

‘Wir schaffen das’ – Over de inhoud en betekenis van een opmerkelijk Duits wetgevingsinitiatief

P.A.M. Mevis, datum 19-12-2016

Datum

19-12-2016

Auteur

P.A.M. Mevis^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Strafrecht algemeen (V)

1. Inleiding

Angela Merkel's 'Wir schaffen das' is vast één van de ook in Nederland meest geciteerde Duitse uitspraken van de laatste tijd. Het is op zichzelf niet verkeerd dat het Duits het Anglo-Amerikaans zo af en toe verdringt. De *onliner* was overigens in haar eerste bedoeling geen partijpolitiek programmapunt of morele taakstelling. Het was veel meer een pragmatisch vertrouwensvotum in de Duitse *Zivilgesellschaft*, en als zodanig aanvankelijk niet omstreden. De uitspraak is naar haar woord-inhoudelijke betekenis gericht op het bereiken van een wellicht niet ideale, maar wel tevredenstellende toestand in de toekomst. Toch kijkt Duitsland ook terug; *Vergangenheitsbewältigung* is niet voor niets een ander bekend Duits woord. Net zoals het 'Wir schaffen das' – en anders dan de Nederlandse neiging tot omkijken in (zelf)genoegzaamheid^[2] – zet ook *Vergangenheitsbewältigung* aan tot arbeid, tot actie; het woord drukt een proces of activiteit uit. Nu heeft Duitsland op grond van de 20^{ste} eeuwse *Vergangenheit* natuurlijk ook wel het nodige te *bewältigen*. Maar meer dan andere landen heeft Duitsland zich ter zake inderdaad 'an die Arbeit' gezet en daarvoor ook wel erkenning gekregen, ook van inwoners met een allochtone achtergrond. Zij delen kennelijk Merckels vertrouwensvotum in de Duitse *Zivilgesellschaft*.^[3]

Dat proces van *Vergangenheitsbewältigung* heeft geen halt gehouden voor de poorten waarachter de strafrechtspleging in het verleden verborgen ligt. Voor wat betreft de nazitijd is er het *Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in die Strafrechtspflege*^[4] van 28 mei 1998, uitgebreid per 17 mei 2002.^[5] In het systeem van die wet zijn de daarin bedoelde vonnissen door en bij de wet zelf *aufgehoben*. Voor wat betreft strafrechtelijke veroordelingen in de voormalige DDR bepaalt artikel 1 lid 1 van het *Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmassnahmen im Beitrittsgebiet (Strafrechtlichen Rehabilitierungsgesetz – StrRehaG)* van 29 oktober 1992^[6]:

“Die strafrechtliche Entscheidung eines staatlichen deutschen Gerichts in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet (Beitrittsgebiet) aus der Zeit vom 8. Mai 1945 bis zum 2. Oktober 1990 ist auf Antrag für rechtsstaatswidrig zu erklären und aufzuheben (Rehabilitierung), soweit sie mit wesentlichen Grundsätzen einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbar ist, insbesondere weil...” (volgt nadere opsomming, PM)^[7]

Rehabilitatie krijgt hier de vorm van een mogelijke nietigverklaring van de betreffende vonnissen wegens hun strijdigheid met de rechtsstaat. Door dat laatste criterium gaat het ook om nietigheid in de vorm, bijvoorbeeld wegens onvoldoende onafhankelijke en onpartijdige gerechten, en niet alleen om nietigheid vanwege de inhoud (niet meer acceptabele strafbaarheid van gedrag of opgelegde straf).

Om tot een dergelijke nietigheid te geraken is volgens de constructie in deze wet een verzoek van een betroffene noodzakelijk waarover een rechter vervolgens per geval beslist. De wet maakt een rechterlijke rehabilitatiebeslissing op verzoek – en dus per afzonderlijk geval – mogelijk. Anders dan de wet betreffende de vonnissen uit de nazitijd voorziet de DDR-rehabilitatiewet daarmee zelf niet rechtstreeks in rehabilitatie door *Aufhebung* van het vonnis van rechtswege, dat wil zeggen: in en bij de wet zelf.^[8] De (modaliteit van) beide wetten is door het BVerfG geaccepteerd.

Aan deze vormen van *Vergangenheitsbewältigung* kan een recent initiatief van de Duitse Minister van Justitie Heiko Maas (SPD) worden toegevoegd. Dat initiatief is alleen reeds opmerkelijk omdat de grondslag voor rehabilitatie – anders dan de twee bovenstaande regelingen – niet voortvloeit uit een complete wisseling van een politiek systeem.^[9] Het betreft het initiatief om bij wet in de rehabilitatie te voorzien van al degenen die na 1945 zijn veroordeeld voor de specifieke delicten die zagen op het hebben van (vrijwillig) homoseksueel geslachtsverkeer.^[10] Om precies te zijn: het gaat – juridisch gezegd –

om al degenen die sedert 1949 vervolgd en veroordeeld zijn ter zake van de nog uit de nazitijd in verscherpte vorm overgehouden,^[11] maar al uit de *Kaiserzeit* stammende, artikelen 175 StGB oud (strafbaarstelling van (vrijwillige) homoseksuele handelingen sec) en 175a onder 3 en 4 StGB oud (strafverzwaring) van de Bondsrepubliek. Na een wetwijziging gaat het vanaf 1969 nog 'slechts' ^[12] om veroordelingen ter zake van het gewijzigd artikel 175 onder 1 en 3 StGB (oud) dat voorzag in verschillende leeftijdsgrenzen voor (strafvrije) homoseksuele respectievelijk heteroseksuele contacten (aanvankelijk 21 jaar en vanaf 1973 18 jaar, in sommige gevallen 14 jaar). Per 11 juni 1994 verviel ook dat vernieuwde artikel 175 StGB. Eerst daarmee verdwenen alle sporen van een aparte strafrechtelijke behandeling van seksuele handelingen tussen mensen van gelijk geslacht uit het Duitse strafrecht. Het initiatief voor rehabilitatie omvat voorts veroordelingen ter zake van het oude artikel 151 StGB van de DDR dat tot 1 juli 1989 heeft gegolden.^[13] Niet juridisch gezegd gaat het om hetgeen Burgi aanduidt als strafbaarheid ter zake van *einfachen Homosexualität*: vervolging, bestraffing en bedreiging daarmee wegens seksuele gedragingen welke gedragingen niet strafbaar zouden zijn geweest als die gedragingen tussen mensen van verschillend geslacht zouden hebben plaatsgevonden.

