

ATYPISCH HANDELEN EN DE GRENZEN VAN DE DELICTSOMSCHRIJVING

(versie 7 -1-'13)

In woorden die ik al van kindsbeen kende
herkende ik de ware zin des woords;
haast ieder 'en' verborg een 'enzovoorts',
in den beginne nam het woord geen ende.

Jean Pierre Rawie
(uit: Woelig stof)

In deze bundel voor mijn oude collega en vriend Theo de Roos wil ik een beschouwing wijden aan een onderwerp, dat in het strafrecht en in de literatuur enigszins in vergetelheid is geraakt, te weten de figuur van de Typizität en wat daarmee samenhangt.¹ Dat dit thema in de strafrechtelijke praktijk wel degelijk af en toe aan de orde kan zijn, is nog in 2012 gebleken.

1. Heimelijk fotograferen van naakte personen: een ontuchtige handeling?

Ik denk aan de zaak van HR 8 mei 2012, BW5000. Een persoon van het mannelijk geslacht staat zich in de zomer van 2009 naakt te douchen in één van de douchehokjes van een Texelse camping. In het belendende hokje bevindt zich een persoon van dezelfde kunne, die zijn mobiele telefoon met een ingebouwde camera over de afscheidingswand tussen de beide cabines houdt en van bovenaf snel een foto van zijn blote buurman maakt. Deze laatste merkt dit nog net op en klimt meteen op het bankje in zijn douchehok zodat hij over de wand heen de booswicht² kan zien staan met het mobiel in zijn hand. De gefotografeerde man geeft de ander duidelijk te verstaan van diens gedrag niet gediend te zijn en zich in zijn privacy zeer geschonden te voelen. Hij doet hiervan aangifte en de zondaar bekennt bij de politie deze foto te hebben gemaakt. Vervolgens zal blijken dat hij een dag daarvoor op soortgelijke wijze nog een aantal andere, onbekend gebleven, naakte mannen gefotografeerd en tevens gefilmd heeft. Hij wordt vervolgd op grond van art. 246 Sr, zodat bewezen zal moeten worden dat hij door geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand heeft gedwongen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, en dat hij zich daardoor schuldig heeft gemaakt aan 'feitelijke aanranding van de eerbaarheid', zoals de wettelijke delictsomschrijving van art. 246 dergelijk gedrag letterlijk typeert. Dit gedrag kan bestraft worden met ten hoogste acht jaar gevangenisstraf of geldboete (van de vijfde categorie).

Zowel de rechtbank als het Hof oordeelden dat de gewraakte handelingen, te weten het heimelijk fotograferen en filmen, niet kunnen worden aangemerkt als ontuchtige handelingen in de zin van art. 246 aangezien krachtens de wetsgeschiedenis daaronder moeten worden verstaan handelingen van seksuele aard die in strijd zijn met de sociaal-ethische norm. En omdat naar hun oordeel van seksuele handelingen in casu geen sprake was, volgde vrijspraak.

¹ Ook J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2006, p. 183, beaamt dat in Nederland dit thema in het algemeen niet erg leeft, maar hij hecht hieraan ook zelf niet veel waarde.

² Een booswicht is volgens het grote woordenboek van Van Dale o.a. een 'verdorven iemand'.

De rechtbank overwoog dat de vaststelling dat iemand die, naakt onder de douche staand, heimelijk wordt gefotografeerd of gefilmd in zijn privacy geschonden wordt, niet tot de gevolgtrekking kan leiden dat het derhalve ontuchtige handelingen van seksuele aard betreft. Art. 246 Sr is niet voor een dergelijke privacy-schending geschreven in geval het seksuele aspect aan de handeling ontbreekt. Hiervoor is evenmin bepalend of het slachtoffer zich in zijn seksueel schaamtegevoel gekwetst voelt en of dit ook in de maatschappij als geheel zo wordt gevoeld. Deze kwetsing maakt de handelingen (fotograferen en filmen) geen handelingen van seksuele aard.

Het Hof voegde in zijn arrest daaraan nog de overweging toe dat, al zouden de gewraakte handelingen zijn verricht met de intentie om de foto's of filmpjes naderhand te gebruiken ter bevrediging van eigen lustgevoelens of die van derden, deze handelingen ook in dat geval niet als van seksuele aard kunnen worden aangemerkt.

De A-G bij het Hof ging in cassatie. De Hoge Raad wees er op dat in art. 139f lid 1 Sr strafbaar is gesteld het heimelijk met een technisch hulpmiddel opzettelijk en wederrechtelijk vervaardigen van een afbeelding van een zich in een woning of op een andere niet voor het publiek toegankelijke plaats bevindende persoon. Maar een dergelijke gedraging, zo oordeelde de Hoge Raad, is op zichzelf niet – tevens – een ontuchtige handeling in de zin van art. 246 Sr. Dat is niet anders als de bedoelde persoon naakt is en/of als de afbeelding was vervaardigd om te gebruiken ter bevrediging van lustgevoelens.

Wel was het in dit verband van belang vast te stellen of er al dan niet van enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie tussen de verdachte en die persoon sprake is geweest, nu in uitzonderlijke gevallen ook zonder lichamelijke aanraking sprake kan zijn van dwingen tot het plegen of het dulden van ontuchtige handelingen (vgl. HR 22 maart 2011, BP1379, NJ 2011, 146). Maar dan moet het wel gaan om handelingen waarvan het plegen of dulden als 'ontuchtig' is aan te merken.

De Hoge Raad verwierp, anders dan waartoe de A-G concludeerde³, het OM-beroep.

