsumptie van gedragingen waarvan het ‘ware’ mensenhandeldarakter kan worden betwijfeld.⁴⁰ Als voorbeeld kan dienen de strafbaarstelling van degene die, zakelijk gezegd, een ander vanuit het buitenland aanwerft, medeneemt of ontvoert naar Nederland met het oogmerk om die persoon alhier in de prostitutie te werk te stellen (vgl. artikel 273f, eerste lid, sub 3, Sr).⁴¹ Deze delictsomschrijving is in zulke ruime bewoordingen

36 S. Wahedi, ‘De wederrechtelijkheid van jongensbesnijdenis. Een ethische uitdaging voor het strafrecht?’, *NJB* 2012(44/45), p. 3097-3105.

37 In HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309, *NJ* 2016/313, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen en HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, *NJ* 2016/315, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

38 Zie over deze arresten uitgebreid L.B. Esser, ‘Mensenhandel, uitbuiting en de Hoge Raad: een overzicht en waardering’, *NTS* 2020(1), p. 27-36.

39 Naast de eerder aangehaalde HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3309, *NJ* 2016/313, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen en HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, *NJ* 2016/315, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen, betreft het hier tevens HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:857, *NJ* 2016/314, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen en HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1941, *NJ* 2019/272, m.nt. N. Rozemond.

40 Zie bijvoorbeeld kritisch P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Mensenhandel?’, *DD* 2017(6), p. 397-411 en S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitbuiting in Nederland. Een toetsing op basis van internationale en Europese mensenrechten, anti-mensenhandelregelgeving en de grondslagen van het strafrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

41 Omwille van de leesbaarheid is de strafbare gedraging hier vereenvoudigd weergegeven.

gesteld dat dit aanwerven of medenemen ook strafbaar kan zijn indien de betreffende persoon zelf daarmee instemt. In het verleden leidde dat onder meer tot veroordelingen voor taxichauffeurs die prostituees van Nederland naar een werkadres net over de grens in Duitsland hadden vervoerd.⁴² Dit gaat de Hoge Raad te ver. In het arrest waarin hij tot het inlezen van het bestanddeel ‘uitbuiting’ komt, overweegt hij:

‘Mede gelet op de wetsgeschiedenis en in aanmerking genomen dat handelen in strijd met art. 273f, eerste lid aanhef en onder 3^o, Sr wordt gekwalificeerd als “mensenhandel” en wordt bedreigd met een gevangenisstraf van acht jaren, moet worden aangenomen dat de in het derde onderdeel omschreven gedragingen alleen strafbaar zijn als zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld [...]. Dit brengt mee dat die gedragingen eerst dan als “mensenhandel” kunnen worden bestraft indien uit de bewijsvoering volgt dat voldaan is aan voormelde voorwaarde dat zij zijn begaan onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld. “Uitbuiting” moet worden aangemerkt als een impliciet bestanddeel van art. 273f, eerste lid aanhef en onder 3^o, Sr [...].’⁴³

Uit het arrest valt op te maken dat het inlezen van het bestanddeel ‘uitbuiting’ wordt voorafgegaan door verschillende tussenstappen. Ten eerste citeert de Hoge Raad in enkele, hierboven *niet* opgenomen overwegingen uitgebreide passages uit de memorie van toelichting bij artikel 273a (oud) Sr.⁴⁴ Opvallend aan de door de Hoge Raad geselecteerde overwegingen is dat daarin vooral de samenhang tussen de begrippen ‘mensenhandel’ en ‘uitbuiting’ wordt benadrukt.⁴⁵ Het lijkt dit deel van de wetsgeschiedenis te zijn dat de Hoge Raad in de eerste zin van zijn hierboven opgenomen overwegingen voor ogen staat. Ten tweede en derde spelen ook de delictskwalificatie en de strafbedreiging een rol. Hoe precies uit die wettelijke kwalificatie kan worden opgemaakt waarom de gedraging in sublid 3 uitsluitend strafbaar is als zij begaan is onder omstandigheden waarbij uitbuiting kan worden verondersteld, wordt uit het arrest niet duidelijk. Mogelijke redenen zijn de eerdergenoemde samenhang met het begrip ‘uitbuiting’ of de zwaarte van de kwalificatie. Op het laatste wijst ook het noemen van de strafbedreiging: een systematisch argument waarmee de Hoge Raad lijkt uit te drukken dat alleen het bewijs van de wettelijke bestanddelen geen gedraging

