

EUR Research Information Portal

Toestemming als rechtvaardiging: zelfbeschikking in het strafrecht?

Published in:

Ars Aequi

Publication status and date:

Published: 01/01/2017

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Citation for the published version (APA):

Bakker, S. (2017). Toestemming als rechtvaardiging: zelfbeschikking in het strafrecht? *Ars Aequi*, 2017(3), 177-187.
<http://hdl.handle.net/1765/103682>

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: openaccess.library@eur.nl. Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

Toestemming als rechtvaardiging: zelfbeschikking in het strafrecht?

Sven Bakker*

In diverse gevallen kan de strafbaarheid of strafwaardigheid van bepaalde gedragingen worden beïnvloed of weggenomen wegens toestemming van het slachtoffer. Activiteiten in het studentenleven, deelneming aan sportwedstrijden en het ondergaan van medische ingrepen zijn daarvoor illustratief. In deze bijdrage wordt onder andere stilgestaan bij de voorwaarden voor een strafrechtelijk relevante toestemming, de al dan niet rechtvaardigende werking ervan en de ruimte voor zelfbeschikking in het Nederlandse strafrecht.

1 Inleiding

Gaat een ouderejaars student die een ‘feut’ tijdens de ontgroening pijn of letsel toebrengt strafrechtelijk vrijuit, omdat het slachtoffer instemde met die ontgroening? Door de gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden bij verschillende studentenverenigingen is in de discussie over strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de daders een klassiek discussiepunt weer op de agenda verschenen. De discussie betreft de betekenis van het klassieke adagium *volenti non fit iniuria*: jegens hem die toestemming geeft, geschiedt geen onrecht.

Gaat een ouderejaars student die een ‘feut’ tijdens de ontgroening pijn of letsel toebrengt strafrechtelijk vrijuit, omdat het slachtoffer instemde met die ontgroening?

Betekent dit dat het zelfbeschikkingsrecht van het slachtoffer de betreffende ‘daders’ vrijuit doet gaan? Als zo vaak is ook hierop het antwoord: dat hangt ervan af. Zeker is dat de betekenis van het adagium, zowel in de context van het studentenleven als in andere

contexten waarin de toestemming van belang is – zoals de deelneming aan sport en de medische behandeling – een nadere verkenning waard is.

In deze bijdrage zal aan de orde komen welke plaats de toestemming inneemt in het systeem van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid en in welke bijzondere contexten de toestemming een rol kan spelen

In deze bijdrage zal daartoe aan de orde komen welke plaats de toestemming inneemt in het systeem van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid en in welke bijzondere contexten de toestemming een rol kan spelen. Na die analyse volgt een overzicht op basis van literatuur en jurisprudentie van de geldigheidsvoorwaarden voor toestemming als een grond voor strafuitsluiting. Daarbij wordt vervolgens meer specifiek ingegaan op de vraag in hoeverre toestemming de wederrechtelijkheid kan wegnemen. Na een bespre-

* Mr. S.R. Bakker is werkzaam als wetenschappelijk docent en onderzoeker bij de afdeling Strafrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam en verricht promotieonderzoek naar excepties in het Nederlandse strafrecht.

king van de strafprocessuele verwerking van de toestemming wordt deze bijdrage afgesloten met concluderende opmerkingen omtrent de ruimte voor toestemming en zelfbeschikking in het Nederlandse strafrecht, in het bijzonder met betrekking tot het studentenleven.¹

2 Uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid

Wie een blik werpt op Titel III van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafrecht zal daarin geen concrete algemene strafuitsluitingsgrond ontdekken die expliciet rechtvaardigende werking toekent aan de toestemming van het slachtoffer voor het delict. Het systeem en de gevallen van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn echter niet beperkt tot de strafuitsluitingsgronden uit het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht. Het wetboek kent in het Tweede en Derde Boek ook nog diverse (geschreven) bijzondere strafuitsluitingsgronden die toeziën op concrete (groepen) strafbare feiten: artikelliden of artikelen in het Bijzonder Deel van het Wetboek van Strafrecht die blijkens hun bewoordingen uitsluiting van strafbaarheid beogen.² Maar ook hier geldt: geen van deze bijzondere strafuitsluitingsgronden biedt de toestemming een rechtvaardigende werking in algemene zin.³

De vraag rijst of, en zo ja, hoe toestemming in het strafrecht dan (wel) een plaats heeft, in het bijzonder in een rechtvaardigende zin (bijvoorbeeld als rechtvaardigingsgrond) en met name in bijzondere contexten

Naast de algemene en bijzondere strafuitsluitingsgronden uit het Wetboek van Strafrecht bestaan voorts twee *ongeschreven*, jurisprudentiële strafuitsluitingsgronden: afwezigheid van alle schuld en het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid. Ook deze twee gronden geven inhoudelijk geen basis voor de toestemming van het slachtoffer als grond voor strafuitsluiting. Daarmee rijst de vraag of, en zo ja, hoe toestemming in het strafrecht dan (wel) een plaats heeft, in het bijzonder in een rechtvaardigende zin (bijvoorbeeld als rechtvaardigingsgrond) en met name in bijzondere contexten.

3 Relatie tussen toestemming en context

Als tegen de achtergrond van het bovenstaande op zoek wordt gegaan naar de plaats en de betekenis van de toestemming als rechtvaardiging in het strafrecht, is het van belang vast te stellen dat die toestemming vooral aan de orde is in die situaties waarin sprake is van wat zou kunnen worden aangeduid als een 'bijzondere context'. Daarmee wordt vooral gedoeld op een verbijzonderde context van gewoon maatschappelijk leven en wel zodanig verbijzonderd dat de burger daartoe eerst zelf vrijwillig, maar wel bewust, moet toetreden. De beslissing te gaan deelnemen aan een ontgroening in het studentenleven is een goed voorbeeld van een bijzondere context. Een dergelijke beslissing impliceert natuurlijk nog geen toestemming tot of instemming met alles wat iemand vervolgens bij die ontgroening overkomt, maar de ontgroening en de beslissing om eraan deel te nemen, vormen dan wel een bijzondere context, en juist binnen zo'n context kan de toestemming in strafrechtelijke zin gaan spelen. In vergelijkbare zin kan deelnemen aan een sportwedstrijd of het ondergaan van een operatie worden gezien als toetreding tot een bijzondere context, waarbinnen de toestemming (mede) zou kunnen zorgen voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

De beslissing te gaan deelnemen aan een ontgroening in het studentenleven is een goed voorbeeld van toetreding tot een bijzondere context

In die bijzondere contexten kunnen zich gevallen voordoen waarbij bestanddelen van delictsommschrijvingen worden vervuld (denk bijvoorbeeld aan mishandeling), terwijl het vanwege de context niet altijd voor de hand ligt strafrechtelijke aansprakelijkheid aan te nemen, ondanks het feit dat tegelijkertijd geen van de geschreven of ongeschreven, algemene of bijzondere strafuitsluitingsgronden zich voordoet. Daarom is in de dogmatiek de benadering ontwikkeld dat binnen dergelijke bijzondere contexten uitzonderlijke excepties kunnen bestaan.⁴ Naast het studentenleven kan bij dergelijke bijzondere contexten, als gezegd, worden gedacht aan de sportbeoefening of de medische behandeling. Uit een dergelijke bijzondere context kan dan vervolgens een uitzonderlijke exceptie voor die context worden afgeleid, zoals de sport- en spelexceptie en de medische exceptie.