Deze laatste kwestie van de *relevante interactie* was ook al aan de orde in HR 14 februari 2012, BU5254. Hierbij ging het om een man die in het kleedhokje van een zwembad zijn camera onder de scheidingswand door naar het hokje daarnaast had gestoken teneinde een zich daar bevindende vrouw van onderen te fotograferen terwijl zij (gedeeltelijk) naakt was, dit alles met de bedoeling om de foto te gebruiken ter bevrediging van zijn lustgevoelens. Het Hof had aangenomen dat het slachtoffer gedwongen was ontuchtige handelingen te ondergaan in de zin van art. 246 Sr: zij had zich immers uitdrukkelijk buiten aanwezigheid van anderen willen uit- en aankleden en kon zich in het afgesloten hokje niet tegen de handelingen van de man verzetten, gelet op het onverhoedse en heimelijke karakter van die handelingen. Dus was er van *dwang* sprake. Het in deze omstandigheden heimelijk fotograferen van iemand met de kennelijke intentie lustgevoelens van zichzelf of derden te bevredigen, werd door het Hof aangemerkt als het verrichten van ontuchtige handelingen in de zin van art. 246 Sr. Dit vond de Hoge Raad echter een te ruime en dus onjuiste uitleg van de wettelijke termen, terwijl het Hof niets had vastgesteld omtrent enige voor het plegen of

³ Zie evenwel voor een onderschrijving van deze conclusie van de A-G: de NJB-privacy-expert E.J. Dommering, nrc.nl recht en bestuur 25 mei 2012.

dulden van ontucht relevante interactie tussen de dader en het slachtoffer. De zaak werd derhalve verwezen naar een ander Hof.

En ook in de zaak van HR 15 mei 2012, BW5528, miste de Hoge Raad de vaststelling door het Hof van enige relevante interactie bij ontstentenis van lichamelijke aanraking. In dit geval was een man over de galerij van een flatgebouw gelopen en had hij staande voor het raam van de slaapkamer van een flatbewoonster met zijn mobieltje via een kier tussen de niet goed gesloten gordijnen deze bewoonster gefotografeerd en gefilmd denkende een blote vrouw met een rood badlaken vast te leggen: ‘Want dat zie je geen tweede keer’, zoals hij naderhand zou verklaren.

De vrouw toonde zich later zeer geschokt, aangezien ze inderdaad naakt door haar slaapkamer had gelopen, en ook was ze bezorgd over de mogelijkheid dat de gemaakte afbeeldingen op internet gezet zouden gaan worden.

Het Hof oordeelde dat de genoemde handelingen in strijd waren met ‘sociaal ethische normen met een seksuele lading’ en dat er sprake was geweest van dwang omdat de verdachte door het heimelijk handelen had weten te voorkomen dat het slachtoffer zich kon verzetten en hij zo zijn doel kon bereiken.

Dat ook in dit geval de Hoge Raad de zaak zou terugverwijzen naar het Hof vanwege het ontbreken van een nadere overweging omtrent enige relevante interactie, was inmiddels te verwachten.

2. *Typische en atypische delictshandelingen*

Uit de bovenstaande zaken komt duidelijk naar voren dat een vorm van lichamelijke aanraking in beginsel deel uitmaakt van het zedendelict van art. 246 Sr. Dat is ook niet verbazingwekkend, gezien de aard van dit delict inhoudende dat iemands *seksuele integriteit* wordt geschonden, hetgeen in overeenstemming is met de ratio van de wettelijke strafbaarstelling van ontucht.⁴ Het bij art. 246 passende beeld is dan ook dat van ontuchtige handelingen van seksuele aard die iemand onder dwang lijfelijk moet verrichten dan wel krijgt opgedrongen. Wat zou in het menselijk voorstellingsvermogen een ‘feitelijke aanranding van de eerbaarheid’ anders moeten behelzen? Seksuele delicten zijn *typisch lijfelijke delicten* en veronderstellen derhalve *typisch lijfelijke handelingen*, terwijl er daarnaast ook zedendelicten zijn die juist uitsluitend de ongewenste *visuele confrontatie* met naaktheid van een of meer anderen strafbaar stellen. Voorbeelden daarvan zijn exhibitionisme ex art. 239 Sr en het openlijk tentoonstellen, aanbieden of ongevraagd toezenden van afbeeldingen die aanstotelijk voor de eerbaarheid zijn ex art. 240 Sr.

Een en ander neemt niet weg dat in het verleden de interpretatie van de eis van lichamenlijk contact wel eens wat ruim is uitgevallen, maar zonder dat deze eis opzij werd gezet. Zo oordeelde de Hoge Raad in 1972 dat het door een jongen laten wateren in verdachte’s mond het karakter van een ontuchtige handeling had.⁵ Er was op z’n minst sprake van een relevante interactie, maar bovendien kan van de betrokken handeling niet zonder meer worden gezegd dat daaraan iedere vorm van lichamelijke aanraking ontbreekt. Het is weliswaar een iets

⁴ Zie HR 11 december 2001, NJ 2002, 61, over ontuchtige handelingen met minderjarigen beneden de 16 jaar (art. 247 Sr).

⁵ HR 31 oktober 1972, NJ 1973, 39.

indirectere vorm, maar de verdachte laat zich toch in zijn eigen mond ten volle aanraken door een lichaamsstof die met volle kracht rechtstreeks afkomstig is uit het zeer nabije geslachtsdeel van de daartoe gedwongen jongen. Dit gaat bepaald veel verder dan het op enige afstand heimelijk fotograferen en filmen.

Derhalve onderschrijf ik het standpunt van de Hoge Raad in de genoemde recentere zaken. Machielse meent dat een handeling van seksuele aard haar ontuchtige karakter eerst of juist krijgt doordat iemands recht op seksuele zelfbeschikking wordt geschonden.⁶ De A-G Jörg sluit zich in de zaak van HR 14 februari 2012 hierbij aan en ziet daarin grond om van ontucht te spreken indien –zoals in casu – iemand in een zwembad een camera van onderaf in het kleedhokje van een ander brengt teneinde deze zonder toestemming te filmen terwijl deze (gedeeltelijk) naakt is.