In de voorstelling van de Duitse Minister van Justitie krijgt de rehabilitatie de vorm van een wettelijke regeling, waarbij (in de eerste plaats) alle rechterlijke veroordelingen door de wet zelf worden opgeheven. Het gaat niet (slechts) om een beoordeling per *Einzelverurteilung*. De keuze voor de aanpak gaat terug op de praktische onmogelijkheid individuele gevallen nog op te sporen. Maar ook op het besef dat het met het politieke doel van deze rehabilitatie nu juist niet in overeenstemming te brengen is om veroordeelden zelf opnieuw de gang naar justitie te laten maken teneinde rehabilitatie te (moeten) verzoeken. Met deze benadering wil eerst en vooral tot uitdrukking gebracht zijn dat de wetgever zelf vindt dat de strafbaarstelling in strijd was met fundamentele grondrechten. Daaruit vloeit de noodzaak tot handelen voort. Het gaat niet (slechts) om het eerst en vooral tegemoetkomen aan een recht op rehabilitatie bij betrokkenen: er is meer nodig. Noodzakelijk onderdeel van de regeling is daarom verder de blokkade van rechtswege van eventueel nog lopende vervolgingen en strafexecuties. Voorts zullen de gevolgen in de justitiële documentatie worden uitgewist. De wet zal een mogelijkheid bevatten tot het toekennen van individuele schadevergoeding. Zulks met name voor ondergane straffen en aan strafoplegging verbonden kostenveroordelingen. Het voornemen is aanvullend te voorzien in vormen van collectieve schadevergoeding. Met die laatste vorm wordt beoogd ook niet-vervolgden of veroordeelden tegemoet te komen wier levensinrichting volgens de wetgever ook zonder strafvervolging toch sowieso reeds door het bestaan van het verbod en de strafdreiging negatief beïnvloed is.

Met deze uitgangspunten en keuze voor deels door de wet zelf van rechtswege intredende rehabilitatie als modaliteit wordt de meest verregaande vorm van 'correctie' van wetgeving en daarop gebaseerde strafvervolgingen en oordelen van de strafrechter gekozen die denkbaar is. In deze ruim zin wordt rehabilitatie door Burgi gedefinieerd als:

"Rehabilitierung meint im vorliegenden Zusammenhang die Wiederbegründung des sozialen Ansehens eines Verurteilten innerhalb der Rechtsgemeinschaft, um zu Unrecht erlittene Haft, Schädigungen an Leib und Seele, Diskriminierung in der Gesellschaft, Zurücksetzungen im Beruf sowie den Entzug von Gütern und Lebenschancen zumindest ansatzweise zu kompensieren." ^[14]

De roep om rehabilitatie voor de na 1945 ter zake van artikel 175 StGB vervolgden en veroordeelden is als zodanig niet nieuw, zij het niet steeds als pleidooi voor de thans gekozen, meest verregaande vorm. De roep om rehabilitatie klinkt reeds ten minste sinds 1998. Van betekenis is dat de Duitse Bondsdag in 2000 zich in een resolutie voor de strafvervolgingen verontschuldigt.^[15] Dat is een vorm van politieke rehabilitatie, zij het nog slechts in de vorm van een *Bedauern*, een spijtbetuiging. Maar de wel vaker te signaleren impasse die vaak na zo'n 'ferme', maar tegelijk formeel nog weinig betekenisvolle eerste stap ontstaat in het nemen van concrete, verbindende verdere stappen^[16] wordt – althans door de Bondsdag^[17] – eerst thans doorbroken; er komt nu dan toch daadwerkelijk wetgeving aan. De stand van zaken bij de afsluiting van deze bijdrage is dat vanwege het Ministerie van Justitie een zogenaamd *Eckpunktepapier* is gepubliceerd waarin bovengenoemde uitgangspunten van een voorgenomen wettelijke regeling zijn verwoord.^[18] Justitieminister Maas kondigde een wetsvoorstel aan voor oktober 2016, maar dat is, voor zover valt na te gaan, bij het afsluiten van deze tekst nog niet verschenen. De minister stelt voor de schadevergoeding € 30 miljoen beschikbaar. Hij gaat ervan uit dat er zo'n 5000 personen zijn die een aanspraak op individuele schadevergoeding kunnen maken.^[19] Vanuit de Duitse Bondsdag is zowel vanuit de fractie van *Bündnis '90/die Grünen* ^[20] als vanuit de fractie van *Die Linke*^[21] een initiatiefwetsvoorstel ingediend. Vanwege de pluraliteit aan initiatieven wordt in het onderstaande samenvattend gesproken van 'wetgevingsinitiatief'.

Een dergelijk thema en wetgevingsinitiatief is een *Fundgrube* voor principiële beschouwingen. Duitsland zou Duitsland niet (meer) zijn als dit thema aldaar inderdaad niet met enige stevige theoretische debatten gepaard zou zijn gegaan. Die discussie levert een palet op van ook voor Nederland interessante aspecten van een dergelijke operatie tot correctie van een strafbaarstelling. Het debat is in het bijzonder van belang voor de constitutioneel-strafrechtelijke verhoudingen ter zake tussen wetgever en (straf)rechter. Bij de onderstaande verkenning van enkele aspecten van het Duitse wetgevingsinitiatief is nog van enig belang dat inmiddels ook in Groot-Brittannië het initiatief is genomen voor een *Sexual Offences (Pardons etc) Bill* voor hen die in het verleden wegens vrijwillige homoseksuele contacten veroordeeld zijn.^[22] Vanwege de omvang

van deze bijdrage wordt de Britse discussie hier verder buiten beschouwing gelaten. Het Britse voorbeeld laat wel zien dat er in Duitsland meer aan de hand is dan het enkele *aufarbeiten* van onderdelen van de eigen, 20^{ste} eeuwse Duitse geschiedenis, zoals het alsnog repareren van de gevolgen van nazi-wetgeving die ten onrechte is blijven gelden.

2. Correctie van strafwetgeving: de constitutionele grondslag voor de rehabilitatiewet

Duidelijk is dat de wijziging en afschaffing van de strafbaarstelling in de beide Duitslanden in elk geval blijkt geeft van wat wij in Nederland met een aan de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr ontleende terminologie zouden aanduiden als 'gewijzigd inzicht in de strafwaardigheid van een gedraging'. Duidelijk is ook dat dit enkele feit onvoldoende is om daaraan de noodzaak voor een dergelijke verregaande modaliteit van rehabilitatie te verbinden als die waarin Duitsland thans (alsnog) wil voorzien. Een dergelijk gewijzigd inzicht zegt immers niet zonder meer iets over de 'waarde' van de strafbaarstelling van een gedraging en de opvattingen over het daarmee beschermde rechtsgoed ten tijde van de gelding van het vroegere recht. Dat uitgangspunt wordt in feite bevestigd door het gegeven dat voor de terugwerkende kracht van de afschaffing van een strafbaarstelling een uitdrukkelijke wettelijke voorziening noodzakelijk is. De grondslag voor rehabilitatie en voor een rehabilitatiewet moet dus dieper liggen. Voor de hand ligt aan te nemen dat de strafbaarstelling van artikel 175 StGB in strijd was met (het kernbereik van) concrete grondrechten uit het Duitse *Grundgesetz* (GG), in het bijzonder van artikel 2 (recht op vrije ontwikkeling van de persoon en lichamelijke integriteit), en zeker ook van artikel 3 (gelijkheid), maar zelfs van artikel 1 lid 1 inzake de *Menschenwürde*. Dit is in zoverre een lastig argument omdat het Duitse *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) in 1957 heeft geoordeeld dat de strafbaarstelling *niet* in strijd was met de Duitse Grondwet, althans niet met de toenmalige interpretatie van die Grondwet door dat BVerfG.^[23] Interessant is dat wel is betoogd dat dit oordeel als het ware 'te vroeg' kwam, dat wil zeggen nog voordat algemeen werd aangenomen dat de ontwikkeling van de individuele seksuele ontwikkeling door het algemeen persoonlijkheidsrecht van artikel 2 GG beschermd wordt.^[24] Maar ook in deze benadering is er hooguit *inmiddels* geen grond meer voor strafbaarstelling en vervolging en dus ook in zoverre in grondrechtelijk en grondwettelijk opzicht (slechts) sprak van hooguit 'gewijzigd inzicht'. Toch knelt hier reeds meer en daarmee raken we het wezenlijke punt.