42 S.E. van den Brink, ‘De ratio en reikwijdte van artikel 273f lid 1 sub 3 Sr’, *TPWS* 2013(1), p. 2-5.

43 HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:857, *NJ* 2016/314, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

44 In werking getreden op 1 januari 2005 en al snel daarna – in 2006 – vernummerd tot artikel 273f Sr.

45 Esser is kritisch over de selectie die de Hoge Raad maakt van passages uit de memorie van toelichting. Zie daarover L.B. Esser, *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, §5.4 en §5.5.

oplevert die ernstig genoeg is om de kwalificatie van mensenhandel te rechtvaardigen noch een strafbedreiging van maximaal acht jaar.⁴⁶

Het inlezen van een bestanddeel mag dan op zichzelf atypisch heten, de wijze waarop de Hoge Raad daartoe komt, is dat niet. Hierboven is te zien dat gebruikelijke interpretatiemethoden worden gehanteerd (in casu de wetshistorische en wetssystematische). Alleen het resultaat is anders: die methoden worden niet gehanteerd om de betekenis van een bestanddeel in te kleuren, maar om argumenten te vinden om een extra bestanddeel in te lezen.

Wat uit het voorgaande kan worden opgemaakt, is dat de Hoge Raad duidelijk de opvatting is toegedaan dat de betreffende delictsomschrijvingen te ruim zijn geformuleerd. Bovendien bieden de omschrijvingen de Hoge Raad onvoldoende aanknopingspunten om het delict verder af te bakenen. Kennelijk zijn de daarin neergelegde bestanddelen zodanig geformuleerd dat een afbakening via de gebruikelijke interpretatiemethoden niet goed mogelijk is. Het is een belangrijk punt, want daarmee is meteen gezegd dat de al genoemde methode van Schaffmeister en Heijder op deze plek geen soelaas biedt. De tekst van de wet reikt nu eenmaal geen aanknopingspunt aan via welke de wederrechtelijkheid nader kan worden geconcretiseerd.⁴⁷ Een belangrijk, hieruit voortvloeiend inzicht, is dat de tekst van de betreffende delictsomschrijvingen kennelijk de strafwaardigheid of wederrechtelijkheid van de daarin besloten liggende gedragingen onvoldoende uitdrukt en bovendien geen termen bevat waarmee die wederrechtelijkheid alsnog door de rechter het delict kan worden binnengebracht.

5 OVERWEGINGEN OVER DEZE DRIE AFBAKENINGSSTRATEGIEËN

De hierboven besproken rechtsvindingsmethoden zorgen elk op een eigen wijze voor een restrictieve benadering bij (te) ruim uitvallende delictsomschrijvingen. Ze lijken gemeenschappelijk te hebben dat ze de rechter een mogelijkheid bieden om de in het geding zijnde gedraging kritisch te kunnen toetsen aan de essentie, of *Typizität*, van het delict. Pompe, die zich als een van de eersten kritisch opstelde tegen het enkele toetsen aan afzonderlijke bestanddelen door de strafrechter, zonder dat deze aandacht leek te besteden aan de kwalificatie van het delict als geheel, schreef al: ‘Het geheel is meer dan de som van de deelen.’⁴⁸

46 Inmiddels is de maximum gevangenisstraf voor ongekwalificeerde mensenhandel twaalf jaar gevangenisstraf.

47 In dit kader zij opgemerkt dat Schaffmeister en Heijder hun methode van het concretiseren van de wederrechtelijkheid in de delictsomschrijving nadrukkelijk verkiezen boven de afbakening van delicten via de leer van de materiële wederrechtelijkheid, juist vanwege het feit dat hun concretiseringsmethode de rechter aan de bewoordingen van de wettekst bindt. Vgl. Schaffmeister & Heijder 1983, p. 474.