Dit is sterk juridisch gedacht waardoor m.i. te weinig recht wordt gedaan aan het algemeen heersende beeld van wat onder feitelijke aanranding van de eerbaarheid moet worden verstaan. Zoals gezegd, stelt men zich daarbij op zijn minst een vorm van lichamelijk contact voor. Anders is er geen sprake van een *échte, typische aanrander*. Hij heeft zich weliswaar aan een onaanvaardbare en ook ongeoorloofde (zoals uit oogpunt van privacy) handelwijze overgegeven, die zijn slachtoffer uiterst onaangename, ongemakkelijke en wellicht wat angstige gevoelens bezorgt, maar dat hoeft daarom nog niet gelijk te worden gesteld met een feitelijke aanranding van de eerbaarheid.

Ik zou menen dat ook in de overbekende zaak van de gedwongen tongzoen, die met instemming van de Hoge Raad in 1998 als verkrachting werd gekwalificeerd en bestraft, er geen sprake was van een *échte, typische verkrachter*, hoe ongewenst deze inbreuk op de lichamelijke integriteit ook was.⁷ Maar het strafrecht heeft niet tot taak om te moraliseren. Verkrachting is nu eenmaal het seksueel binnendringen van het lichaam van een ander onder dwang (art. 242 Sr) en daarbij hoort een ander beeld.

Dit soort vragen doen zich van tijd tot tijd voor bij een, gezien de omstandigheden van het geval, al te geforceerde toepassing van een bepaalde delictsomschrijving op basis van een extensieve, zo niet aan analogie grenzende interpretatie van een bestanddeel.

Er zijn echter heel wat handelingen in het maatschappelijk verkeer te signaleren die associaties met een bepaald strafbaar gedrag oproepen, maar dat in hun wezen niet zijn. Al in 1964 werd hierop door D. Hazewinkel-Suringa gewezen,⁸ door een Chinees spreekwoord te citeren: ‘Dood een mens en uw leven is verspeeld; erger hem dood en ge gaat ongestraft vrijuit’. Ofwel: het ene is doodslag of moord en het andere niet.

Hetzelfde geldt voor louter ‘geestelijke mishandeling’ waaraan geen fysieke handelingen die pijn of letsel toebrengen te pas komen. Het misdrijf mishandeling, dat blijktens art. 300 Sr alleen uit de kwalificerende term: mishandeling bestaat, heeft uitsluitend het oog op fysieke pijn of letsel. De laatste tijd gaan er stemmen op om de mogelijkheid bezien om treiterijen en pesterijen met name onder schoolleerlingen strafbaar te gaan stellen, dit naar aanleiding van de zelfdoding van een jongen die als leerling veel gepest bleek te zijn.⁹ Hierin manifesteert

⁶ A. Machielse in NLR, art 246, aantekening 5.

⁷ HR 21 april 1998, NJ 1998, 781.

⁸ Zie D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, derde druk, Haarlem: Tjeenk Willink 1964, p. 5.

⁹ In november 2012.

zich een duidelijke behoefte om geestelijke mishandeling in deze vorm strafbaar te stellen, temeer daar hierdoor ernstige gevolgen in de hand gewerkt lijken te kunnen worden.

3. De betekenis van het begrip *Typizität* naast de delictsbestanddelen

Waar het in de bovengenoemde strafzaken in feite om draait, is wat in de Duitse dogmatiek 'Typizität' genoemd wordt, een figuur die door Pompe al in de jaren '30 van de vorige eeuw ten tonele is gevoerd voor gevallen waarin bepaalde delictsbestanddelen zoals de wederrechtelijkheid en het oogmerk, in onze rechtspraak dermate ruime betekenissen toebedeeld kregen, dat weliswaar de desbetreffende delictsomschrijving door de optelsom van bestanddelen van het feit geheel werd gedekt, doch zonder dat de typisch eigen portée van deze delictsomschrijving daarbij werd gerespecteerd. Het 'natuurlijke', dus typische karakter van een delict stelt soms een hogere eis dan alleen de vervulling van alle bestanddelen. Daardoor wordt de reikwijdte van het delict beperkt. Deze Typizität blijkt onder meer uit de kwalificatie die de wetgever in een aantal delictsomschrijvingen *expressis verbis* extra aan de bestanddelen van het delict heeft toegevoegd, bijvoorbeeld in art. 310 Sr: Hij die een goed van een ander wegneemt met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening wordt *als schuldig aan diefstal* gestraft (art. 310 Sr). Op vergelijkbare wijze treft men specifieke etiketten aan bij afpersing (art. 317), afdreiging (art. 318), verduistering (art. 321), oplichting (art. 326), etc. Zeker als de wet zelf een dergelijk etiket opneemt mag worden aangenomen dat dit enige typerende en preciserende betekenis heeft, die in de geest van het *rechtsbeschermende lex certa beginsel* zal bijdragen aan het markeren van de begrenzingen van het onderwerpelijke strafbaar gestelde feit. Dit etiket hangt samen met het wezenlijke doel van de strafbepaling en duidt impliciet aan dat de daad in al zijn aspecten tevens dient te passen binnen de contouren van de beoogde delictssoort en het hierdoor beschermde rechtsgoed.