Het is met name Burgi die uitvoerig stilstaat bij de staatsrechtelijke en grondwettelijke aspecten van het Duitse wetgevingsinitiatief. Hij verkent zowel de grondwettelijke mogelijkheden als eventuele belemmeringen. Aan de kant van die mogelijkheden concludeert hij dat er in sommige gevallen in elk geval een staatsrechtelijke legitimatie, zo niet een grondwettelijke opdracht of plicht is om tot rehabilitatie bij wet te beslissen. Daarvan is sprake ingeval een 'besonders kwalificierter Verstoß gegen Höherrangige Verfassungsnormen', een term die ook normatieve betekenis heeft. Gegeven de aard van de materie die thans aan de orde is en de gevolgen van de strafbaarstelling voor het leven van velen, ook niet-vervolgden of veroordeelden, concludeert Burgi dat daarvan inderdaad sprake is. Het ging bij de strafbaarstelling van artikel 175 StGB immers om een aantasting van het kernbereik van enkele belangrijke grondrechten betreffende de persoon en de persoonlijke ontwikkeling als het meer maatschappelijk gelijkheidsgebod, welke aantasting disproportioneel is in het licht van de daarmee beoogde doelstelling, die op zichzelf (strafbaarstelling van *Sittengesetz*) ook al niet houdbaar is. De thans te rehabiliteren strafbare gedragingen zijn niet schadelijk (en waren dan nooit) waardoor de strafbaarstelling sterk discriminatoire gedragingen betreft.^[25] Voor de grondslag voor rehabilitatie knoopt hij vervolgens aan bij de jurisprudentie van het BVerfG over wat wij 'positieve grondrechtenverplichtingen' zouden noemen. Op basis daarvan betoogt Burgi dat, gegeven die *qualifizierter Verfassungsverstoss*, zowel het algemene rechtsstaatprincipe en de garantie van een daaruit voortvloeiende opdracht tot het creëren van een democratische en sociale rechtsstaat,^[26] als concrete grondrechten en – binnen het Duitse strafrecht – de aan de regeling van de herziening ten grondslag liggende opdracht 'materiële gerechtigheid' te laten prefereren boven de onherroepelijkheid van het rechterlijk oordeel, er inderdaad en in elk geval grondwettelijke legitimatie voor, en in feite een rechtsplicht tot rehabilitatie bestaat, zoals die door de wetgever thans wordt beoogd. Het enkele opheffen van strafbaarheid door de afschaffing van artikel 175 StGB, zoals de wetgever inmiddels gedaan heeft, schiet daartoe te kort omdat het leed van de – thans te veroordelen – strafbaarstelling van een aard is die veroordeelden, vervolgden en derden simpelweg en in fraai Duits uitgedrukt 'nicht hinnehmen müssten'.^[27] In gelijke zin betoogt Wasmuth dat de wetgever met de strafbaarstelling van enkel homoseksuele handelingen de grenzen die in een rechtsstaat voor wetgeving en strafbaarstelling hebben te gelden, heeft overschreden.^[28] De vervallen strafbaarstelling van artikel 175 StGB gaat niet terug op de bescherming van de rechten van anderen of het beschermen van het vreedzaam samenleven van mensen in de maatschappij, maar alleen op publiekrechtelijke bescherming van zedelijke normen (*Sittengesetze*). Dat is de wetgever in een rechtstaat – althans naar huidige opvattingen^[29] – niet toegestaan.

In deze benadering gaat het bij de grondslag van de rehabilitatie thans niet om het inmiddels ingetreden gewijzigd inzicht over dergelijke zedelijke normen met betrekking tot homoseksualiteit, c.q. over nut en noodzaak van strafrechtelijke rechtshandhaving door vervolging, berechting en bestraffing ter zake, maar om het inzicht dat de wetgeving met betrekking tot de strafbaarstelling van artikel 175 StGB *vanaf het begin* van de Bondsrepubliek als rechtsstaat na de Tweede Wereldoorlog onrechtmatig is geweest. Die conclusie vormt de aanzet voor een inderdaad bijna verplichtende rechtsbasis voor een dergelijke, meest verregaande modaliteit. Zeker nadat de Duitse Bondsdag in 2000 zijn eigen fout als daad van

wetgeving uitdrukkelijk heeft erkend, is sprake van een plicht, juist ook van die Bondsdag zelf als orgaan dat 'wetgeving' als opperste middel en instrument heeft om aan die eigen schuldbekentenis met gebruik van dat middel van wetgeving uitvoering te geven. 'Wer Schuld bekennt, begibt sich ins Obligo, und das wird mit einem Eingeständniss nicht getilgt', schrijft Lautmann.^[30]

3. Tegenargumenten

Tegelijk liggen in bovenstaande benadering ook bedenkingen en bezwaren. De eerste categorie is van praktische aard. De geschetste grondslag geldt alleen voor strafvervolgingen en veroordelingen van seksuele gedragingen tussen volwassenen van gelijk geslacht 'puur', dan wel zodanige gedragingen binnen slechts voor homoseksuele contacten (tussen mannen) bestaande hogere minimumleeftijdsgrenzen. Zij geldt niet ten aanzien van de vervolging en veroordeling van gevallen waarin sprake is van misbruik of van seksuele handelingen met minderjarigen onder de leeftijd tot welke alle minderjarigen beschermd worden. Die gevallen betreffen immers wel in een rechtsstaat toegelaten beperkingen van grondrechten waar de wetgever door strafbaarstelling in kan voorzien. Deze gevallen zijn dan ook niet voor niets reeds in de *Eckpunkte* uitgesloten. In concrete gevallen zal dat moeilijk te scheiden kunnen zijn. Andere bezwaren zijn fundamenteeler.