48 Zie zijn annotatie onder HR 21 februari 1938, ECLI:NL:HR:1938:99, NJ 1938/929 (*Hohner muziekinstrumenten*).

Om een ‘overschatting van de wettekst’ en een ‘onderschatting van de *ratio legis*’⁴⁹ van het delict te voorkomen kan de *Typizität* dienstdoen als toets ter afbakening van de delictsom-schrijving. Indien de bestanddelen van de betreffende delictsom-schrijving weliswaar zijn vervuld, maar de delictskwalificatie geen recht doet aan het type gedraging waar de delictsom-schrijving betrekking op heeft, kan aandacht voor het ‘typische’ van het delict leiden tot de hiervoor genoemde redelijke wetstoepassing.⁵⁰

De hiervoor besproken methoden hebben hetzelfde doel, maar bereiken dat op een andere manier. De vraag rijst hoe deze methoden zich tot elkaar verhouden en of er criteria bestaan op basis waarvan we daartussen kunnen kiezen. In eerste instantie verdient opmerking dat de Hoge Raad die criteria niet zelf verschaft. Afgaande op de rechtspraak die hierboven aan de orde kwam, is er geen stappenplan voor de keuze voor een van de methoden. Dat past vermoedelijk ook niet bij de uiteenlopende aard van de interpretatieproblemen waarvoor ons hoogste rechtscollege zich gesteld ziet en de variatie in de formulering van delictsom-schrijvingen. Ook kent de Nederlandse (straf)rechtscultuur van oudsher op het punt van de interpretatie veel vrijheid; er bestaat niet zoiets als een vaste set aan interpretatieregels die de rechter moet volgen als hij de betekenis van normen verder preciseert. Bovendien ontbreekt een ‘duidelijke, vaststaande rangorde’ van interpretatiemethoden.⁵¹

Niettemin zijn op basis van de behandeling hierboven wel enige aanknopingspunten aan te reiken. In eerste instantie lijkt het toepassen van de kwalificatie-uitsluitingsgrond voorbehouden aan gevallen waarin een delict zich op niet al te complexe wijze laat afbakenen, bijvoorbeeld omdat uit de wetsgeschiedenis evident blijkt dat de wetgever gedrag dat wel onder de delictsom-schrijving valt niet strafbaar acht. Hiervan was bijvoorbeeld sprake bij de delictsom-schrijving bij kinderpornografie (artikel 240b Sr). Toepassing van de kwalificatie-uitsluitingsgrond lijkt bovendien geen optie in het geval dat door een *wettelijke* kwalificatie meerdere delictsom-schrijvingen worden bestreken. Had de Hoge Raad een van de negen gedragingen uit artikel 273f Sr over de band van de delictskwalificatie afge-

49 Zie zijn annotatie onder HR 14 oktober 1940, ECLI:NL:PHR:1940:BG9448, NJ 1941/87 (*Gevangenisvoedsele*).

50 Zie over de potentie van de *Typizität* voor de vaststelling van strafwaardigheid en strafbaarheid o.a. Kelk 2013, p. 338; V.E. van de Wetering, S.A. Eckhardt & S.R. Bakker, ‘De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van strafwaardigheid van gedrag’, *DD* 2018(2), p. 138-167 en V.E. van de Wetering, P.A.M. Mevis & A. van der Heide, ‘De grens tussen strafbare euthanasie en medische palliatieve sedatie; over de ‘Typizität’ van levensbeëindigend handelen’, *RMThemis* 2019(6), p. 233-246.