Soms, zo zagen wij, bestaat een delict slechts uit een kwalificatie, bijvoorbeeld mishandeling. In die gevallen moet de kwalificatie wel een zelfstandige betekenis hebben. Zo heeft Röling betoogd dat de kwalificatie van mishandeling de beperking in zich bergt dat het overeenkomstig het karakter van mishandeling moet gaan om het onredelijk toebrengen van letsel: 'Die beperking is eerst te halen uit de kwalificatie (...)'.¹⁰

Deze rechtsbeschermende functie van het etiket strookt ook met de opvatting van Pompe, die in de Typizität uitsluitend een figuur zag die *ad bonam partem* moet werken, dus ten gunste van de verdachte en niet *ad malam partem*, dus ten gunste van de instrumentele, repressieve functie van het stafrecht. Deze opvatting wordt niet door elke schrijver gedeeld nu sommigen de kwalificatie alleen als aanduiding of als roepnaam ter herkenning van het delict zien en daaraan geen zelfstandige betekenis toekennen.¹¹

Ik zou zelf nog verder willen gaan. Naar mijn oordeel zou de rechtsbeschermende werking eveneens moeten gelden ter zake van delicten die in het juridische en ook maatschappelijke verkeer een weliswaar ongeschreven doch in de praktijk wel degelijk algemeen bekende en

¹⁰ B.V.A. Röling, Opmerkingen over het nalaten in het strafrecht, *Tijdschrift voor Strafrecht* LI (1941), p. 121.

¹¹ Zie bijvoorbeeld C.M. Pelsler, *De naam van het feit* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 69: de auteur verkiest de interpretatie van bestanddelen van de delictsomschrijving (en desnoods ongeschreven elementen daarvan) boven het toekennen van zelfstandige betekenis aan de materieelrechtelijke kwalificatie.

geaccepteerde naam genieten waarmee een tamelijk uitgesproken beeld is verbonden. Ik denk onder meer aan ‘huisvredebreuk’ (art.138), ‘meineed’ (art. 207), ‘bigamie’ (art. 237) en ‘flessentrekkerij’(art.326a) waarvan sprake is als iemand er een gewoonte van maakt om goederen te kopen met het oogmerk om zonder volledige betaling zich of een ander de beschikking over die goederen te verzekeren. In vroeger dagen waren er lieden die voortdurend dure luxeartikelen op krediet aanschafte tot op het moment dat er daadwerkelijk betaald moest worden: dan was plots de vogel van de aardbodem verdwenen. In het pre-digitale en creditcard-loze tijdperk was zoiets nog denkbaar. Het is niet voor niets dat in de editie Cremers van het Wetboek van Strafrecht boven al deze wetsartikelen hun respectieve benaming vetgedrukt staat.

4. *Het oplichtingsartikel (art. 326 Sr) en de Typizität*

Pompe roerde de Typizität aan in zijn noot bij het Hohner muziekinstrumenten-arrest (1938) maar dit vraagstuk was in feite evenzeer aan de orde in het Medemblikse schoolhoofd-arrest (1935), het Gevangenisvoedsel-arrest (1940)¹² en later ook nog in het Dreigbrief-arrest (1971)¹³ en het gestolen auto-arrest (1990)¹⁴.

Het atypische van de gedragingen in relatie tot de delictsomschrijving van oplichting (alleen in het Dreigbrief-arrest ging het om afpersing) was in deze gevallen dat de dader met een wezenlijk ander doel of met een wezenlijk ander motief had gehandeld dan essentieel is voor het wettelijk gemarkeerde strafbare feit, zodat het moeilijk was om met droge ogen dit feit in zijn ware gestalte gepleegd te achten. Niettemin ging de Hoge Raad steeds akkoord met een veroordeling wegens oplichting. Pompe stelde in een noot kort en krachtig: ‘Men heeft hier te doen met een overschatting van de tekst (van de delictsomschrijving) en een onderschatting van de strekking, de ratio legis’.¹⁵ Zo wilde de grossier in muziekinstrumenten¹⁶, die sterk vermoedde dat een andere grossier (zijn concurrent) aan de leider van een muziekvereniging een offerte had gedaan die lager was dan de Hohner muziekfabrieken aan de grossiers hadden toegestaan, heel graag bevestigd zien dat zijn vermoeden juist was teneinde vervolgens het gewraakte gedrag bij de fabriek aan de kaak te kunnen stellen in het belang van alle andere grossiers. Hij wendde zich tot de leider van de muziekvereniging, zogenaamd als vertegenwoordiger van de suspecte concurrent-grossier met het verzoek om nog even de prijsopgave terug te mogen ontvangen. Aldus bewoog hij de ander tot afgifte van enig goed (het papier met de offerte) door middel van het aannemen van een valse hoedanigheid. Dat hij er met deze actie zelf ook beter van zou worden had hij wel bedacht, maar dat was niet zijn doel. Het oogmerk van *wederrechtelijke* bevoordeling werd door de rechter niettemin vervuld geacht omdat de gang van zaken maatschappelijk onbetamelijk was geweest, hetgeen in dit geval moet hebben gescholen in het gebruik van een valse hoedanigheid. Terecht vond Pompe in zijn noot dit laatste in geen verhouding staan tot de wederrechtelijkheid van het gedrag van

¹² HR 14 oktober 1940, NJ 1941, 87.

¹³ HR 9 februari 1971, NJ 1972, 1.

¹⁴ HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 153.

¹⁵ W.P.J. Pompe, in zijn noot bij HR 14 oktober 1940, NJ 1941, 87.

¹⁶ HR 21 februari 1938, NJ 1938, 929.

de concurrent, wat de grossier nu juist langs de door hem gekozen weg wilde aantonen. Derhalve ontbrak z.i. de Typizität van de oplichting.