Hoewel initiatiefnemer Justitieminister Heiko Maas geen lid is van de CDU maar van de SPD, is CSU desondanks tegen. De Minister van Justitie van Beieren, het land dat – als gezegd – in de *Kaiserzeit* nog voorop liep door als enige de straffeloosheid van homoseksuele contacten uit de Franse wetgeving overeind te houden, verklaarde bezwaren te hebben tegen het initiatief van Haas.^[31] Met een dergelijk initiatief zou volgens de Beierse Minister van Justitie de machtscheiding in het geding zijn. Bovendien zou te gemakkelijk een precedent geschapen worden voor andere gevallen van wijziging van wetgeving op basis van veranderd inzicht in de strafwaardigheid van bepaalde gedragingen.

Daarmee zijn we aanbeland bij enige algemene staatsrechtelijke aspecten van het Duitse initiatief. Dergelijke grondwettelijk-constitutionele of andere fundamentele of formeelrechtelijke bezwaren tegen de voorgenomen rehabilitatie ziet Burgi niet. Hij bespreekt en weerlegt er een drietal van algemene strekking en betekenis. Het voornaamste is het bezwaar van de inbreuk op de rechtszekerheid als onherroepelijke rechterlijke beslissingen op deze grond worden opgeheven. Daar staat, zoals hierboven al gememoreerd, volgens Burgi tegenover dat het instituut van de herziening in strafzaken al laat zien dat het belang, gediend met het respecteren van onherroepelijke rechterlijke oordelen, soms moet wijken voor hogere belangen. Dat herzieningsrecht biedt ook voor wat betreft de doorwerking van wijzigingen in het *materiële* recht daarvoor een zekere basis. Net als in Nederland kan het onherroepelijk strafrechtelijk gewijsde worden herzien als een uitspraak van met name het EHRM daartoe aanleiding geeft. Belangrijker:^[32] volgens artikel 79 van het *Bundesverfassungsgesetz* is herziening in het strafrecht uitdrukkelijk toegelaten als en voor zover de veroordeling berust op een norm waarvan de uitleg door het BVerfG in strijd met de Duitse Grondwet is geoordeeld. Staatsrechtelijk is er volgens Burgi ook geen 'bovengrens' aan de competentie tot rehabilitatie door de wetgever ingeval uit het staatsrecht de positieve plicht tot rehabilitatie voortvloeit als en omdat de onderliggende norm waarop de strafbaarstelling berust, ernstig in strijd is met fundamentele rechten. Er bestaat consensus bij de Duitse wetgever dat aan die extra eis van *qualifizierter Verfassungsverstoss* ten aanzien van artikel 175 StGB (als – door de wetgever te verantwoorden – daad van wetgeving, dus niet (alleen) bij de daarop gebaseerde veroordelingen door de strafrechter) voldaan is. De te rehabiliteren groep is voorts voldoende helder te onderscheiden en niet zo diffuus dat rehabilitatie op dit punt tot een zekere willekeur zou kunnen leiden, hetgeen – maar *quod non* – een zelfstandig, uit de rechtszekerheid afgeleid argument tegen het wetgevingsinitiatief had kunnen zijn.^[33] Dat geldt ook voor het argument dat de beperking van het wetgevingsinitiatief tot – enkel – artikel 175 StGB een daad van willekeur of niet te rechtvaardigen ongelijkheid is, bijvoorbeeld in vergelijking met hen die voor soortgelijke 'misdriven tegen de zeden' zijn vervolgd of veroordeeld. In dat kader worden in Duitsland wel de voorheen bestaande strafbaarstellingen van echtbreuk en van koppelarij genoemd. Men is het er in het algemeen over eens dat ter zake reden is voor onderscheid omdat voor die laatste delicten nooit, zeker niet ambtshalve, vervolgd is (echtbreuk was een klachtdelict), deze misdrijven veel minder stigmatiserend waren en (mede daardoor) een veel beperktere (of geen) inbreuk maakten op het recht op en mogelijkheden tot vrije ontwikkeling van de persoon.^[34]

Voor wat betreft het argument van de scheiding der machten is vooral van belang dat het bij het wetgevingsinitiatief niet gaat om een concrete modaliteit tot inmenging van de wetgever in afzonderlijke oordelen van de rechter. De grondslag van het initiatief ligt immers in de erkenning van een onjuiste beslissing van de wetgever; de wet regelt eerst en vooral de rechtsgevolgen van die erkenning. En dat op basis van de materiële ernst van de vergissing (*qualifizierter Verfassungsverstoss*). Tegen zodanige rehabilitatie verzet zich volgens Burgi noch het idee van de scheiding der machten als zodanig, noch de uitwerking ervan in artikel 20 lid 3 Duitse Grondwet^[35] of de gebondenheid van de wetgever aan de oordelen van het *Bundesverfassungsgericht* op grond van artikel 31 *Bundesverfassungsgesetz* (BVerfGG).^[36]

4. Rehabilitatie in het Nederlandse recht

Hoe zou een dergelijk wetgevingsinitiatief naar het Nederlandse constitutionele strafrecht kunnen worden vertaald? Rehabilitatie als rechtsfiguur komt in het Nederlandse positieve strafrecht niet (meer) voor. Eertijds was zij, bijvoorbeeld in geval van herziening, noodzakelijk om het ontorende van straf en veroordeling weg te nemen.^[37] De met het Duitse wetgevingsinitiatief vergelijkbare modaliteit in het Nederlandse recht is de amnestie. Deze is ook heden ten dage nog 'gewoon' in (artikel 122 lid 2 van) de Grondwet voorzien. Anders dan de ten onrechte in 1983 uit de Grondwet geschrapte, individueel bepaalde abolitie^[38] omvat de amnestie het bij algemene regel collectief wegnemen van de gevolgen van enig misdrijf, zowel vóór, maar ook na een eventuele vervolging en veroordeling.^[39] Met artikel 122 Grondwet staat vast dat amnestie mogelijk is, maar ook wie ter zake competent is. Dat is sinds 1848 exclusief de wetgever, toentertijd bedoeld als een duidelijke afbakening van de bevoegdheid van de Koning tot het verlenen van gratie.^[40] In zoverre hoeft in Nederland – anders dan in Duitsland – over de mogelijkheid van een dergelijke rehabilitatiewet, in de vorm van amnestie en het daartoe bevoegde orgaan geen onduidelijkheid te bestaan. Tegen die achtergrond is het begrijpelijk dat de strafkamer van de Hoge Raad nog niet zo heel erg lang geleden ter zake naar de wetgever kon verwijzen. Want men kan op zichzelf reeds een leerzame middag doorbrengen met het bestuderen van beschouwingen en regelingen van de toepassing van gratie, amnestie en abolitie in het verleden en reeds daarvan leren dat het geen kwaad zou kunnen deze rechtsinstituten in hun constitutionele dimensie ten opzichte van het strafrecht eens af te stoffen.^[41] Maar anders dan men zou verwachten is een dergelijke discussie over het achteraf corrigeren van de toepassing van het materiële strafrecht nog niet zo heel lang geleden bovendien concreet voorwerp van beraad en beslissing door de Hoge Raad geweest. Het gaat om HR 25 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:73, NJ 2013/548, m.nt. Schalken. Daarin is herziening verzocht van veroordelingen van dienstweigerders wegens gewetensbezwaren bij de politieacties in Nederlands Indië na de Tweede Wereldoorlog. In een hier relevant *obiter dictum* overweegt de Hoge Raad:

“3.4.