51 Aldus De Hullu 2018, p. 103. Zie ook C.P.M. Cleiren, ‘Het legaliteitsbeginsel’, in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos & M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 295. Mevis merkt over rechtsvinding op, vooral in maatschappelijk gevoelige zaken, dat er weinig is dat de Hoge Raad ‘(...) stuurt en weinig bekend [is] over hoe hij zichzelf stuurt’. Zie P.A.M. Mevis, ‘Over begraven, kraken en euthanasie: rechtsvinding in maatschappelijk gevoelige zaken’, in: G. Knigge e.a. (red.), *Gehoord de Procureur-Generaal. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.W. Fokkens ter gelegenheid van zijn afscheid als Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 218.

bakend, dan had het vanuit systematische optiek voor de hand gelegen als die kwalificatie vervolgens eenzelfde rol had gespeeld bij de afbakening van de andere gedragingen; elk van die subleden is in artikel 273f Sr immers van de kwalificatie ‘mensenhandel’ voorzien. Het is de vraag of de beslissing ten aanzien van één sublid zulke verstrekkende gevolgen mag hebben, nog daargelaten dat in zo’n situatie ook al snel de grenzen van het cassatieberoep in zicht komen.

Het toepassen van een kwalificatie-uitsluitingsgrond lijkt bovendien voornamelijk een optie indien aan het delict een wettelijke kwalificatie is gegeven. Het voordeel daarvan is dat de rechter alsnog aansluiting kan zoeken bij wettelijke, door de wetgever aangereikte termen, wat het democratisch en rechtsstatelijk gehalte van deze rechtsvindingsmethode ten goede komt. Dat de uitsluitingsgrond alleen in gevallen waarin sprake is van een wettelijke delictskwalificatie wordt toegepast, is echter niet zo: artikel 240b Sr ontbeert zo’n kwalificatie immers.

Een ander kenmerk van de kwalificatie-uitsluitingsgrond lijkt te zijn dat deze slechts wordt toegepast in uitzonderingssituaties. Zo meent Van Kempen dat voor excepties, waaronder hij ook de kwalificatie-uitsluitingsgrond rekent, eerst plaats is als ‘[...] een strafbaarstelling in zijn algemeenheid correct werkt en alleen in specifieke situaties ten onrechte tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden.’⁵² Als voorbeeld noemt hij de opbrengst uit eigen misdrijf bij witwassen. Bij het misdrijf mensenhandel acht hij het inlezen van een bestanddeel verkieslijk nu het bij ‘uitbuiting’, zo begrijpt Van Kempen de Hoge Raad, om een ‘algemeen vereiste’ gaat en het ontbreken van dit bestanddeel in de tekst van de delictsommschrijving duidt op een ‘algemeen gebrek, dat een regulier geldende oplossing vereist’.⁵³ Hoewel wij het daarmee over het algemeen eens zijn, is het wel de vraag of de rechtspraktijk met deze uitgangspunten overeenstemt. Is het bijvoorbeeld echt zo uitzonderlijk om de afgedwongen tongzoen als verkrachting te beschouwen? Is, met andere woorden, ook bij artikel 242 Sr niet sprake van een algemeen gebrek nu dit wetsartikel niets zegt over de aard van het seksueel binnendringen, terwijl dit volgens de Hoge Raad wel zo’n doorslaggevende rol moet spelen? De grensgevallen die aan de orde zijn bij het kinderpornografiedelict laten bovendien juist zien dat via de kwalificatie uit te sluiten gedragingen zich soms in een grijs gebied bevinden, die niet zelden aan de rechter worden voorgelegd.

Het toepassen van de kwalificatie-uitsluitingsgrond lijkt vooral een optie in situaties waarin enerzijds voldoende aanknopingspunten bestaan om het betreffende delict af te bakenen, anderzijds de bestanddelen van de delictsommschrijving geen ruimte verschaffen om die aanknopingspunten in de uitleg van het delict een plaats te geven. Van het inlezen van een

52 P.H.P.H.M.C. van Kempen, annotatie bij HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315, onder 5.

53 P.H.P.H.M.C. van Kempen, annotatie bij HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:554, NJ 2016/315, onder 5.