Kennelijk kan een ruim wederrechtelijkheidsbegrip in de zin van de ‘onbetamelijkheid van de gehele gang van zaken’, dus de door de dader betachte handelwijze als geheel, worden gehanteerd in het kader van het wettelijke bestanddeel wederrechtelijk. Dit heeft tot gevolg dat de slechts op een specifiek facet van het strafbare feit toegespitste betekenis van de wettelijke wederrechtelijkheid (de door Th. W. van Veen geïntroduceerde facet-wederrechtelijkheid) ruimschoots kan worden overvleugeld. Op deze manier wordt het bestanddeel wederrechtelijk in zijn enge betekenis van : handelend zonder eigen recht, zonder toestemming of tegen het recht van een ander - afhankelijk van het soort delict¹⁷- , volkomen overbodig. Hiertegen verzette Pompe zich uit oogpunt van het legaliteitsbeginsel. Langs een dergelijke extensief interpretatieve weg kunnen delictomschrijvingen immers een uitgerekte reikwijdte krijgen die hun typische en uitgesproken karakter te buiten gaan.

Iets soortgelijks gebeurde in de casus van het Medemblikse schoolhoofd¹⁸. Deze laatste had van het schoolbestuur een bedrag ontvangen teneinde daarmee op het onderwijs-ministerie in Den Haag een en ander ten behoeve van de school te bewerkstelligen. Het schoolhoofd stak evenwel dit geld in zijn eigen zak, aangezien hij precies eenzelfde bedrag nog van de school te goed had. Ook hiervoor gold volgens de Hoge Raad dat betrokkene weliswaar recht had op dit bedrag, maar dat de manier waarop hij zich dit terug had verworven niet de toets van de betamelijkheid kon doorstaan, zodat zijn gedrag ondanks zijn eigen recht op dat geld toch als wederrechtelijk moest worden bestempeld. Niemand zal ontkennen dat deze gedragswijze op zichzelf laakbaar was, maar strafbaar *als wettelijke oplichting*? Dat was wél de vraag, maar de Hoge Raad bleek er geen moeite mee te hebben.

De casus van het Gestolen auto-arrest bevat een parallel: lieden van een onderzoeksbureau om gestolen auto's ten behoeve van de bestolen eigenaars te achterhalen ontdekten zo'n auto die door een garage te koop werd aangeboden. Om zeker te weten dat het inderdaad een bepaalde auto betrof, deden zij zich voor als in koop geïnteresseerden en verzochten er een proefritje mee te mogen maken. Zo geschiedde en uit het zicht van de garage zochten zij het chassisnummer op dat met hun gegevens bleek te kloppen. Zij reden direct met de auto naar de politie, waarna de garage hen betichtte van oplichting. Via het ruime wederrechtelijkheids criterium werd de veroordeling voor oplichting door de Hoge Raad gehonoreerd, ondanks het verweer van de verdachte in deze zaak dat hij had gehandeld krachtens het eigen recht van de eigenaar, terwijl de garage geen recht had op de auto en derhalve door hun handelwijze niet was benadeeld. Zo'n verweer ligt enigszins in de sfeer van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid, maar we weten dat deze figuur in ons recht niet of nauwelijks erkenning heeft gekregen.

Th.W. van Veen uitte in zijn noot bij dit arrest het vermoeden dat de rechter zal hebben gedacht: ‘De verdachte heeft opgelicht ook al was hij geen oplichter’. Dit is nu juist des poedels kern. Inderdaad, hij was geen échte oplichter want op zichzelf was het zeer invoelbaar dat hij dacht integer en te goeder trouw van zijn recht gebruik te hebben gemaakt, en desondanks werd hij voor oplichting veroordeeld. Maar in feite ontbrak het typische van de

¹⁷ Bij diefstal gaat het bijvoorbeeld om het wegnemen zonder toestemming, bij huisvredebreuk om het inbreuk maken op het (huis)recht van een ander etc.

¹⁸ HR 29 april 1935, NJ 1936, 50.

oplichting aan zijn handelwijze, nu bij hem het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling ontbrak. Wat hem kwalijk werd genomen was zijn eigengereide *modus operandi* om de gestolen auto ten behoeve van de eigenaar weer terug te krijgen. Dat komt eigenlijk neer op eigenrichting. Daarmee heeft hij veeleer een maatschappelijke norm van behoorlijkheid geschonden die buiten de strikte sfeer van de strafbare oplichting is gelegen. De morele norm die bedrog in de zin van de oplichting verbiedt is van een andere orde dan de norm die eigengereid optreden verbiedt ook al zal dit degene die daarvan plotseling het slachtoffer is (in casu de garagehouder) onaangenaam treffen.

Het Gevangenisvoedsel-arrest betrof een uitdijning niet van het wederrechtelijkheidsgehalte van een delict, maar van het vereiste oogmerk. Iemand was voor een ander een gevangenisstraf van vier weken gaan uitzitten (misschien in het kader van een ‘eerlijke verdeling’ tussen mededaders van lusten en lasten in *criminalibus*) en had zich daartoe onder de naam van de ander bij de gevangenis gemeld. Hij werd gedetineerd en de persoonsverwisseling kwam uit. Hij werd vervolgd voor oplichting, aangezien hij in zijn valse hoedanigheid van gedetineerde gevangenisambtenaren had bewogen tot afgifte van voeding waarop hij geen recht had. Het oogmerk op deze wederrechtelijke bevoordeling werd vernuftig geconstrueerd via de redenering van het voorwaardelijk opzet. In een veel later arrest van 1982 werd in een identieke casus hetzelfde beslist¹⁹: de betrokkene die zich aan de gevangenispoort heeft gemeld kan weten en moet begrijpen dat hij gevangenisvoedsel deelachtig zal worden waarop hij geen recht heeft. Dit is wel het allerlaatste motief voor iemand om dit bedrog te plegen. In die laatste zaak heeft annotator Van Veen opgemerkt dat het hier typisch een delict tegen het openbaar gezag betrof in plaats van een vermogensdelict. Om het wankele van de gekozen constructie, want een constructie was het zeker, aan te tonen werd door Van Veen gewezen op de eventuele mogelijkheid dat de betrokkene tijdens zijn detentie zou hebben gevestigd en het gevangenisvoedsel in het geheel niet zou hebben aangeraakt. Wat zou in dat geval het OM ten laste hebben moeten leggen?