- 1 Een methodologische opmerking is hierbij op haar plaats: onderzoek naar jurisprudentie blijft afhankelijk van het aanbod. Het geheime karakter van bijvoorbeeld ontgroeningen leidt er (mede ingegeven door zogenaamde 'zwijgcontracten') toe dat lang niet alle excessen bekend worden, waardoor een strafrechtelijk onderzoek er niet van komt. Bovendien heeft de invulling van het opportuniteitsbeginsel door het OM ook een zekere schiftingsfunctie.
- 2 Definitie ontleend aan P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2005, p. 289. Een voorbeeld kan worden gevonden in art. 261, derde lid, Sr, waarin is omschreven dat onder bepaalde omstandigheden in een specifiek geval geen sprake is van het hetgeen strafbaar is gesteld in het eerste of tweede lid van het betreffende artikel (smaad en smaadschrift).
- 3 In enkele specifieke gevallen kan de toestemming (of een vergelijkbare term, zoals 'vrijwillig en weloverwogen verzoek') wel een relevante factor vormen voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid: vgl. de euthanasiebepaling van art. 293, tweede lid, Sr jo. art. 2, eerste lid, WtL.
- 4 S.R. Bakker & V.E. van de Wetering, 'Bedreigende rap en de kunstexceptie', *PRO-CES* 2015, afl. 3, p. 177; J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 356-357. Kelk en De Jong spreken over 'uitzonderingsgebieden': C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 185-186.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

Juist bij deze uitzonderlijke excepties zal de toestemming een belangrijke rol spelen bij de beoordeling of een dergelijke ongeschreven exceptie aan de orde is en of het beroep erop gegrond is. Aan de arts die in het licht van de behandeling iemand (even) pijn moet doen, komt de mogelijkheid toe om een beroep te doen op de zogenaamde medische exceptie.⁵ Wanneer een arts bijvoorbeeld een geslaagd beroep wil doen op die exceptie zal hij, blijkend uit jurisprudentie,⁶ aannemelijk moeten maken dat 1) de behandeling medisch geïndiceerd was met het oog op een concreet behandelingsdoel,⁷ 2) hij heeft gehandeld volgens medisch-professionele standaard ('de regelen der kunst') en 3) hij toestemming had van de patiënt. De rechtvaardigingsgrond ligt hier dus niet (louter) in de toestemming, maar de toestemming is wel een noodzakelijke voorwaarde voor de rechtvaardiging.⁸

Naast het studentenleven kan bij dergelijke bijzondere contexten worden gedacht aan de sportbeoefening of de medische behandeling. Uit een dergelijke bijzondere context kan dan vervolgens een uitzonderlijke exceptie voor die context worden afgeleid

In meer contexten vormt de (stilzwijgende) toestemming op dergelijke wijze een relevante factor bij de beoordeling van het bestaansrecht en de gegrondheid in concreto van de exceptie. Dat is dan ook niet verwonderlijk. De toestemming van een individu is immers de uitdrukking van wat hij of zij wil. Door

5 Er hoeft immers niet per definitie sprake te zijn van overmacht in de zin van noodtoestand (art. 40 Sr). Denk bijvoorbeeld aan de botoxinjectie bij een plastisch chirurg.

6 Een treffend voorbeeld is Rb. Den Haag 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243 (*Haagse borstendokter*).

7 Dit kan ook een cosmetisch doel betreffen.

8 Zie hierover al G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht* (vierde druk, bijgewerkt door J.V. van Dijk), Haarlem: De erven F. Bohn/s-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1927, p. 262.

die wilsuïting in het strafrecht als mogelijke rechtvaardigende uitzondering op strafbaarheid te erkennen, wordt de toestemming als rechtvaardigende uitzondering op strafbaarheid gekoppeld aan de notie van de (in de wilsuïting tot uitdrukking komende) persoonlijke autonomie van de betrokkene. Deze notie wordt als belangrijk onderdeel gezien van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.⁹ Hierin ligt de kern waarom in het Latijnse adagium geen ‘onrecht’ wordt aangenomen jegens degene die toestemt.

Een ander voorbeeld van een bijzondere context vormt de context waarin seksuele handelingen plaatsvinden.¹⁰ Bij opgelopen letsel als gevolg van sadomasochistische handelingen dient onderzocht te worden of en in hoeverre de gelaedeerde daarmee instemde, of wellicht beter gezegd: in hoeverre een en ander (nog) op zijn toestemming berustte. Ook degene die een sport beoefent, zoals een vechtsport of (ruwe) contactsport, stelt zich bloot aan de mogelijkheid dat hij of zij letsel oploopt. Dit hangt samen met de vrijwilligheid waarmee men zich aan de sport- en spelsituatie onderwerpt, waarbij risico's nu eenmaal nimmer zijn uit te sluiten.¹¹ Tegelijkertijd geldt hier de begrenzing dat het om ‘voorzienbare’ risico's moet gaan. Het tijdens rugby ten val brengen van een tegenstander met pijn en letsel als gevolg wordt anders beoordeeld dan dezelfde handeling toegepast op een willekeurig persoon op straat met hetzelfde gevolg.¹²

Het tijdens rugby ten val brengen van een tegenstander met pijn en letsel als gevolg wordt anders beoordeeld dan dezelfde handeling toegepast op een willekeurig persoon op straat met hetzelfde gevolg

De toestemming of instemming brengt uiteraard niet met zich dat de sportbeoefenaar alle vormen van letsel mag veroorzaken (of als slachtoffer: voor lief moet nemen). Gedragingen kunnen dermate in strijd zijn met datgene wat de zorgvuldigheid in de betreffende tak van sport meebrengt dat er alsnog van (zware) mishandeling kan worden gesproken. Een sprekend voorbeeld vormt de zaak waarin een speler van voetbalclub Sparta een ‘vliegende tackle’ inzette tegen een speler van Go Ahead Eagles en daarmee een gecompliceerde open beenbreuk, een slagaderlijke

bloeding, zenuwletsel en blijvende littekens toebracht.¹³ Het cassatieberoep van de Spartaan werd verworpen. Voor zover sport en spel aan eigen regels gebonden zijn, heeft niemand die besluit aan de betreffende sport of het betreffende spel deel te nemen toegestemd met letsel ten gevolge van grove schending van die spelregels door de dader.

Niet elke toestemming is zonder meer voldoende voor het doen ontvallen van strafrechtelijke aansprakelijkheid

Hoe zit het nu met de toestemming in de bijzondere context van het studentenleven: kan toestemming een rechtvaardiging vormen in die context? Tot op zekere hoogte zou kunnen worden aangenomen van wel.¹⁴ Bovenstaande verkenning maakt wel al duidelijk dat niet elke toestemming zonder meer voldoende is voor het doen ontvallen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Er bestaan verschillende rechterlijke uitspraken omtrent al dan niet strafbare handelingen in het kader van tradities en tijdens activiteiten van studentenverenigingen. Deze en andere uitspraken over de rol en werking van de toestemming zullen in het navolgende aan de orde komen.