uitbuitingsbestanddeel kan worden gezegd dat daarin mogelijk een voorkeur van de Hoge Raad doorklinkt om de afbakening van delicten toch zoveel mogelijk over de band van het bewijs te bewerkstelligen. Tegelijkertijd geldt, zoals wij zagen, dat een kwalificatie-uitsluitingsgrond hier wel een optie had kunnen zijn, maar gelet op de complexe constructie van het delict – negen gedragingen, één kwalificatie – niet voor de hand ligt. Een voorzichtige slotsom zou kunnen zijn dat de afbakening van een delict liefst zoveel mogelijk via de delictsomschrijving verloopt, maar de tekst van de delictsomschrijving die afbakening soms simpelweg niet toelaat. De kwalificatie-uitsluitingsgrond kan dan nog een uitweg zijn, maar als ook die geen soelaas biedt, komt al snel de techniek van het inlezen in zicht die, zeker waar het geheel nieuwe bestanddelen betreft, en bijvoorbeeld niet ‘slechts’ de concretisering van wederrechtelijkheid via de delictsomschrijving, in de verhouding tot de strafwetgever de meeste vragen oproept.

6 DE DRIE AFBAKENINGSSTRATEGIEËN IN HET LICHT VAN DE REGEL- EN RECHTENCONCEPTIE VAN LEGALITEIT

Hoe moeten de drie hierboven behandelde afbakeningsstrategieën worden gewaardeerd? We beschouwen dit vanuit één van de meest belangrijke strafrechtelijke uitgangspunten: het legaliteitsbeginsel. Blijft de rechter met deze methoden binnen de grenzen die het legaliteitsbeginsel aan de rechterlijke interpretatievrijheid stelt? Op het eerste gezicht lijkt er in dat opzicht geen probleem te zijn, omdat alle drie de methoden erop neerkomen dat de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt beperkt. Men kan zich echter ook afvragen of dat resultaat van restrictieve wetstoepassing niet juist voortvloeit uit het legaliteitsbeginsel. Daarmee bedoelen we dat het legaliteitsbeginsel wellicht juist vereist dat de gevallen die worden bestreken door de hierboven beschreven strategieën straffeloos blijven. Daarom bespreken we de atypische afbakeningsmethoden in het licht van een discussie over de aard van het legaliteitsbeginsel, meer in het bijzonder de discussie of aan het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel een regel- of een rechtenconceptie van legaliteit ten grondslag ligt. Die twee tamelijk tegenstrijdige visies op legaliteit kunnen verschillende argumenten bieden voor en tegen de door ons gesignaleerde afbakeningsmethoden.

In een ‘regelconceptie’ van legaliteit vereist het legaliteitsbeginsel dat een gedraging alleen strafbaar is wanneer die gebracht kan worden onder een regel die is neergelegd in een wettelijke delictsomschrijving. In een ‘rechtenconceptie’ van legaliteit daarentegen vereist het legaliteitsbeginsel dat een gedraging alleen tot strafrechtelijke aansprakelijkheid

mag leiden als die inbreuk maakt op rechten van een ander.⁵⁴ Het onderscheid is alleen merkbaar in ‘moeilijke gevallen’.⁵⁵ Omdat vanuit een klassiek-rechtsstatelijke gedachte de tekst van de wet aan burgers zekerheid moet bieden, lijkt de regelconceptie van legaliteit het uitgangspunt te zijn. Een dergelijke benadering stuit echter op grenzen: een wettelijke delictsomschrijving kan slechts met betrekkelijke duidelijkheid worden geredigeerd voor alle toekomstige gevallen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat er spraakmakende gevallen zijn geweest waarin de rechter tot een veroordeling kwam die met de tekst van de wet moeilijk verenigbaar leek. Zulke veroordelingen hebben ook met een verwijzing naar een ‘rechtenconceptie’ van legaliteit doctrinaire goedkeuring verkregen, onder andere omdat het resultaat de rechten van anderen beschermt. In een dergelijke optiek staat het legaliteitsbeginsel niet in de weg aan strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een gedraging die inbreuk maakt op concrete rechten van een ander, waarmee meestal het slachtoffer wordt bedoeld. Een voorbeeld hiervan biedt het *Mensenroof*-arrest,⁵⁶ waarbij de door de Hoge Raad gevonden extensieve wetsuitleg negatief werd gewaardeerd door enkele annotatoren, maar door anderen, onder wie Cleiren, juist met een beroep op de rechtenconceptie positief werd ontvangen.⁵⁷