5. De strafbare euthanasie en de vraag van de Typizität

Discrepancies tussen de essentie van een bepaalde gedraging en de strekking van een letterlijk daarop van toepassing zijnde wettelijke strafbepaling kunnen het gevolg zijn van maatschappelijke ontwikkelingen die een nieuw licht op zeker soort gedragingen werpen. Ik noem als voorbeeld de euthanasie en hulp bij zelfdoding. De toename van het aantal mensen dat dankzij de medische en farmacologische wetenschappelijke vorderingen een langer leven is beschoren dan voorheen gemiddeld het geval was, heeft gestaag meer situaties in het leven geroepen, waarin vanwege het ontstaan van uitzichtloos en ondraaglijk lijden verder leven niet meer menswaardig wordt gevonden.

Nu de strafbaarheid van euthanasie gelijke tred met deze ontwikkelingen moest houden konden jurisprudentie en vervolgens mede daarop gebaseerde wetswijzigingen (in 2001) niet uitblijven. Zoals bekend moesten artsen jarenlang in voorkomende gevallen een beroep doen op de noodtoestand om hun euthanatisch handelen te rechtvaardigen. In de zaak van het eerste Euthanasie-arrest van 1984 verweerde de arts zich bovendien met het argument dat het

¹⁹ HR 5 januari 1982, NJ 1982, 232, m.nt. Van Veen.

toenmaals wettelijke bestanddeel luidende: ‘een ander van het leven beroven op diens uitdrukkelijk verzoek’ (art. 293 Sr oud) niet op hem van toepassing kon zijn omdat de beladenheid van de term: ‘*van het leven beroven*’ geheel en al had ontbroken. De arts meende op verzoek van de patiënt diens leven naar eer en geweten te hebben ‘beëindigd’. Uiteindelijk is deze neutrale terminologie dan ook in de wet opgenomen, maar in 1984 stond de rechter – althans formeel – nog niet open voor dit bezwaar: de termen beroven en benemen waren aan elkaar gelijk.²⁰ Hier dienen zich duidelijk problemen van Typizität aan, die in het kader van nog daarna volgende strafzaken zeker door de artsen zo werden ervaren.

De thans geldende regeling houdt in dat als de arts zich aan de voor euthanasie geldende zorgvuldigheidsnormen houdt, zoals die in 2001 in de wet zijn opgenomen,²¹ er in beginsel geen sprake is van strafbare euthanasie. Maar de arts die dit niet doet, riskeert eventueel een vervolging voor het levensdelict euthanasie; en als hij euthanasie verricht terwijl het vereiste verzoek van de patiënt feitelijk ontbreekt, zal de arts ondanks het eventueel bestaan van plausible gronden voor euthanasie zelfs het risico lopen terecht te moeten staan voor moord. Elke goedwillende en goedbedoelende arts, wie het doorgaans toch al zoveel moeite kost om euthanatische handelingen te verrichten, zal evenwel onder geen enkel beding aan zijn naam de verdenking verbonden willen zien een moordenaar te zijn, ondanks de mogelijk goede of relatief goede afloop van de zaak.²²

Teneinde deze tragische en onbevredigende situaties te voorkomen heb ik indertijd voorgesteld de desbetreffende strafbepalingen drastisch te hervormen op grond van de gedachte dat de euthanasie en hulp bij zelfdoding, mits door de arts met verantwoorde zorgvuldigheid toegepast, intussen ruimschoots maatschappelijk aanvaard zijn. In mijn concept²³ zou uitgangspunt moeten blijven dat euthanasie die wordt verricht door iemand die geen arts is, als zodanig strafbaar is. Maar dit zou niet moeten gelden voor de arts die (één van) de zorgvuldigheidsnormen schendt. De strafwet zou voor de arts niet het verrichten van de euthanasie maar alleen het schenden van de zorgvuldigheid strafbaar moeten stellen omdat het hem treffende verwijt tegenwoordig alleen daarin is gelegen. Kortom, de onzorgvuldigheid zou de Typizität van de strafbaarstelling moeten uitmaken.

Er zouden dan kortgezegd twee versies van dit nieuwe kwaliteitsdelict denkbaar zijn: een doleuze en een culpoze. De arts die opzettelijk het leven van een ander die zich in een uitzichtloze noodsituatie bevindt op diens uitdrukkelijk verzoek beëindigt zonder dat aan de zorgvuldigheid is voldaan, is dan doleus strafbaar wegens schending van de zorgvuldigheid; en de arts is culpoos strafbaar als het aan zijn schuld te wijten is dat hij bij de door hem verrichte levensbeëindiging op verzoek niet aan de zorgvuldigheid heeft voldaan.

En evenzo zou ook het op onzorgvuldige wijze verrichten van euthanasie *zonder verzoek* moeten worden teruggebracht tot het doleus of culpoos schenden van de zorgvuldigheid. In de

²⁰ HR27 november 1984, NJ 1985, 106.

²¹ Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (wet van 12 april 2001, Stb. 2001, 194 (in werking getreden 1 april 2002)).

²² Zo geschiedde bijvoorbeeld in de zaak tegen de arts Prins (Hof Amsterdam 7 november 1995, NJ 1996, 554) en tegen de arts Kadijk vanwege ‘euthanasie’ gepleegd op zwaar gehandicapte pasgeborenen. Beide zaken eindigden in ontslag van alle rechtsvervolging. Pas naderhand is een speciale deskundigencommissie ter beoordeling van levensbeëindiging van zwaar gehandicapte pasgeborenen ingesteld.