Om te kunnen spreken van een strafrechtelijk relevante toestemming dient de veroorloevende handeling aan bepaalde basisvoorwaarden te voldoen. Allereerst dient de veroorloevende handeling te zijn verricht door iemand die bekwaam is zijn of haar wil te uiten

4 Voorwaarden voor een strafrechtelijk relevante toestemming

Zoals gezegd levert niet elke ‘feitelijke toestemming’ een voor het strafrecht relevante toestemming op, ook niet in het kader van het studentenleven. Om onderscheid te maken tussen de feitelijkheid (de voor een ander kenbaar wordende intentie, zoals ja-knikken, uitgesproken goedkeuring, verzoeken, wensen etc.) enerzijds en de strafrechtelijk relevante

9 A.C. Hendriks, *Rapport professor Hendriks – Onderzoeksrapport Adviescommissie voltooid leven – Interpretatie van het EVRM*, p. 6 (raadpleegbaar via www.rijksoverheid.nl).

10 Het seksueel zelfbeschikkingsrecht kwam uitgebreid aan de orde in de zaak EHRM 19 februari 1997, 21627/93, 21826/93 en 21974/93, *NJCM-bulletin* 1997, p. 496-497 (Laskey, Jaggard & Brown t. Verenigd Koninkrijk). Een vervolging en veroordeling wegens sadomasochistische activiteiten leverden in casu geen strijd op met het in art. 8 EVRM beschermde recht op privéleven.

11 Vgl. Kelk & De Jong 2016, p. 188.

12 Voorbeeld ontleend aan H. de Doelder & A.J.A. van Dorst, ‘Sport en Strafrecht’, *NJB* 1977, afl. 7, p. 166.

13 HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375 m.nt. N. Keijzer.

14 Zie onder meer: D. Haze-winkel-Suringa/J. Remmelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 357: ‘Bloedneuzen e.d. als gevolg van vechtpartijen binnen studentencorpora e.d., teruggaande op aldaar geldende “gewoonten”, zal men wel moeten accepteren als berustend op “mutmassliche Einwilligung”, tenzij ze zijn toegebracht binnen een organisatie, die zich tegen dergelijke mores met kracht verzet. Betreft het evenwel levensgevaarlijke praktijken, dan zullen ze, hoezeer berustend op traditie niet kunnen worden geaccepteerd.’

15 De term ‘veroorloevende handeling’ is een variatie op de Vlaamse term ‘veroorloevende ingesteldheid’. Vgl. A. Dierickx, *Toestemming en strafrecht* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2006.

16 J.M. ten Voorde, *T&C Strafrecht*, inl. opm. bij Boek I, Titel III, aant. 11.

17 Hazewinkel-Suringa & Rammelink 1996, p. 355. Hierbij moet de context in gedachten worden gehouden: een persoon die niet in staat is zijn wil te uiten in bijvoorbeeld het handelsverkeer vanwege een mentale handicap, kan wellicht wel zijn wil uiten omtrent vrijwillige levens-einde in het kader van een euthanasietraject.

18 Denk bijvoorbeeld aan de 'vrijwillige' intieme liefdesrelatie met of tussen minderjarigen: HR 24 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0775, *NJ* 1997/676; EHRM 30 augustus 2011, 37334/08, *EHRC* 2011/167 (*G. t. Verenigd Koninkrijk*). De vrijelijk gevormde wils-overeenstemming wordt in dergelijke gevallen niet al te snel aangenomen, vgl. Kelk & De Jong 2016, p. 187-188.

19 J.M. ten Voorde, *T&C Strafrecht*, inl. opm. bij Boek I, Titel III, aant. 11.

20 Vgl. HR 15 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC4200, *NJ* 1983/153.

21 T.J. Noyon & G.E. Langemeijer/J. Rammelink, *Het wetboek van strafrecht* (voortgezet door: J.W. Fokkens & A.J. Machielse), Deventer: Kluwer (losbladig), Wederrechtelijkheid, aant. 10. (Het ontbreken van) de wil of toestemming van een patiënt in comateuze toestand kan natuurlijk ook uit een eerder door hem opgestelde schriftelijke wilsverklaring of niet-behandelverklaring blijken.

22 Rb. Groningen 14 oktober 2010, ECLI:NL:RBGR0:2010:BO0421, *NS* 2011/254.

23 Voor het primair ten laste gelegde (brandstichting) werd verdachte overigens ontslagen van alle rechtsvervolging, omdat volgens de rechtbank met betrekking tot dat feit de 'goedgeinformeerde' geen rol speelt en er dus, voor wat betreft dat feit, sprake was van een geldige toestemming. De rechtbank lijkt hiermee aan te geven dat de 'goedgeinformeerde' met name relevant is bij feiten die direct de belangen van het slachtoffer raken. Mij is overigens geen arrest bekend dat deze norm bevestigt.

toestemming die zorgt voor rechtvaardigende werking anderzijds wordt in het navolgende de terminologische keuze gemaakt om de feitelijkheid aan te duiden met 'veroorlovene handeling',¹⁵ zodat 'toestemming' kan worden gereserveerd voor de strafrechtelijk relevante variant. Om te kunnen spreken van een strafrechtelijk relevante toestemming dient de veroorlovene handeling aan bepaalde basisvoorwaarden te voldoen. Uit de literatuur en de jurisprudentie kunnen de volgende basisvoorwaarden worden gedestilleerd.

Allereerst dient de veroorlovene handeling te zijn verricht door iemand die bekwaam is zijn of haar wil te uiten.¹⁶ Met betrekking tot personen die kwetsbaar zijn, bijvoorbeeld vanwege geestesziekte of leeftijd, is 'grote scepsis op zijn plaats'.¹⁷ Kwetsbare personen dienen in sommige gevallen tegen zichzelf in bescherming te worden genomen.¹⁸ In hoeverre de in de bijzondere context van het studentenleven opduikende dronkenschap – of bij ontgroening: uitputting – aan deze opsomming kan of moet worden toegevoegd, blijkt niet ondubbelzinnig uit de literatuur of jurisprudentie. Mijns inziens dient echter ook de wilsbekwaamheid van een persoon die verkeert in staat van dronkenschap in beginsel buiten de reikwijdte van de strafrechtelijk relevante toestemming te vallen. De wil is namelijk niet op de wijze tot stand gekomen die vereist is om weloverwogen beslissingen te nemen. Voor ogen moet worden gehouden dat de betreffende persoon uiteindelijk slachtoffer kan zijn van handelen waarmee hij (mogelijk niet-bedoeld) heeft ingestemd. De veroorlovene handeling is geen vrijbrief om alles maar te mogen doen of na te laten: van groot belang bij deze redenering is het feit dat er een eigen verantwoordelijkheid blijft bestaan voor degene aan wie de veroorlovene handeling was gericht, zeker als het voor diegene kenbaar is dat sprake is van dronkenschap. Hij kan dan niet in redelijkheid afgaan op de verklaring van het slachtoffer, zeker niet wanneer hij heeft bijgedragen aan diens dronkenschap. Het gebruik maken (of beter gezegd: misbruik maken) van die veroorlovene handeling van het slachtoffer werkt dan eerder culperend dan disculperend.