Opmerking verdient nog dat de mede aan de aanvraag ten grondslag gelegde omstandigheid dat de maatschappelijke opvattingen omtrent de strafwaardigheid van de bewezenverklarde gedraging na het onherroepelijk worden van de veroordeling zijn gewijzigd, niet kan worden aangemerkt als een voor herziening vereist (nieuw) 'gegeven' als hiervoor onder 3.1 bedoeld.

Indien en voor zover een dergelijke wijziging van opvatting leidt tot een maatschappelijk voldoende breed gedragen wens dat de gevolgen van een dergelijke veroordeling worden geredresseerd, is het niet aan de herzieningsrechter, maar aan de politieke en wetgevende organen te beoordelen of, en zo ja op welke wijze aan die wens kan worden tegemoetgekomen.”

De beslissing van de Hoge Raad in deze zaak zelf is niet zo verrassend. Ons hoogste rechtscollege stelt terecht vast dat hetgeen verzocht wordt in feite inderdaad een vorm van rehabilitatie voor een grote groep gevallen betreft. Daarvoor is de herzieningsprocedure niet bedoeld, al had zich, volgens Schalken in zijn noot, juridisch-technisch wel een ingang laten vinden. Hij meent dat de Hoge Raad de hele kwestie waarschijnlijk vanwege de aard van de materie naar politiek en wetgever heeft willen doorschuiven c.q. daaraan heeft willen overlaten. Gegeven artikel 122 Grondwet kon hij in het *obiter dictum* inderdaad volstaan met de zaak naar de wetgever te verwijzen. Sterker: daarmee handelt de Hoge Raad in de geest van het bevoegdheidsvoorbehoud ter zake door de grondwetgever van 1848, al gold dat voorbehoud toen eerder richting de Koning dan richting de rechter.

In zijn noot onder het arrest bepleit Schalken die doorverwijzing dan vervolgens wel als aansporing te beschouwen om te bezien of enige actie tot rehabilitatie aangewezen is. En zulks in termen die de wetgever in Duitsland bij zijn initiatief zo maar had kunnen gebruiken. Dat brengt ons bij de vraag of de Duitse redenering ook voor Nederland opgaat, waarin van de constitutionele bepalingen inzake grondrechten de positieve verplichting uitgaat tot rehabilitatie ingeval wetgeving (in ons geval: tot strafbaarstelling) als een gekwalificeerde grondrechtsschending (*qualifizierter Verfassungsverstoß*) moet worden aangemerkt. Voor de competentie van de wetgever tot het inrichten van zodanige rehabilitatiewet, lijkt dat niet nodig aangezien geen bepaling of beginsel zich daartegen zou verzetten.^[42] Sterker, in de kwestie van de militairen met gewetensbezwaren tegen inzet bij de politieacties werd vanuit de Kamer expliciet gevraagd om een 'rehabilitatiewet'. De minister achtte een dergelijk initiatief niet aan de orde, maar ontkende kennelijk de bevoegdheid daartoe niet.^[43] Of, als zich gevallen voordoen waarin rehabilitatie aan de orde kan zijn, vervolgens ook de juridisch-normatieve *noodzaak* daartoe uit de Nederlandse grondwetsbepalingen kan worden afgeleid, lijkt me, gegeven de structuur van die bepalingen, betwistbaar. Waarschijnlijk is het juridisch 'gemakkelijker' om in dat opzicht te 'leunen' op een veroordeling ter zake door het EHRM en de vervolgens intredende noodzaak om daaraan adequaat uitvoering te geven. Dan kan men zich wel 'door Straatsburg gedwongen' voelen, een argument dat men in Duitsland nu juist niet wil gebruiken aangezien het wetgevingsinitiatief uit een eigen oordeel over artikel 175 StGB voortkomt. In dat kader zal de EVRM-weg ook anderszins aangewezen zijn; ik zie de Nederlandse wetgever nog niet onmiddellijk bereid tot een gelijke schuldbekentenis over eigen falen in het verleden, zoals de Bondsdag wel deed. Daarmee zijn we bij de vraag of er vergelijkbare situaties in Nederland zijn.

Wij hebben geen recente algehele politiek-revolutionaire geschiedenis met complete omwentelingen van het politieke

system die ons in gelijke mate als dat voor Duitsland geldt dwingt tot *Vergangenheitsbewältigung*. Daarom is het juist van belang dat het hier besproken Duitse initiatief nu juist niet uit een dergelijke systeembreuk voortkomt. Precies dat element stelt 'ons' voor de vraag of 'wij' thans voldoende bereid zijn 'ons' verleden steeds met voldoende twijfel en aarzeling over het 'eigen gelijk' in andere tijden onder ogen te zien. Zijn er delicten, processen of veroordelingen geweest die aanleiding geven voor een dergelijke, verregaande vorm van 'correctie achteraf' door rehabilitatie? Voldeed bijvoorbeeld de zogenaamde zuiveringsrechtspraak na de Tweede Wereldoorlog institutioneel dan wel in afzonderlijke gevallen wel altijd aan de minimale eisen van 'rechtspraak'? En weten we nog wel zeker dat de door Nederlandse rechters uitgesproken doodvonnissen na de Tweede Wereldoorlog op zijn plaats waren en ook thans nog te verdedigen zijn? Men moet, 'gezegd' met de *Gnade der Spätgeburt*, aarzelen om dergelijke vragen thans stellig in enige richting te beantwoorden. Wel kan worden opgemerkt dat de kwestie van de strafbaarheid van desertie tijdens de politiole acties opnieuw op de agenda zal (kunnen) verschijnen, nu de regering ter zake nieuw onderzoek heeft geïnitieerd. Daarbij gaat het dan overigens niet om de strafbaarstelling van desertie in het algemeen, maar om de afwijzing van het beroep op gewetensbezwaren als strafuitsluitingsgrond in individuele gevallen. Wil men in die gevallen anders dan door herziening aan de wensen van veroordeelden tegemoetkomen, dan komt men gemakkelijk weer bij de abolitie uit.