Wat wij ons afvragen, is of een rechtenconceptie van legaliteit niet alleen een normatief fundament kan bieden voor extensieve interpretatie, maar ook voor restrictieve afbakeningsstrategieën als hierboven beschreven. Dat wil zeggen: moet het legaliteitsbeginsel zo worden uitgelegd dat het niet alleen bedoeld is om de verdachte te beschermen tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid in gevallen waarin zijn gedraging niet onder de wettelijke regel valt, maar ook dat het bedoeld is om hem te vrijwaren van aansprakelijkheid als zijn gedraging geen inbreuk maakt op andermans rechten? Een dergelijke opvatting houdt in dat de rechter in bepaalde gevallen concludeert dat de verdachte bij het uitvoeren van zijn gedraging in zijn recht stond, of dat er althans geen corresponderend recht was van een ander dat hem ervan had moeten weerhouden zich te gedragen zoals hij heeft gedaan, en dat de gedraging dus niet mag worden gekwalificeerd als een strafbaar feit. Hoewel de gedraging die in een dergelijk geval gepleegd wordt letterlijk gezien binnen de grenzen van de delictsomschrijving valt, moet strafrechtelijke aansprakelijkheid achterwege blijven omdat er geen sprake is van een inbreuk op een subjectief recht.⁵⁸ Een dergelijke redenering

54 Zie voor een uitgebreide uitwerking N. Rozemond, ‘Legaliteit in het materiële strafrecht’, *RMThemis* 1999(4), p. 117-130.

55 Relativerend over het onderscheid is M.J. Borgers, ‘Legaliteit en wetsinterpretatie in het materiële strafrecht’, in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constance waarden. Liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 193-202.

56 HR 20 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2809, NJ 2003/632, m.nt. P.A.M. Mevis & R. de Lange.

57 Cleiren 2008, p. 305-306.

58 Men zou nog kunnen stellen dat, naast de vraag naar de schade aan subjectieve rechten, ook de afweging moet worden gemaakt in hoeverre met de gedraging van de verdachte niet ook andere, buiten de individuele levenssfeer te lokaliseren belangen zijn beschadigd. Ofwel: in hoeverre de rechtenconceptie van legaliteit

heeft uiteraard gelijkenis met de rechtvaardigingsgronden, maar die zijn sterker georiënteerd op het individuele geval en bovendien zijn ze duidelijk te karakteriseren als excepties. Bij de hierboven beschreven afbakningsstrategieën gaat het erom dat er hele categorieën van gedragingen buiten de strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gehouden, op een andere manier dan door een restrictieve interpretatie van één of meer delictsbestanddelen.

Wanneer men dergelijke atypische afbakningsstrategieën baseert op het legaliteitsbeginsel wordt veel gewicht toegekend aan de buitenwettelijke maatstaf waaraan de relevante concrete rechten zijn ontleend. Blijkbaar is die buitenwettelijke maatstaf dus krachtig genoeg om tot gevolg te hebben dat strafrechtelijke aansprakelijkheid achterwege blijft. Men zou dat een voorbeeld kunnen noemen van sterk natuurrechtelijk redeneren. Wellicht is het een dergelijke redenering die ten grondslag ligt aan de rechtspraak van de Hoge Raad. In dat perspectief vormt het legaliteitsbeginsel een normatief fundament onder de restrictieve afbakningsstrategieën die de Hoge Raad heeft aanvaard.