Een kleine stap is die naar de tweede eis voor een rechtvaardigende toestemming: de toestemming dient vrijwillig en op in beginsel niet voor misverstand vatbare wijze te zijn gegeven.¹⁹ Vergissing of dwang staat daarmee dus aan een strafrechtelijk relevante toestemming in de weg.²⁰ Een moeilijkheid betreft overigens de situatie in de bijzondere context van de medische behandeling, waarin sprake is van

een persoon die bijvoorbeeld in een comateuze toestand verkeert. In dat geval is het lastig om te spreken van een toestemming die vrijwillig en op niet voor misverstand vatbare wijze is gegeven. Helemaal sluitend is dat echter niet, omdat bijvoorbeeld binnen de discussie over de werking van de medische exceptie, bepaalde handelingen jegens een in coma geraakte patiënt zo zeer in zijn belang kunnen worden geacht dat een soort impliciete toestemming wordt aangenomen of verondersteld.²¹

De toestemming dient vrijwillig en op in beginsel niet voor misverstand vatbare wijze te zijn gegeven

Een slachtoffer kan verder slechts een geldige toestemming geven voor een bepaald strafbaar feit dat zijn belang(en) raakt, indien hij goed op de hoogte is van de aard, ingrijpendheid en de gevolgen van de handeling. Als voorbeeld kan dienen de ontgroening bij een dispuut van de Groningse studentenvereniging Albertus Magnus, waarbij vier kandidaat-leden 'een stunt wilden uithalen': het slachtoffer had een Sinterklaaspak aan en hij gaf zijn medekandidaat-leden toestemming om het pak in brand te steken, waarna hij schreeuwend door de kamer heen zou rennen om vervolgens in het water te springen.²² Het slachtoffer heeft daarbij echter niet geweten dat gebruik werd gemaakt van een behoorlijke hoeveelheid zeer brandbare lampenolie. Naar het oordeel van de rechtbank kon daarom niet worden gezegd dat het slachtoffer goed op de hoogte was van of goed was geïnformeerd over de aard, ingrijpendheid en gevolgen van deze handeling, zodat bijgevolg van het geven van een strafrechtelijk relevante toestemming voor de uitvoering van die handeling geen sprake is geweest. De kandidaat die het pak aanstak werd uiteindelijk veroordeeld tot een taakstraf, bestaande uit een werkstraf van 50 uren, wegens zware mishandeling.²³

Een slachtoffer kan slechts een geldige toestemming geven voor een bepaald strafbaar feit dat zijn belang(en) raakt, indien hij goed op de hoogte is van de aard, ingrijpendheid en de gevolgen van de handeling

De toestemming dient voorts voorafgaand of tijdens de onder de delictsomschrijving vallende gedraging te zijn gegeven.²⁴ Als de veroorloovende handeling pas achteraf blijkt, wordt de gedraging ten tijde van het moment van uitvoeren in beginsel niet met terugwerkende kracht gelegitimeerd of gerechtvaardigd. Wel kan die instemming achteraf dan van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of vervolging wordt ingesteld en, zo ja, tot welke eventuele strafvermindering zulks aanleiding geeft (zie ook hierna in paragraaf 6).

De toestemming dient voorafgaand of tijdens de onder de delictsomschrijving vallende gedraging te zijn gegeven

Toestemming is ook in een andere zin niet altijd en absoluut rechtvaardigend.²⁵ De strafrechtelijk relevante toestemming kan volgens diverse auteurs slechts rechtvaardigende werking hebben indien het een situatie betreft waarin het gaat om een licht feit,²⁶ ‘wegens de onmiskenbare vrijheid van het individu om binnen zekere grenzen te bepalen wat hij lijden wil’.²⁷ De vrijheid van het individu tot zelfbeschikking strekt zich niet uit tot die aantastingen die binnen de reikwijdte van zwaardere strafbare feiten vallen. Met betrekking tot feiten als belediging, lichte vormen van mishandeling of korte vrijheidsberoving ligt de rechtvaardigende werking van de toestemming voor de hand. Bij ernstigere feiten, zoals zware mishandeling, buitensporige vrijheidsberoving,²⁸ ontucht of doodslag, gaat het adagium *volenti non fit iniuria* niet (snel) op.²⁹ Deze feiten zijn *an sich* ‘te ernstig’ om gerechtvaardigd te worden door eventuele toestemming en bovendien brengt die ernst mee dat, ondanks toestemming, strafrechtelijke rechtshandhaving als publiek belang niet achterwege kan worden gelaten.

Illustratief is het arrest *Leestafel zoolen*.³⁰ Bij de Leidse Studenten Vereniging Minerva werd een vijf meter lange leestafel van ongeveer 1000 kilogram als stormram gebruikt teneinde die leestafel buiten de sociëteit te brengen, hetgeen het zittende bestuur moest trachten te voorkomen. Er bestaat namelijk een *mos* binnen de studentenvereniging dat als men daarin slaagt, het bestuur dient af te treden. Tijdens de derde poging de tafel naar buiten te rammen bevond een lid van de vereniging, het latere slachtoffer, zich tussen

de tafel en de deuren. Door de stormramactie brak hij zijn beide polsen. De verdachte, een van degenen die de stormramactie met de tafel uitvoerden, deed een beroep op de sport- en spelexceptie, maar zijn beroep slaagde niet. Hij werd veroordeeld wegens medeplegen van het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel door schuld. Van een algemene acceptatie van inherente risico's behorend bij een gebruik, ritueel of traditie was ook geen sprake. Volgens annotator Keijzer ging het in wezen om de vraag of de aard en de ernst van het letsel vallen binnen het risico dat het slachtoffer door het deelnemen aan het ‘spel’ redelijkerwijze moet worden geacht te hebben aanvaard. De (stilzwijgende) toestemming reikt niet dermate ver dat een ernstig feit, zoals zwaar lichamelijk letsel door schuld,³¹ kan worden gerechtvaardigd, waardoor strafrechtelijke sanctiëring niet achterwege dient te worden gelaten.

Bij ernstigere feiten, zoals zware mishandeling, buitensporige vrijheidsberoving, ontucht of doodslag, gaat het adagium *volenti non fit iniuria* niet (snel) op

In die zin vergelijkbaar is de al wat oudere *Tres*-zaak.³² Volgens een traditioneel installatieritueel van het gezelschap *Tres Faciunt Collegium* te Utrecht werd bij kandidaat-leden tijdens een rit per koets een zwarte linnen kap over het hoofd bevestigd. Die kap werd aan het ondereinde om de hals vastgebonden. Aan de kap was een slurf bevestigd, die na het opzetten met roet werd gevuld. Door aan de slurf te schudden werd het roet in de kap gebracht, hetgeen volgens de ontgroeniers moest zorgen voor een ‘vreemde gewaarwording’. Daarbij werd benadrukt dat toestemming was gegeven voor deze ‘toetssteen van iemands karakter’. De ‘vreemde gewaarwording’ leidde bij het slachtoffer tot ernstige benauwdheid, verslikking, een hoestbui en daarmee tot een dermate hevige onlust dat kon worden gesproken van mishandeling. Een ander slachtoffer van hetzelfde ritueel, David Rutgers van Rozenburg, overleed als gevolg van verstikking. Ook in deze zaak bleek het traditieargument niet succesvol. A-G Berger concludeerde ook: ‘jarenlange toepassing door wie dan ook van een strafbare handeling kan geen recht geven noch kan het de onrechtmatigheid opheffen’,

24 T.J. Noyon & G.E. Lange-meijer / J. Rimmelink, *Het wetboek van strafrecht*, voortgezet door: J.W.

Fokkens & A.J. Machielse, Deventer: Kluwer (losbladig), Wederrechtelijkheid, aant. 10; J.M. ten Voorde, *T&C Strafrecht*, inl. opm. bij Boek I, Titel III, aant. 11.