Gegeven de inhoud van het Duitse initiatief beperk ik me hier tot het verhaal van het Nederlandse equivalent van artikel 175 StGB, het verhaal van de strafbaarheid, vervolgingen en veroordelingen wegens het *crimen nefandum* van 'sodomie' (het misdrijf waarover men zwijgt alleen reeds omdat erover spreken mensen op 'verkeerde ideeën' zou brengen). Dat verhaal is in juridisch-strafrechtelijke zin op zichzelf snel verteld.^[44] 'Ondanks' de inmiddels ingetreden Franse tijd bevatten de beide ontwerpen voor een 'Wetboek voor het Koninkrijk Holland' van 1804 en 1809 nog een strafbaarstelling van homoseksuele contacten. Met de invoering van de *Code Pénal* in 1811 trad een wetboek in werking dat niet in een aparte strafbaarstelling voorzag. Deze situatie bleef aanvankelijk in het in 1886 ingevoerde Wetboek van Strafrecht overeind. Eerst bij de 'moraliteitgolf' die in 1911 het Wetboek van Strafrecht overspoelde, werd artikel 248bis Sr ingevoerd.^[45] Daarin werd straf (gevangenisstraf van maximaal vier jaren) gesteld op ontucht met een minderjarige van hetzelfde geslacht. Aangezien de minderjarigheidsgrens 21 was, werden daarmee seksuele contacten van een grote groep mensen gecriminaliseerd, met name ook van een grotere groep dan ingeval van ontucht met jongeren van verschillend geslacht (vanaf 16 jaar). Artikel 248bis werd in 1971 op advies van de Gezondheidsraad afgeschaft, in de eerste plaats omdat het een hindernis vormt voor de ontwikkeling, niet alleen in seksueel opzicht, van homoseksuele adolescenten.^[46] Dat artikel 248bis Sr (oud) zou mogelijk een met de grondslag van het Duitse initiatief vergelijkbare aanleiding kunnen vormen voor rehabilitatie van op basis daarvan veroordeelden. Er is ook wel iets aan cijfers ter zake bekend. Zeegers en Krul-Steketeer vermelden dat in de periode 1957-1971 1824 veroordelingen ter zake van artikel 248bis Sr werden uitgesproken en 1275 zaken werden geseponneerd. In de periode van 1951-1971 werd in 34 zaken een jaar of meer gevangenisstraf opgelegd; in 53 gevallen (ook) TBR.^[47] Rehabilitatie zou tot deze groep veroordeelden – en dus tot opheffing van de veroordeling – kunnen worden beperkt. Bij een dergelijke beperking is echter het besef van belang dat homoseksualiteit als zodanig, c.q. daden van seksuele betrekking tussen personen van gelijk geslacht, in het bijzonder mannen, vanaf een zeker beginpunt in 1730 ononderbroken is gestigmatiseerd en (straf)rechtelijk bestreden. Beperking tot opheffing van veroordelingen gaat dan voorbij aan de reeds in het Duitse *Eckpunktepapier* onderscheiden grond voor rehabilitatie: de schade die van dreigende strafvervolgung uit is gegaan op mensen die nooit vervolgd of veroordeeld zijn, maar wel zijn belemmerd in hun seksuele en daarmee in hun persoonlijkheidsontwikkeling.^[48] Rehabilitatie gericht op correctie in individuele gevallen van rechterlijke beslissingen lijkt daardoor niet het eerste of enige doel te moeten zijn. Dat wil niet zeggen dat er geen veroordelingen ter zake van artikel 248bis Sr kunnen zijn die aanleiding kunnen geven om er, door Duitsland en Groot-Brittannië geïnspireerd, nog eens naar te kijken. Maar juist gegeven de geschetste stand van zaken, kan er voor de Nederlandse wetgever ook aanleiding zijn om, vergelijkbaar met de verklaring van de Duitse Bondsdag uit 2000, een stellingname te formuleren waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat artikel 248bis Sr als een vergissing van de wetgever moet worden gezien. De verregaande, 'ohne wenn und aber'-benadering van Duitsland kan inspirerend werken. Goed voorbeeld (Duitsland) doet goed volgen (Groot-Brittannië) en symboolwetgeving is in een in toenemende mate homofobe wereld, ook van belang. Meer algemeen: een zeker besef en inzicht bij de wetgever omtrent de noodzaak van bescheidenheid bij strafbaarstellingen in gevoelige kwesties die de vrije ontwikkeling van de persoonlijkheid van het individu kunnen raken, kan in 'onze tijd' ook geen kwaad. Het voorgaande brengt ons ten slotte bij de eigenlijke waarde en betekenis van het Duitse initiatief, ook los van het concrete thema van artikel 175 StGB.

5. Afsluiting; de Duitse wetgever rehabiliteert zichzelf

De grondslag voor het Duitse wetgevingsinitiatief tot rehabilitatie is, zoals gezegd, dat de wetgever zijn eigen falen erkent. Met dat inzicht erkent hij als het ware zijn eigen, eerder uitgeoefende maar verkeerde, vernietigende kracht van strafbaarstelling door wetgeving. De Duitse wetgever geeft met zijn initiatief niet slechts vorm aan een eerst als zodanig erkend, hem opgedrongen, recht van de veroordeelde. Dat inzicht in eigen falen is inderdaad een, zo niet de eerste grondslag voor werkelijke rehabilitatie. De Duitse wetgever rehabiliteert met deze grondslag in de eerste plaats zichzelf als

wetgever. Dat mag gerust het realiseren van *materielle Gerechtigkeit* worden genoemd. Zoals gezegd: een opmerkelijk initiatief.

Voetnoten

[1]

Hoogleraar straf(proces)recht Erasmus Universiteit Rotterdam. Met dank aan mw. S.A. Eckhardt voor de ondersteuning en het bijeenbrengen van het materiaal.

[2]

Nederland heeft moeite met erkenning van slachtoffers van eigen fouten, omdat we van het 'juiste' in onze motieven overtuigd zijn. Zo'n volledige ontkenning bemoeilijkt erkenning. Vgl. Arnout Brouwers in de Volkskrant van 24 november 2016.

[3]

Aan het einde van de rede die Navid Kermani op 23 mei 2014 bij gelegenheid van 65 jaar *Grundgesetz* in de Bondsdag hield zegt hij namens velen: '... möchte ich sagen und mich dabei auch wenigstens symbolisch verbeugen: Danke, Deutschland'. Zie www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2014/-/280688.

[4]

Bundesgesetzblatt (BGBl) I, S. 2501.

[5]

BGBl. I, S. 2714.

[6]

BGBl. 1992, deel 1, p. 1814

[7]

Zie nader en uitvoerig M. Bruns, M. Schröder en W. Tappert, *Strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz. Kommentar*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 1993.

[8]

Wel bepaalt de wet dat de oordelen geveld in de beruchte *Waldheimerprozesse* uit 1950 sowieso hebben te gelden als strijdig met de grondgedachten van de rechtsstaat in de zin van deze wet.