Maar om welke rechten van de verdachte gaat het dan? We hebben het niet primair over de categorie die men grondrechten, mensenrechten, of fundamentele rechten zou kunnen noemen. Die vormen tamelijk onbetwist redenen waarom in sommige gevallen een verdachte niet veroordeeld mag worden. Maar zijn er buiten die categorie ook rechten die dat gevolg moeten meebrengen? Dat hangt uiteraard niet alleen af van de opvattingen die men heeft over de voorwaarden waaronder wettelijke strafbaarstellingen opzij kunnen worden gezet, als men die mogelijkheid al aanvaardt. Een tweede stap is de inhoud van de normen die zo'n doorbreking tot gevolg hebben: daarvoor zal een bepaalde maatschappelijke of politieke opvatting doorslaggevend zijn. In een liberale strafrechtstheorie zou men het uitgangspunt kunnen onderschrijven dat strafrechtelijke aansprakelijkheid met een dusdanige terughoudendheid moet worden ingezet, dat binnen de grenzen van wat strafbaar is, een maatschappelijke ordening mogelijk is die dusdanig is dat daarbinnen een ruimte overblijft waarin individuen tot persoonlijke ontplooiing kunnen komen.⁵⁹ Zo'n strafrechtstheorie zou als onderbouwing kunnen gelden van een terughoudende delictsinterpretatie die tot doel heeft een samenleving in vrijheid te behouden of mogelijk te maken. De normen die gebruikt kunnen worden als grondslag voor een restrictieve interpretatie zijn dan primair normen die essentiële voorwaarden voor individuele ontplooiing vormen.

Hiermee willen we overigens niet suggereren dat de opvatting dat wettelijke strafbaarstellingen open moeten blijven en ter discussie moeten kunnen staan, ongerelateerd is aan de inhoud van de normen die vervolgens gebruikt kunnen worden om die openheid in te vullen. Sterker nog: de democratische rechtsstaat, waarin zowel bescherming in het recht als bescherming tegen het recht gevonden moet kunnen worden, rust noodzakelijkerwijs

te zeer uitgaat van de idee dat het strafrecht slechts aan het individu toekomende rechten dient te beschermen. Gelet op het bestek van deze bijdrage laten wij deze discussie hier rusten.

59 A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving. Een verkenning*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 218.

op fundamentele begrippen als gelijkheid voor de wet, individuele participatie, emancipatie en ontplooiing.⁶⁰ Het kan dan ook niet anders of die normen klinken door in de wijze waarop burgers tegen eventuele tekortkomingen in wettelijke strafbaarstellingen worden beschermd. Wellicht biedt een dergelijke benadering ook betere mogelijkheden voor de rechter om zijn beslissingen uit te leggen dan een verwijzing naar de *Typizität* van een delict.⁶¹

Hoe kunnen de drie hierboven genoemde afbakeningsstrategieën nu zinvol worden beschouwd vanuit het perspectief van de regel- en rechtenconcepties van legaliteit? In zijn algemeenheid zouden de strategieën kunnen worden gekoppeld aan de fundamentele vrijheid van een verdachte op basis waarvan hij niet door de overheid mag worden afgeschilderd of gelabeld als overtreder van een bepaald verbod, indien de gedraging niet correspondeert met datgene wat (in de maatschappij) onder het betreffende label wordt of mag worden begrepen. Die lijn volgend, zou de redelijke wetstoepassing als een recht van de verdachte kunnen worden beschouwd.⁶²

De door de Hoge Raad aanvaarde kwalificatie-uitsluitingsgrond bij kinderporno houdt, zoals toegelicht in paragraaf 2, in dat het versturen of in bezit hebben van naaktfoto's door of van een minderjarige, met instemming van de afgebeelde persoon en zonder gevaar voor verdere verspreiding, onder omstandigheden niet onder het bereik van de kinderpornografiebepaling valt. Deze kwalificatie-uitsluitingsgrond zou kunnen worden beschouwd als de uitwerking van de overtuiging dat dergelijke gedragingen, hoewel ze naar de tekst van de wet vallen onder de delictsomschrijving, in het algemeen binnen de grenzen van een verantwoorde ontplooiing van de seksuele identiteit door jongeren blijven. Een recht van een verdachte dat kan worden gekoppeld aan de kwalificatie-uitsluitingsgrond bij witwassen betreft het beginsel van *ne bis in idem*. Om te voorkomen dat een verdachte voor hetzelfde feit dubbel wordt gestraft, dient de strafrechter de strafbaarstelling van witwassen restrictief te interpreteren.