25 F.P. Ölçer, ‘Waardigheid in het strafrecht: de vrijheid om vreemd te zijn’, in: R.H. Haveman e.a. (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 72.

26 Vgl. C. Haro Beels, *Strafrechtelijke beschouwingen over het Duitsche studenten-duel* (diss. Amsterdam), Amsterdam: J.H. & G. van Heteren 1887, p. 74-75; J.M. van Bemmelen & W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1953, p. 372; Kelk & De Jong 2016, p. 186.

27 Van Hamel 1927, p. 262.

28 Vgl. Rb. Arnhem 4 april 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP9892, waarbij bij wijze van ‘grap’ een militair werd onderworpen aan een ritueel waarbij hij met kracht uit bed werd getrokken, werd geboeid, werd voorzien van een geblindeerde bril en oorkappen, in een kooi werd geplaatst en met een kabel aan de vloer van die kooi werd vastgemaakt: ‘Het is de militaire kamer bekend dat binnen de krijgsmacht bepaalde grappen, bijvoorbeeld in het kader van ontgroeningen en het zogenaamde Neptunus-ritueel, gebruikelijk zijn. (...) Echter, de gedragingen van verdachte (...) zijn zo buitensporig geweest dat niet alleen de grens tot welke een grap zich kan uitstrekken, maar ook de grenzen die het Wetboek van Strafrecht aan ieders gedragingen stelt in ernstige mate zijn overschreden.’

29 Zie Haro Beels 1887, p. 74 en recenter: Kelk & De Jong 2016, p. 189. Anders: S. Roedenbeck, *Der Zweikampf im Verhältnis zu Tötung und Körperverletzung*, Halle: M. Niemeyer 1883, p. 38: ‘Bei jeder Tötung, bei jeder Körperverletzung wird also durch die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit der Handlung von vornherein ausgeschlossen.’

hetgeen de Hoge Raad volgde. Op dit punt zijn de opvattingen over de plaats van de toestemming in het strafrecht dus in decenia niet veranderd.

De gedachte dat de veroorloovende handeling slechts een rechtvaardigende toestemming kan opleveren ten aanzien van lichte feiten, hangt mede samen met de rechtsgoederen die door de strafbaarstellingen worden beschermd en de waarde die daaraan in de samenleving wordt toegekend. Diverse strafbepalingen zijn in het leven geroepen om het individu te beschermen, bijvoorbeeld tegen aanrandingen van de lichamelijke integriteit en aanrandingen van de eer en goede naam. Hoewel in de eerste plaats wordt beoogd het slachtoffer te beschermen, is bij ernstigere feiten vaak ook het algemeen belang met de strafbaarstelling verweven. Wanneer bij een bepaald strafbaar feit in zoverre ook andere belangen worden geschaad, verliest het adagium *volenti non fit iniuria* zijn kracht: de dood van het slachtoffer dat toestemming heeft gegeven is weliswaar een inbreuk op zijn recht op leven, maar kan bijvoorbeeld ook zorgen voor een geschokte rechtsorde en gevoelens van afschuw, angst, verdriet en ontsteltenis in de maatschappij. Het leven van de enkeling heeft niet alleen waarde voor hemzelf, maar ook voor de samenleving.³³ Anders gezegd: toestemming als rechtvaardiging kan alleen die rechtsgoederen betreffen waarover de toestemminggever als enige de volledige beschikking heeft. Daarom moet van geval tot geval worden bezien of het algemeen belang zodanig met de handeling, waarvoor toestemming is gegeven, is verweven dat de toestemming niet rechtvaardigt.³⁴ Van geval tot geval moet dan dus ook worden bezien of, ondanks die toestemming, toch publiekrechtelijke rechtshandhaving aangewezen is.

Hoewel in de eerste plaats wordt beoogd het slachtoffer te beschermen, is bij ernstigere feiten vaak ook het algemeen belang met de strafbaarstelling verweven

Uit het gepresenteerde overzicht, gedestilleerd uit jurisprudentie en literatuur, blijkt dat in alle gevallen waarin een veroorloovende handeling een strafrechtelijk relevante toestemming met rechtvaardigende werking opleverde, steeds kan worden gezegd dat er sprake is van een redelijk, namelijk door

de betrokkene geaccepteerd, middel tot een redelijk, namelijk door de betrokkene onderschreven, doel.³⁵ Nu de geldigheidsvoorwaarden van de toestemming bekend zijn, verdient de wijze waarop die toestemming ‘werkt’ een nadere bespreking. Hoe de toestemming in concrete zin rechtvaardigend kan werken (door het ontbreken van wederrechtelijkheid), of anderszins tot straffeloosheid kan leiden, is namelijk mede afhankelijk van de betreffende delictsoomschrijving.

5 Sluit toestemming de wederrechtelijkheid uit?

Of een term als ‘wederrechtelijk’ al dan niet is opgenomen in een delictsoomschrijving kan bij een geslaagd beroep op de rechtvaardigende toestemming van het slachtoffer gevolgen hebben voor onder andere de einduitspraak (vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging). Voordat in paragraaf 6 wordt ingegaan op de strafprocessuele gevolgen, voortvloeiend uit de beantwoording van de materiële vragen van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering, zal eerst een bespreking plaatsvinden van de verwerking van wederrechtelijkheid in delictsoomschrijvingen en de precieze betekenis ervan.

Of een term als ‘wederrechtelijk’ al dan niet is opgenomen in een delictsoomschrijving kan bij een geslaagd beroep op de rechtvaardigende toestemming van het slachtoffer gevolgen hebben voor onder andere de einduitspraak

Veelal wordt in de delictsoomschrijving gedrag strafbaar gesteld dat daarmee nagenoeg altijd, behoudens de uitzonderingen van de rechtvaardigingsgronden, ook wederrechtelijk gedrag is. In die gevallen heeft de wetgever er doorgaans van afgezien om ‘wederrechtelijk’ als een te bewijzen bestanddeel in de delictsoomschrijving op te nemen. Ter afbakening van het strafbare gedrag is dat dan niet nodig. Wederrechtelijkheid, als voorwaarde voor strafbaarheid, wordt dan, als element van het strafbare feit, in beginsel verondersteld. Wanneer gedrag echter ook veelvuldig voorkomt onder omstandigheden waaronder dat gedrag helemaal niet ‘weder het recht’ is, heeft de

³⁰ HR 31 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9178, *NJ* 2007/79, m.nt. N. Keijzer (*Leestafel zooien*).

³¹ De ernst van het feit blijkt in dit geval niet zozeer uit de strafbedreiging of de subjectieve zijde van het delict, als wel uit het gevolg van het delict.

³² HR 12 december 1967, ECLI:NL:HR:1967:AB4598, *NJ* 1970/314 (*Tres*).