²³ Zie hierover uitvoeriger: C. Kelk, De praktijk van de euthanasie: het einde van een rijpingsproces?, *NJB* 1997, p. 101-107.

desbetreffende twee delictsommschrijvingen zou dan in ieder geval het begrip ‘wederrechtelijkheid’ moeten worden opgenomen bijvoorbeeld voor het geval het eigen verzoek van de patiënt er wel had kunnen zijn, maar toch ontbreekt. Zijn er voor die levensbeëindiging toch prangende redenen, dan kan de arts zich eventueel op noodtoestand beroepen. Als zo’n verzoek door de omstandigheden in het geheel niet denkbaar is (de patiënt is bijvoorbeeld wilsonbekwaam) zou de arts zich ook dan op noodtoestand kunnen beroepen. Doch de wederrechtelijkheid zal toch vervuld zijn te achten in het geval het ontbreken van een verzoek niet of te weinig door de urgentie van de noodsituatie wordt gecompenseerd.

6. *De Typizität verdient aandacht in de strafrechtspraktijk*

Het zal duidelijk zijn dat door mij stelling wordt genomen tegen *oneigenlijk geconstrueerde of geforceerde kwalificaties*, bijvoorbeeld door het OM in de zaak van het heimelijk fotograferen van naakte personen, door de Hoge Raad ter zake van eigengereide handelingen door mensen die hoe dan ook met een eigen recht handelen en van lieden die voor een ander trachten een gevangenisstraf uit te zitten, en tenslotte ook tegen de kwalificatie van een levensdelict door een arts terwijl het vereiste eigen verzoek ontbreekt en ook nooit heeft bestaan. Uiteraard spreken we in dit verband niet over beruchte gevallen van artsen die de hun ter beschikking staande middelen misbruiken om opzettelijk moord(en) te plegen, waarbij bijvoorbeeld valt te denken aan de Amerikaanse van euthanasie bezeten arts van lang geleden met de bijnaam: ‘Doctor Death’. De artsen kunnen zich weliswaar op noodtoestand beroepen, maar om daarin te kunnen slagen worden zeer zware eisen gesteld.

Waar het om gaat is dat al deze, op zichzelf niet toelaatbare, handelingen op de juiste waarde zullen worden geschat en dus ook van de meest passende kwalificatie in strafrechtelijke zin zullen worden voorzien. Het beeld dat volgens algemeen inzicht en rechtsgevoel door die kwalificatie wordt opgeroepen moet in de feitelijke handelingen te herkennen zijn. Weliswaar zal de rechter deze kwalificatie moeten vatstellen mede in het licht van de strekking van de desbetreffende strafbepaling en het door deze beschermde rechtsgoed, maar het is de vraag of dit altijd voldoende is. M.i. ligt daar soms ook nog een aanvullende, kritische taak voor de Typizität.

In sommige kringen bestaat helaas een grote neiging om het strafrecht in zoveel mogelijk gevallen van ongewenst gedrag in zijn zwaarst denkbare kwalificatie te willen aanwenden, opdat boosheid of woede zich zullen kunnen ontladen onder de naam van het verdiende loon (verdiend wegens wat precies?) en van de generale preventie.

Mijn hoop is echter gericht op de meer langs wegen van redelijkheid denkende burger, die begrijpt dat betichtingen vanwege de staat die zwaarder zijn dan wat zijn rechtsbewustzijn hem in het concrete geval ingeeft, soms langdurige, schadelijke gevolgen kunnen hebben voor de personen die dit treft. Het oplopen van een negatieve naam, veelal via de media, vanwege een strafrechtelijke vervolging of berechting moet beperkt blijven doordat het juiste delictsoort met de juiste betiteling wordt genoemd en niet meer dan dat.

Wellicht weegt nog zwaarder het strafrechtsdogmatische gevaar dat veronachtzaming van de Typizität tot denaturering van delictskwalificaties zou kunnen leiden.

Daarom doet het OM er goed aan om tijdens het voorbereidend onderzoek in bekende strafzaken zich vooralsnog te onthouden van het in de media noemen van stellige

delictskwalificaties met de bijbehorende (maximum)straf als daarvoor niet voldoende goede gronden zijn. Dit zijn in feite immers slechts tijdelijke kwalificaties²⁴, maar intussen blijven zij wel vaak bij het publiek hangen. Dit kan onnodig diskwalificerend werken.

Natuurlijk hoeven requisitoiren door de rechter niet te worden gevolgd en kunnen in hoger beroep en in cassatie eerdere uitspraken door de hogere rechter ongedaan worden gemaakt. En dan heb ik het nog niet over proefprocessen om een bepaalde kwalificatie voor bepaalde feiten te laten toetsen. De kwalificatiebeslissing (zie de tweede vraag van art. 350 Sv) moet krachtens art. 358 lid 2 jo. 359 lid 2 Sv in het vonnis worden opgenomen en gemotiveerd en als daarin wordt afgeweken van uitdrukkelijk door de verdachte of het OM te berde gebrachte onderbouwde standpunten, moeten de redenen daartoe in het bijzonder worden vermeld. Daarbij zal in voorkomende gevallen ook de Typizität moeten meewegen.