Het inlezen van de wederrechtelijkheid in de omschrijving van mishandeling maakt duidelijk dat alle manieren waarop het handelen gerechtvaardigd kan zijn, moeten zijn uitgesloten van het bereik van deze delictsomschrijving, en niet alleen specifiek aanvaarde vormen zoals de sport- en spelsituatie en de medische exceptie. Strafrechtelijke aansprakelijkheid is slechts mogelijk in die gevallen waarin de verdachte daadwerkelijk geen recht had om zich te gedragen zoals hij heeft gedaan. Dit leidt in ieder geval tot een meer casuïstische rechtsvinding in mishandelingszaken: de delictsomschrijving heeft minder sterk een regelkarakter gekregen.

60 A.C. 't Hart, *Mensenwerk? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: KNAW 1995, p. 27; R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 386-392.

61 De Hullu 2018, p. 100.

62 De aangehaalde 'tongzoen-jurisprudentie' is in dezen illustratief.

Op het eerste gezicht is bij het inlezen van het bestanddeel ‘uitbuiting’ in sommige mensenhandelbepalingen sprake van een actualisering van de betekenis van de wet en een concretisering van het beschermde rechtsbelang. Het inlezen van dit bestanddeel maakt duidelijk dat het bij dit delict dient te gaan om schade aan het recht op persoonlijke vrijheid of in elk geval om schade aan de lichamelijke en geestelijke integriteit. Het inlezen van ‘uitbuiting’ in artikel 273f, eerste lid, sub 4, Sr voorkomt dat gerechtvaardigde economische activiteiten onder de reikwijdte van dit artikel komen te vallen. In het geval van sublid 3 lijkt de Hoge Raad bij uitstek de blik te hebben gericht op de fundamentele rechten van mogelijke verdachten. Hoewel de wetgever duidelijk is geweest over de ruime strekking van dit delict, kiest de Hoge Raad nadrukkelijk voor een interpretatie die een actuele balans zoekt tussen het belang effectief tegen mensenhandel op te treden en de bescherming van fundamentele rechten van individuen.

7 REFLECTIE EN AFSLUITING

In deze bijdrage hebben we ‘atypische’ rechtsvindingsmethoden nader bestudeerd in gevallen waarin de rechter dient te beslissen of een ten laste gelegde gedraging een ruime, ‘overinclusieve’ delictsomschrijving vervult. Daarbij hebben we een antwoord proberen te vinden op de vraag hoe de verschillende methoden zich tot elkaar verhouden, alsmede op de vraag hoe die methoden dienen te worden gewaardeerd in het licht van het legaliteitsbeginsel. Wanneer de strafrechter een kwalificatie-uitsluitingsgrond toepast dan wel de wederrechtelijkheid of een ander bestanddeel (zoals uitbuiting) inleest in een delictsomschrijving, lijkt de klassieke rolverdeling tussen wetgever en rechter onder spanning te staan. Deze vernieuwde dynamiek tussen wetgever en rechter hoeft echter niet strijdig te zijn met het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Sterker nog: de rechtenconceptie van het legaliteitsbeginsel zou een normatief fundament kunnen vormen onder de atypische, restrictieve rechtsvindingsmethoden die de strafrechter hanteert. Negatief gezegd is hiermee de eerdergenoemde spanning nog niet weggenomen; positief gezegd leidt het benutten van de mogelijkheden die de strafrechter heeft tot een ‘dynamische democratische rechtsstaat’ die – om met de woorden van de jubilarisse af te sluiten – ‘ruimte [biedt] voor ontwikkeling en aanpassing aan verander(en)de maatschappelijke omstandigheden’.⁶³

63 C.P.M. Cleiren & A.M. Hol, *Strafrecht* (Elementaire deeltjes no. 59), Amsterdam: Amsterdam University Press 2018, p. 39.