³³ H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* (eerste deel), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, p. 69; A. Nysingh, *Iets over de werking der toestemming in het strafrecht* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1888, p. 39; A.J.F.M.N. Dorbeck, *Strafrechterlijke studie over de vraag: “An injuria fit volenti?”* (diss. Amsterdam), Alkmaar: A. Kusters 1893, p. 71-72. Hazewinkel-Suringa & Rummelink 1996, p. 356; Kelk & De Jong 2016, p. 190.

³⁴ Hazewinkel-Suringa & Rummelink 1996, p. 354. Een bijzondere vorm van toestemming is overigens de plaatsvervangende toestemming: als het bijvoorbeeld gaat om besnijdenis bij jonge jongetjes zijn het de ouders die ‘toestemming’ geven. Zie HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, *NJ* 2011/466; M.A.P. Timmerman, *Religieuze jongensbesnijdenis als mishandeling*, *Strafblad* 2012, afl. 6, p. 474-483 en S. Wahedi, ‘De wederrechtelijkheid van jongensbesnijdenis’, *NJB* 2012, afl. 44/45, p. 3097-3105. Kelk & De Jong 2016, p. 190.

wetgever veelal, gedwongen door de strekking van het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel, wederrechtelijkheid als bestanddeel aan de delictsomschrijving toegevoegd.³⁶

Het schoolvoorbeeld betreft de professionele sloper die in opdracht van de eigenaar (lees: met toestemming) zijn taak uitvoert. Zonder het woord wederrechtelijk in de delictsomschrijving van het strafbare feit vernieling, zou de uitoefening van het sloopberoep mogelijk erg lastig kunnen worden gemaakt. Door opneming van wederrechtelijkheid als te bewijzen bestanddeel wordt voorkomen dat de strafbaarstelling ruimer is dan wenselijk is.

Wederrechtelijkheid kan ook impliciet zijn verwerkt in een delictsomschrijving. Een voorbeeld hiervan is de delictsomschrijving van mishandeling. De Hoge Raad heeft bepaald dat onder mishandeling moet worden verstaan 'het aan een ander toebrengen van lichamelijk letsel of pijn, zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat',³⁷ 'maar onder omstandigheden ook het bij een ander teweegbrengen van een min of meer hevige onlust veroorzakende gewaarwording in of aan het lichaam'.³⁸ Een gedraging die in beginsel mishandeling zou opleveren (in de zin van: pijn of letsel toebrengen), verliest zijn strafbare karakter indien de toestemming de wederrechtelijkheid kan wegnemen. Daarmee is de handeling dan niet meer 'mis'.

Daarmee is nog niet gezegd dat elke toestemming bij elk delict de wederrechtelijk meteen geheel wegneemt. Dat hangt af van de specifieke betekenis van wederrechtelijkheid als bestanddeel dan wel als element. Soms maakt de wetgever het gemakkelijk door niet de vage term 'wederrechtelijkheid' als bestanddeel aan een delictsomschrijving toe te voegen, maar een concreter equivalent, zoals 'zonder verlof', 'tegen de wil' of 'zijns ondanks'. Voor die laatste gevallen is het duidelijk: als wederrechtelijkheid als bestanddeel is gespecificeerd tot het ontbreken van de toestemming, impliceert de geldige toestemming van het slachtoffer dat de gedraging niet onder de delictsomschrijving valt. Als de wetgever de wederrechtelijkheid in algemene zin als bestanddeel aan een delictsomschrijving toevoegt of als de wederrechtelijkheid slechts een element van het strafbare feit vormt, kan dat anders liggen. Dat vereist een korte verkenning.

In hoeverre toestemming de (impliciete) wederrechtelijkheid kan wegnemen, is afhankelijk van de betekenis of definitie van wederrechtelijkheid. Al decennialang heeft de precieze betekenis van de term

wederrechtelijkheid aanleiding gegeven tot discussie in de literatuur. Rimmelink geeft bijvoorbeeld aan wederrechtelijkheid de betekenis 'zonder eigen recht': hij die zonder eigen bevoegdheid of aanspraak handelt, handelt wederrechtelijk.³⁹ Hiermee blijft hij dicht bij de waarschijnlijke bedoeling van de wetgever,⁴⁰ maar hantering van deze beperkte betekenis kan leiden tot de conclusie dat de toestemming al zorgt voor uitsluiting van wederrechtelijkheid, terwijl er ruimte overblijft voor de dader om maatschappelijk onbetamelijk te handelen.⁴¹

Al decennialang heeft de precieze betekenis van de term wederrechtelijkheid aanleiding gegeven tot discussie in de literatuur

Riphagen stelt dat de betekenis van wederrechtelijk moet worden vastgesteld per delict.⁴² Daarbij aanknopend stelt Van Veen dat moet worden bezien welke specifieke betekenis het woord wederrechtelijk in de betreffende context heeft wanneer het delict is opgenomen in een tenlastelegging.⁴³ De bedoeling van de wetgever, blijkend uit de wetgeschiedenis en de *ratio legis*, is daarbij bepalend voor de betekenis van de door Van Veen geïntroduceerde 'facet-wederrechtelijkheid'.⁴⁴

Per delictsomschrijving waarin de wederrechtelijkheid voorkomt, zou moeten worden onderzocht welke, eventueel specifieke inhoud aan dit bestanddeel moet worden gegeven.⁴⁵ Indien er dus sprake is van een geldige toestemming, zou het van de context afhankelijk moeten zijn of de toestemming een vrij spraak kan opleveren. Veel valt te zeggen voor het argument dat, als de wetgever met de wederrechtelijkheid als bestanddeel zou hebben bedoeld 'zonder toestemming', hij in dat geval had moeten kiezen voor een dergelijke concrete terminologie.⁴⁶

Een andere, breed aangehangen opvatting die aan de wederrechtelijkheid wordt verbonden is 'in strijd met het objectieve recht'.⁴⁷ In deze opvatting is de betekenis van de wederrechtelijkheid als bestanddeel (nagenoeg) gelijk aan de betekenis van de wederrechtelijkheid als element.⁴⁸ Het toetsingskader hierbij is dus het geheel aan geldende rechtsregels. Het gaat bij een wederrechtelijke gedraging om gedrag in strijd met het objectieve recht: in strijd met normen die in beginsel afkom-

36 P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht. Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 793.

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

38 Hierbij kan worden gedacht aan het onverwachts iemand in koud water gooien of het zonder toestemming afknippen van hoofdhaar, vgl. HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2677, NJ 2014/402; HR 11 februari 1929, NJ 1929, p. 503 en HR 12 december 1967, ECLI:NL:HR:1967:AB4598, NJ 1970/314 (*Tres*). Zie ook: J.S. Nan, 'Ingeblikte wederrechtelijkheid bij mishandeling', *TPWS* 2014, afl. 10, p. 52.

39 T.J. Noyon & G.E. Lange-meijer/J. Rimmelink, *Het wetboek van strafrecht*, voortgezet door: J.W. Fokkens & A.J. Machielse, Deventer: Kluwer (losbladig), *Wederrechtelijkheid*, aant. 2 en 3.