Ik zie als een belangrijk aspect van de zelfstandige betekenis van de kwalificatie dat ‘common sense’ hieromtrent zal kunnen bijdragen aan de verfijning en aanscherping van de argumentatie in rechterlijke kwalificatiebeslissingen, zodat de algemeen gedeelde perceptie van een bepaalde kwalificerende terminologie eventueel zal zegevieren boven te strikt juridische interpretaties. In de samenleving heersen zeer zeker noties van wat écht een door een arts begane moord is in plaats van wat een onvolkomen euthanasie is en van wat echte oplichting is in plaats van een eigenzinnige handeling om een eigen recht te realiseren en van wat echt een ontuchtige handeling is in plaats van een kwalijke vorm van privacy-schending, et cetera. Het binnen het bereik van bepaalde delictsoomschrijvingen persen van gedragingen die bij nadere beschouwing ‘onschuldiger’ blijken te zijn dan waarvoor deze delictsoomschrijvingen - gezien de ‘Wortlaut’ van hun kwalificatie - bedoeld zijn, kan zoals gezegd ten aanzien van de betrokkenen stigmatiserend en diskwalificerend werken. Zij kunnen zich daardoor in hun identiteit en hun integriteit gekwetst voelen. Bovendien heeft een en ander gevolgen voor de gegevens die in de Justitiële Documentatie worden vermeld. Het lijkt er op dat strafrechtsfunctionarissen zich deze euvelen wel eens wat weinig realiseren, waarschijnlijk denkende aan het bestaan van strafuitsluitingsgronden en aan andere mogelijkheden om de betrokken verdachten in enigerlei mate tegemoet te komen. Zo heeft Rammelink een pleidooi gehouden om delictsbestanddelen zo nodig creatief te interpreteren, namelijk door buiten de strikte tekst van de delictsoomschrijving gelegen maar wel op andere rechtsgebieden of in rechtsgewoonten of rechtsbeginselen gewortelde veroorloevende normen in de delictsoomschrijving ‘in te lezen’.²⁵ Dan blijft de rechter toch bij de wetstekst. Voorts is er de mogelijkheid voor de rechter om rekening te houden met het minder of niet typisch karakter van de daad door een lage straf op te leggen of art. 9a Sr toe te passen.

Blijft staan dat het grote voordeel van de zelfstandige betekenis van de kwalificatie de directe werking daarvan is: wie juridisch niet heeft opgelicht ís wezenlijk ook geen oplichter, hoewel hij een reprimande kan krijgen over zijn eventuele onbetamelijke gedrag anderszins, waarbij

²⁴ Deze term is van C.M. Pelser, *De naam van het feit* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 91.

²⁵ Hazewinkel-Suringa/Rammelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint, 14e druk 1995, p. 343. Rammelink denkt o.a. aan het misdrijf van dienst nemen bij de vijand in oorlogstijd, maar met het uitdrukkelijke doel om vaderlandslievende belangen te dienen.

overigens niet is uitgesloten dat dit gedrag wel een ander delict oplevert. Dat geldt mutatis mutandis voor alle andere hier behandelde gevallen.

Ook Van Hattum pleitte ervoor dat de materieelrechtelijke kwalificatie bij voorkeur zal aansluiten op het algemeen rechtsbewustzijn, maar ook vond hij dat deze eventueel zelfs dienstbaar is te maken aan ‘een te vormen taalgebruik.’²⁶ Ik onderschrijf deze opvatting, zoals al zal zijn gebleken. De theorie van de zelfstandige betekenis van de kwalificatie kan volgens van Hattum bovendien nog ‘een dieper inzicht in de leer der bijzondere delicten verschaffen en zal tevens een dam opwerpen tegen de door Pompe zo terecht gewraakte overspanning van de delictsinhoud’.²⁷ Dit lijkt me een creatieve visie, die oog heeft voor de theoretische worteling van ons strafrecht en die in een goede, mede op redelijkheid gebaseerde strafrechtspraktijk niet gemist kan worden.

Bij dit alles moet mét Pompe nog eens worden benadrukt dat de Typizität alleen mag dienen voor een restrictieve toepassing van de strafwet. Theo de Roos heeft naar aanleiding van het eerste Gevangenisvoedsel-geval dat zich feitelijk al in 1938 had voorgedaan, dan ook terecht opgemerkt dat het door Pompe in zijn noot voorgestane beroep op het gevoel van het volk in dit verband niet onproblematisch was: ‘juist door de ervaringen in de jaren ’30 en ’40 hebben wij geleerd het “gesundes Volksempfinden” te wantrouwen’. Maar Pompe zette zich alleen af tegen steriele, voor het volk niet te volgen juristerij en ‘dat spreekt ook nu nog aan.’²⁸

De Hoge Raad heeft meermalen inzicht getoond in het belang van de Typizität, zonder deze met zoveel woorden te noemen. Ik denk aan het bekende arrest ‘De steler is geen heler’, een naamgeving die al duidt op het belang van de kwalificatie: heling is een begunstigingsdelict (in de Cremers-editie van het Wetboek van Strafrecht staat begunstiging er ook uitdrukkelijk boven), hetgeen wil zeggen dat degene die aan een ander een gestolen fiets verkoopt alleen een heler kan zijn in de zin van art. 416 Sr als deze fiets niet door hemzelf maar door een derde aan de eigenaar is ontstolen. De heler is overeenkomstig de ratio van heling begunstiger van de diefstal door de dief (de derde dus) en niet van zichzelf.²⁹

Dat door de Hoge Raad ook in de naaktfotografie-zaken de notie van de Typizität, zij het impliciet, in acht is genomen doet mij, en waarschijnlijk ook Theo de Roos, deugd.

Constantijn Kelk

²⁶ J.M. van Bemmelen en W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint-Brouwer 1953, deel I, p. 120.

²⁷ Idem, p. 124.

²⁸ Theo de Roos, Een vijftig jaar oude boodschap van Pompe, in: *Een reis naar het verleden*, bundeltje aangeboden aan A.H.J. Swart, Utrecht: huisuitgave Willem Pompe Instituut 1991, p. 34-38.

²⁹ Zie HR 27 september 1994, NJ 1995, 65; zie ook reeds HR 5 december 1927, NJ 1928, p. 5.