[9]

De meest samenvattende studie over het onderwerp is te vinden bij M. Burgi, *Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen*, Berlin: Nomos 2016, te raadplegen via www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/Rechtsgutachten-Burgi-Rehabilitierung-175.html?jsessionid=A5676C36E24D3C9849A56AF1ED718F1E.2_cid332. Zie voorts J. Wamuth, 'Verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Rehabilitierung Homosexueller wegen strafrechtlicher Verfolgung durch die bundesdeutsche Justiz', in: *Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes: Festschrift für Manfred Rehbinder*, München: Beck; Bern: Stämpfli 2002, p. 777-817 en R. Lautmann, 'Wie korrigiert der Rechtsstaat sein falsches Recht? Die Problematik des verfassungswidrigen Homosexuellenparagrafen', *Recht und Politik* 2015/51, p. 12-19. Deze publicaties bevatten nadere literatuurverwijzingen.

[10]

De voor 1945, door de nazi's ter zake van artikel 175 StGB veroordeelden waren door de uitbreiding van het genoemde 'Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in die Strafrechtspflege' in 2002 (en dus aanvankelijk niet!) reeds gerehabiliteerd. Burgi (a.w., p. 44) vermeldt dat CDU/CSU en FDP in 2002 tegen de uitbreiding van de reikwijdte van de wet uit 1998 stemden.

[11]

De staatsrechtelijke constructie is dat de Hitlerperiode geen onderbreking van Duitse constitutionnalité impliceert. Wetten en regels uit die tijd, zoals het verscherpte artikel 175 StGB, hebben formele rechtskracht en kunnen gelding behouden voor zover zij niet in strijd met de nieuwe Duitse Grondwet van 1949 werden geacht.

[12]

De toelichting bij het hierna nog te noemen initiatiefwetsvoorstel van 'Die Grünen' vermeldt nog 3545 veroordelingen tussen 1969 en 1994.

[13]

Voor het totaaloverzicht: Artikel 175 StGB is door de nazi's verscherpt. Deze verscherpte wetgeving is als niet-typische nazi-wetgeving in de Bondsrepubliek overeind gehouden tot aan een zekere decriminalisering door wetswijzigingen in 1969 en 1973. In de voormalige DDR was reeds na de oorlog teruggegrepen op de eerdere, lichtere bepaling uit de tijd van de Weimarer republiek. Vanaf 1957 golden homoseksuele handelingen als zodanig al niet meer als 'Gefahr für die sozialistische Gesellschaft'. Sedert 1968 gold in de DDR nog 'slechts' aparte strafbaarheid voor seksuele contacten met minderjarigen onder de 18 van gelijk geslacht (mannen of vrouwen). Maar ook die bepaling werd sedert 1987 al niet meer toegepast, omdat naar het oordeel van de hoogste DDR-rechter 'Homosexualität ebenso wie Heterosexualität eine Variante des Sexualverhaltens darstellt. Homosexuelle Menschen stehen somit nicht außerhalb der sozialistischen Gesellschaft, und die Bürgerrechte sind ihnen wie allen anderen Bürgern gewährleistet'. De bepaling werd op 1 juli 1989, enige maanden voor de val de Muur, geheel geschrapt, gevolgd door de bepaling in het *Einigungsvertrag* dat het

West-Duitse verbod van artikel 175 StGB niet voor de voormalige DDR zou gelden. Aangezien het *Einigungsvertrag* niet in de afschaffing voor het oude bondsgebied voorzag, heeft er in het verenigde Duitsland tot 1994 een onderscheiden rechtsregime gegolden. Zie Wasmuth, p. 778-780 en Lautmann, p. 13. G. Dworek '§ 175 StGB: „weggefallen” – nach 123 Jahren', in: Hirschfeld-Eddy-Stiftung, *Vom Verbot zur Gleichberechtigung, Die Rechtsentwicklung zu Homosexualität und Transsexualität in Deutschland, Festschrift für Manfred Bruns*, Berlin: Hirschfeld Eddy Stiftung 2012, te raadplegen via www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Recht/Guenter.Dwork-Paragraf175.pdf wijst er op dat de wijziging van West-Duits recht uiteindelijk dus vanuit de DDR geschiedde. Deze auteur vermeldt verder dat in het Duitse Keizerrijk in één deelstaat geen strafbaarheid van homoseksuele contacten bestond, en wel in het Koninkrijk Beieren dat ter zake het voorbeeld van de gedecriminaliseerde Franse wetgeving van 1813 volgde.

[14]

Burgi, a.w., p. 56.

[15]

Bundestag 7 december 2000, *Plenarprotokoll* 14/140, *Bundestagsdrucksache* 14/4894. Met name uit de in het opstel van Dworek (a.w.) geciteerde teksten van (concept-)wetgeving in de periode 1945-1969 krijgt men in de indruk dat de Bondsdag zich thans ook schaamt voor de toentertijd gekozen benadering van (handhaven van) strafbaarheid wegens strijd met 'Sittengesetze'.

[16]

Daarover Lautmann, a.w., p. 17-19. Zie ook Schalken in zijn noot onder het hierna nog nader te bespreken arrest van de Hoge Raad van 25 juni 2013, *NJ* 2013/548.

[17]

Vermeldenswaardig is dat de *Bundesrat* zich al eerder voor (juridische) rehabilitatie bij wet uit sprak. Zie het Besluit van de *Bundesrat* van 12 oktober 2012, *Drucksache* 241/12. De toelichting van het initiatiefwetsvoorstel van *Die Grünen* vermeldt nog een nader besluit van de *Bundesrat* van 10 juli 2015, *Drucksache* 189/15.

[18]

BMJV, 'Eckpunktepapier zur Rehabilitierung der nach 1945 in beiden deutschen Staaten wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen Verurteilten', 28 juni 2016, te raadplegen via www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Recht4/Eckpunkte_175.pdf.

[19]

Zie voor dit alles '30 Millionen für Opfer von "Schwulen-Paragraf"' via www.tagesschau.de/inland/maas-homosexuelle-103.html.

[20]

Drucksache 18/10117, *Gesetzentwurf der Abgeordneten K. Keul, V. Beck (Köln), R. Künast, L. Amtsberg, K. Gehring, M. Lazar, I. Mihalic, Ö. Mutlu, Dr. K. von Notz, C. Rüffer, H. Ströbele und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN*, 'Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung der nach 1945 in beiden deutschen Staaten gemäß §§ 175, 175a Nummern 3 und 4 des Strafgesetzbuches und gemäß § 151 des Strafgesetzbuches der DDR ergangenen Unrechtsurteile', 24 oktober 2016.

[21]

Drucksache 18/9882, *Gesetzentwurf der Abgeordneten H. Petzold (Havelland), H. Wawzyniak, F. Tempel, M.W. Birkwald, Dr. A. Hahn, U. Jelpke, J. Korte, P. Pau, M. Renner, Dr. P. Sitte, K. Steinke, J. Wunderlich und der Fraktion Die Linke*, 'Entwurf eines Gesetzes zur Rehabilitierung und Entschädigung der in den beiden deutschen Staaten wegen homosexueller Handlungen Verurteilten (RehaEntschG-175 StGB)', 30 september 2016.