40 Smid (I), 1881, p. 409.

41 Vgl. HR 9 februari 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB4227, NJ 1972/1, m.nt. C. Bronkhorst (*Dreigbrief*) waarin geen betekenis werd toegekend aan deze enge definitie: ook al maakt iemand aanspraak op geld (met 'eigen recht' dus), de grenzen van het maatschappelijk betaamelijke mogen daarmee niet worden overschreden (door bijvoorbeeld een dreigbrief te sturen met het doel de eigen aanspraak te realiseren).

42 J. Riphagen, 'De betekenis van het woord wederrechtelijk in de strafwet', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1932, p. 138-156.

43 Th.W. van Veen, 'Facet-wederrechtelijkheid', *NJB* 1972, p. 466-469.

44 G. Knigge, *Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het strafbare feit. Een preadvies*, Den Haag: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1993, p. 17.

45 Van Veen 1972, p. 466-469; De Hullu 2015, p. 193.

46 Zo ook De Hullu 2015, p. 193; zie ook: D. Vermunt, *Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 176-181.

47 G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Ons strafrecht (deel 1). Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 103; Kelk & De Jong 2016, p. 158; D. Schaffmeister & A. Heijder, 'Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht', in: A. de la Porte

e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 446.

48 Kelk & De Jong 2016, p. 158.

49 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 446.

50 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 471.

51 Zie bijvoorbeeld HR 16 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8609, NJ 1991/153, m.nt. Th.W. van Veen; HR 26 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1425, NJ 2014/40; Knigge & Wolswijk 2015, p. 103; volgens hen is het overigens niet zeker of dat standpunt voor *alle* delicten geldt, met verwijzing naar HR 14 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3763, NJ 1987/361 en naar K. Lindenberg, *Strafbare dwang*, Apeldoorn: Maklu 2007, p. 249 e.v.; Vgl. Kelk & De Jong 2016, p. 163-164, waarin verontreiniging van bodem, lucht en oppervlaktewater als voorbeeld wordt gehanteerd.

52 Term ontleend aan Th.W. van Veen die stelt dat 'heel wel gezegd [kan] worden' dat de toestemming een wederrechtelijk-uitsluitende grond is; Th.W. van Veen, 'Het stelsel der excepties', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint, p. 358.

53 De toestemming als rechtvaardigingsgrond is in dat geval geen bewijsverweer, maar een verweer in de zin van art. 358, derde lid, Sv, dat slechts ziet op het element wederrechtelijkheid met in casu een ruimere betekenis.

54 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers), Deventer: Kluwer 2014, p. 864. Een uitzondering met betrekking tot diefstal in geval van noodtoestand betreft Hof Amsterdam 21 december 1945, ECLI:NL:GHAMS:1945:BG9450, NJ 1946/254, waarbij niet alle (on)rechtmatigheidsaspecten waren verdisconteerd in de wederrechtelijkheid en OVAR volgde, terwijl 'wederrechtelijk' in de tenlastelegging stond. Vgl. Kelk & De Jong 2016, p. 164-165.

55 Een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond in geval van *mishandeling*, levert vrijspraak op. Dit is overigens echter anders bij *zware* mishandeling.

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

stig kunnen zijn uit het gehele geschreven en ongeschreven recht.⁴⁹ Ook maatschappelijk onbetamelijk gedrag kan dan wederrechtelijk gedrag opleveren. Volgens Schaffmeister en Heijder kan de wederrechtelijkheid, in de opvatting 'in strijd met het objectieve recht' uiteraard wel nader worden geconcretiseerd en geïnterpreteerd door middel van invulling van de over het algemeen nogal abstracte en vage aanduiding van het strafbare feit in de delictomschrijving.⁵⁰

De opvatting 'in strijd met het objectieve recht' lijkt ook door de Hoge Raad te worden gehanteerd.⁵¹ Dit brengt met zich dat in de praktijk een wederrechtelijk-uitsluitende grond⁵² (lees: rechtvaardigingsgrond), zoals de toestemming van het slachtoffer, leidt tot niet-verwezenlijking van de wederrechtelijkheid, ongeacht de precieze betekenis ervan.

De strafrechtelijk relevante toestemming met rechtvaardigende werking verhindert de verwezenlijking van de delictsinhoud wanneer een concreet bestanddeel, rakende aan de zelfbeschikking, is opgenomen in de delictomschrijving en de tenlastelegging

Resumerend kan worden gesteld dat de strafrechtelijk relevante toestemming met rechtvaardigende werking de verwezenlijking van de delictsinhoud verhindert wanneer een concreet bestanddeel, rakende aan de zelfbeschikking ('zijns ondanks', 'gedwongen', 'zonder verlof' etc.), is opgenomen in de delictomschrijving en de tenlastelegging. Ook zal de tenlastelegging waarin de algemenere term 'wederrechtelijk' is gebezigd, wanneer de gangbare opvatting 'in strijd met het objectieve recht' wordt aangehangen, (veelal) niet kunnen worden bewezen, indien er sprake is van een geldige toestemming als rechtvaardigingsgrond. In beide gevallen zou vrijspraak volgen.

Slechts in de ogenschijnlijke theoretische mogelijkheid, waarbij dus een beperkte opvatting van wederrechtelijkheid *als bestanddeel* zou worden aangehangen, en de toestemming niet ziet op die beperkte betekenis, kan de wederrechtelijkheid *als element* nog als 'rechtvaardigend vangnet' fungeren.

Lastig voorstelbaar – maar, indien de minder breed aangehangen beperkte opvatting zou worden aangehangen, niet onjuist – is immers de situatie dat 1) wederrechtelijkheid is opgenomen in een delictomschrijving en tenlastelegging, 2) in casu sprake is van toestemming als rechtvaardigingsgrond (die de wederrechtelijkheid in beginsel dus zou wegnemen) en 3) desondanks ontslag van alle rechtsvervolging volgt in plaats van vrijspraak, omdat de rechtvaardigingsgrond ziet op een ander aspect (of in de woorden van Van Veen: facet) van de wederrechtelijkheid dan de wetgever voor ogen had.⁵³ Er zijn echter geen aanwijzingen dat in de rechtspraak deze leer van facet-wederrechtelijkheid met betrekking tot de toestemming is aanvaard.⁵⁴

De overige strafprocessuele gevolgen, voortvloeiend uit de beantwoording van de materiële vragen van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering, zullen in het navolgende uitgebreider worden uiteengezet.

De toestemming kan direct of indirect van invloed zijn op alle materiële vragen van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering

6 Strafprocessuele verwerking van de toestemming

De toestemming kan direct of indirect van invloed zijn op alle materiële vragen van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering. Hiervoor is al stilgestaan bij en ingegaan op de rechtvaardigende werking van de toestemming in relatie tot de wederrechtelijkheid als bestanddeel respectievelijk als element. Wanneer de wederrechtelijkheid wordt weggenomen door de toestemming zal in de praktijk het feit, indien wederrechtelijkheid (al dan niet impliciet⁵⁵) is opgenomen in de delictomschrijving en in de tenlastelegging, niet kunnen worden bewezen en zal vrijspraak volgen. Wanneer wederrechtelijkheid slechts een element is, zal bij rechtvaardiging door toestemming ontslag van alle rechtsvervolging volgen.