[22]

Sexual Offences (Pardons Etc) Bill zoals gepresenteerd door J. Nicolson in the *House of Commons* op woensdag 29 juni 2016 (Bill 6) met toelichting in *Explanatory Notes*. Later stuitte het wetsontwerp op weerstand van de conservatieve Sam Gyimah die op 21 oktober jl. lang genoeg aan het woord bleef dat het wetsvoorstel op dat moment geen doorgang kon vinden. Zijn bezwaren tegen de Bill zijn gelegen in het gebrek aan bescherming tegen hen die een pardon krijgen voor seks met minderjarigen of verkrachting. Het debat wordt op 16 december vervolgd. Zie ook: 'Conservative minister obstructs progression of the gay pardon law', *The Guardian* 21 oktober 2016, geraadpleegd via: www.theguardian.com/law/2016/oct/21/chris-bryant-commons-plea-gay-pardon-law.

[23]

Bundesverfassungsgericht 10 mei 1957, BVerfG 6, 389, ten aanzien van de aangepaste versie van artikel 175 StGB uit 1969 bevestigd door *Bundesverfassungsgericht* 2 oktober 1973, BVerfG 36, 41. Zie nader Burgi a.w., p. 38-40.

[24]

Lautmann, a.w., p. 14.

[25]

Burgi, a.w., p. 83-91.

[26]

Deze garantie staat in artikel 20 lid 1 GG: 'Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat'. Deze garantie is door het BVerfG ook in het verleden al wel geïnterpreteerd als positieve verplichting voor de Staat: Burgi, a.w., p. 74-75.

[27]

Burgi, a.w., p. 69-75.

[28]

Wasmuth, p. 806.

[29]

Het Bundesverfassungsgericht leunde in 1957 nog sterk op het argument dat de wetgever ook inbreuken op algemeen erkende *Sittengesetze*, strafbaar mag stellen.

[30]

Lautmann, a.w., p. 13.

[31]

Zie 'Bayerns Justizminister gegen Gesetz zur Rehabilitierung Homosexueller', *Zeit Online* 14 september 2016, geraadpleegd via: www.zeit.de/politik/deutschland/2016-09/winfried-bausback-csu-rehabilitierung-homosexuelle-bedenken.

[32]

Het is in de opvatting van de verschillende Duitse auteurs evident dat de strafbaarstelling van artikel 175 StGB in elk geval inmiddels in strijd zou zijn met het EVRM, al is er geen zaak tegen Duitsland geweest. De Duitse discussie over de grondslag van de rehabilitatie leunt echter verder niet in de eerste plaats op doorwerking van het EVRM.

[33]

Burgi, a.w., p. 83 en p. 91-92.

[34]

Burgi, p. 98-101.

[35]

Burgi, a.w., p. 93-97.

[36]

Het is, wie de commentaren leest, de Duitsers zelf pijnlijk dat en waarom het Bundesverfassungsgericht in 1957 en 1973 het voortbestaan van artikel 175 StGB billijkte en daarmee de verzwaarde strafbaarstelling van homoseksualiteit onder de wetgeving uit de nazitijd 'wit waste'. Toch maakt niemand er een serieus punt van dat met het wetgevingsinitiatief thans het oordeel van uitgerekend het Bundesverfassungsgericht moet worden gepasseerd. Daarvoor is de afkeer van de door het gerecht gebruikte motivering te groot. Daarbij zal de overtuiging meespelen dat 'Karlsruhe' thans vast artikel 175 StGB in welke vorm dan ook in strijd met door en in de Duitse Grondwet beschermde, elementaire grondrechten zou hebben bevonden. Vgl. Burgi, a.w., p. 59 en p. 63.

[37]

D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht, bewerkt door J. Rummelink, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 884.

[38]

Het verval in de grondwetsbepaling gaat waarschijnlijk terug op het verkeerde besef dat abolitie er slechts in bestaat dat niet voort wordt gegaan met een reeds ingestelde strafvervolging (*Kamerstukken II, 1979/80, 16162, 3*, p. 23. Abolitie is echter breder. Daarmee kunnen alle strafrechtelijke gevolgen, ook het vonnis, worden uitgewist. Zie Rummelink, a.w., p. 883.

[39]

Zie reeds A.J. van Deijnse, *De algemeene beginselen van strafrecht, ontwikkeld en in verband beschouwd met de algemeene bepalingen der Nederlandsche strafwetgeving*, Middelburg: J.C. & W. Altorffer 1860, p. 531 en Rummelink, a.w., p. 882.

[40]

Van Deijnse, a.w., p. 537. Waar de delegatiemogelijkheid die artikel 122 Ro sinds 1983 laat ('bij of krachtens de wet') vandaan komt c.q. voor bedoeld is, is niet geheel duidelijk. Zie C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 338.

[41]

Zie in het bijzonder O.E. van Schravendijk, *Leemten in het gratierecht* (dissertatie Leiden), Deventer: Kluwer 1968 en van dezelfde auteur: 'Abolitie, individuele amnestie en grondwetsherziening', *DD* 1973, p. 249-256.

[42]

Voor Nederland volgt Kortmann (a.w., p. 337) met dit argument in feite Burgi voor het Duitse initiatief waar Kortmann voor Nederland ten aanzien van de niet meer in artikel 122 Grondwet vermelde abolitie vaststelt dat deze wijziging niet betekent dat de wetgever niet meer tot abolitie zou kunnen beslissen.

[43]

Aanhangsel Handelingen II 2012/13, 2 944. Het Kamerlid Van Bommel vroeg: 'Bent u bereid over te gaan tot het opstellen van een rehabilitatiewet voor militairen die weigerden te vechten in Nederlands-Indië?'. De minister antwoordde: 'Ik acht het niet zorgvuldig de toetsing van het gedrag van individuele personen te herbeoordelen aan de hand van hedendaagse normen en met de wetenschap van nu.'

[44]

Ik gebruikte voor dit deel van de tekst: Theo van der Meer, *Sodoms zaad in Nederland. Het ontstaan van homoseksualiteit in de vroegmoderne tijd* (dissertatie Amsterdam VU), Nijmegen: Sun 1995 en Gert Hekma, *Homoseksualiteit in Nederland van 1730 tot de moderne tijd*, Amsterdam:

Meulenhoff 2004.

[45]

Stb. 1911, 130 en 135

[46]

Kamerstukken II 1969/70, 10347.

[47]

M. Zeegers en J. Krul-Steketee, 'Het onheil van artikel 248 bis', *Tijdschrift voor Psychiatrie* 22 (1980), p. 606-617, i.h.b. p. 608.

[48]

'De psychische gevolgen van artikel 248bis zijn niet in getallen uit te drukken', schrijven Zeegers en Krul-Steketee (a.w., p. 607). Zie in dit verband voor Duitsland ook R. Lautmann, 'Wie man Außenseiter draußen hält. Zur Kriminal- und Ordnungspolitik gegenüber homosexuellen Männern und Frauen', *Kritische Justiz* 1/1979, S. 2, 16, p. 1-21.