Een bijzondere verwerking van de toestemming in het strafvorderlijk beslissingsmodel is terug te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 9 februari 2016 inzake het vervaardigen en in bezit hebben van kinderpornografisch materiaal.⁵⁶ Uit het arrest volgt dat de kinderpornografiebepaling van

artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht te ruim geredigeerd is. De Hoge Raad oordeelde dat de situatie zich kan voordoen dat bepaalde gedragingen weliswaar kunnen worden bewezenverklaard, maar dat deze geen strafbaar feit opleveren. Aldus is door de Hoge Raad een jurisprudentiële kwalificatie-uitsluitingsgrond in het leven geroepen. De strafrechter kan in specifieke gevallen, bijvoorbeeld wanneer een oudere minderjarige in de privésfeer ermee instemt dat een leeftijdgenoot voor eigen of beider bezit kinderpornografisch materiaal vervaardigt, die kwalificatie-uitsluitingsgrond aannemelijk achten. De indicatie dat er sprake is van toestemming kan dus mede bijdragen aan de gedachte dat de situatie niet kan worden gekwalificeerd als hetgeen strafbaar is gesteld in artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht, waardoor ontslag van alle rechtsvervolging zal moeten volgen. Daarmee kan de toestemming een rol spelen bij de beantwoording van de tweede materiële vraag van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering.

Verder is de situatie niet ondenkbaar waarin geen sprake is van een geldige toestemming, maar dat de verdachte wel redelijkerwijs kon en mocht aannemen dat die er was.⁵⁷ Denk bijvoorbeeld aan de persoon die in de veronderstelling verkeert sadomasochistische handelingen te mogen verrichten met toestemming, hoewel die toestemming (na verloop van tijd) niet meer bestaat. Als aannemelijk kan worden gemaakt dat de verdachte weliswaar (zwaar) heeft mishandeld, maar vergeeflijk heeft gedwaald omtrent de feiten, dan ligt de jurisprudentiële schuld-uitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld in de rede. Daarmee kan de oorspronkelijke veroorlopende handeling indirect toch zorgen voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid (ontslag van alle rechtsvervolging) bij de beantwoording van de derde materiële vraag.

Op een indirecte wijze kan de veroorlopende handeling matigend werken

Wanneer een veroorlopende handeling niet heeft geleid tot een toestemming die rechtvaardigende werking heeft of anderszins tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt, kunnen de omstandigheden van het geval wellicht wel aanleiding geven om bij de strafoplegging te kiezen voor een lagere straf of zelfs voor schuldigverklaring zonder

oplegging van straf (in de zin van art. 9a van het Wetboek van Strafrecht). De veroorlopende handeling zegt dan namelijk meestal wel iets over het motief van de dader. Hij wilde kennelijk niet tegen de wil van het slachtoffer handelen of het rechtsgoed schenden. Dat is in het algemeen een positief te waarderen motief, maar een motief speelt doorgaans alleen een rol bij de straftoemeting. Een voorbeeld dat hiervoor aan de orde kwam is illustratief: een veroorlopende handeling na afloop van de strafbare gedraging rechtvaardigt niet, maar kan wel aanleiding geven om geen of minder straf op te leggen. Op een indirecte wijze kan de veroorlopende handeling dan ook matigend werken.

Hoewel de toestemming van het slachtoffer geen geschreven strafuitsluitingsgrond betreft, is deze wel van betekenis in het systeem van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid

7 Afsluiting

Ontbreekt voor de ontgroenende ouderejaars uit de inleiding nu strafrechtelijke aansprakelijkheid vanwege gegeven toestemming? Afhankelijk van de geldigheid van de toestemming en het desbetreffende strafbare feit is dat niet uitgesloten. In deze bijdrage is een overzicht gepresenteerd van de dogmatische betekenis van de toestemming. Hoewel de toestemming van het slachtoffer geen geschreven strafuitsluitingsgrond betreft, is deze wel van betekenis in het systeem van uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Om die betekenis op het spoor te komen zijn de rol en de werking van de toestemming in bijzondere contexten geanalyseerd.

Indien aan de voorwaarden van een strafrechtelijk relevante toestemming is voldaan, is het nog van de betekenis van termen in de delictomschrijvingen (zoals 'wederrechtelijk') afhankelijk in hoeverre de toestemming leidt tot rechtvaardiging. Uit het gepresenteerde overzicht is op te maken dat het adagium *volenti non fit iniuria* weliswaar niet de ruime betekenis heeft die het op het eerste gezicht lijkt te hebben, maar dat de toestemming wel degelijk een zekere rol speelt in het strafrecht. Zo is de toestemming een belangrijk vereiste voor een succesvol beroep op de

⁵⁷ Vgl. de wilsvertrouwensleer van art. 3:35 BW.

medische exceptie en de sport- en spelexceptie om het strafbare karakter van het feit weg te nemen.

Het adagium *volenti non fit iniuria* heeft weliswaar niet de ruime betekenis die het op het eerste gezicht lijkt te hebben maar toestemming speelt wel degelijk een zekere rol in het strafrecht

58 Zie de methodologische opmerking bij de inleiding.
59 Kelk & De Jong, p. 190.
60 E.Ph.R. Sutorius, 'Abortus en euthanasie: medisch handelen tussen het respect voor menselijk leven en de vrijheid tot zelfbeschikking', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint, p. 421.

In de bijzondere context van het studentenleven zijn de vrijwilligheid en de (impliciete) toestemming een belangrijke factor bij de beoordeling van eventuele strafbaarheid in het kader van ontgroeningen en tradities die hebben geleid tot bijvoorbeeld letsel. Uit (het kleine aantal⁵⁸) gewezen uitspraken van de strafrechter met betrekking tot zaken in de sfeer van studentenverenigingen blijkt dat van de toestemming steeds kan worden ge-

zegd dat er sprake moet zijn van een redelijk, namelijk door de betrokkene geaccepteerd, middel tot een redelijk, namelijk door de betrokkene onderschreven, doel. Dit wordt in wezen telkens als stilzwijgend element in de delictomschrijving ingelezen en dus ook als (creatieve) interpretatie gegeven door de in het delict geïncorporeerde wederrechtelijkheid.⁵⁹

Een zekere mate van zelfbeschikking is daarmee gegarandeerd in het Nederlandse strafrecht. Het karakter en de reikwijdte van zelfbeschikking, de rechtsidee van de vrije autonome mens die door die vrijheid verantwoordelijk wordt, zijn weliswaar niet concreet in de wet vastgelegd, wel is het een belangrijk uitgangspunt waarin verschillende fundamentele rechten hun herkomst vinden.⁶⁰ Strafbepalingen moeten daarbij, mijns inziens, niet worden gezien als regel, maar als uitzondering op dat beginsel van zelfbeschikking. De toestemming als rechtvaardiging in het strafrecht vormt daarmee een uitzondering op de uitzondering of met andere woorden: een bevestiging van de regel.

IJI professional partner
in foreign and
international law

✉ info@iji.nl
☎ 070 - 346 09 74
🐦 in

Het Internationaal Juridisch Instituut adviseert
sinds 1918 rechters, advocaten en notarissen over
internationaal privaatrecht en buitenlands recht

- ✓ Vermogensrecht
- ✓ Familierecht
- ✓ Internationaal procesrecht
- ✓ Uitwinning zekerheden
- ✓ Faillissementsrecht
- ✓ Aansprakelijkheidsrecht

Kijk voor een compleet overzicht van onze diensten op www.iji.nl