

# Artikel

## (On)geschreven excepties

Mr. S.R. (Sven) Bakker\*

### 1. Inleiding

Naast de geschreven algemene strafuitsluitingsgronden in Titel III van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafrecht en de geschreven bijzondere strafuitsluitingsgronden behorend bij enkele afzonderlijke delict-(groep)en, kent het commune strafrecht ook ongeschreven excepties. De in de jurisprudentie ontwikkelde gronden ‘afwezigheid van alle schuld’ en ‘ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid’ worden in de strafrechtstheorie en –praktijk veelal aangeduid als ongeschreven, algemene strafuitsluitingsgronden. In uitzonderlijke gevallen is er ook aandacht voor ongeschreven excepties die zien op gedragingen die zijn verricht in of vanwege een ‘bijzondere context’. Deze erkende excepties zien bijvoorbeeld op gedragingen in de context van de (medische) beroepsuitoefening, de kunst, de wetenschap, het verzet, de sport- en spelsituatie, de seksualiteitsbeleving, het studentenleven en de tuchtiging in het kader van de opvoeding.<sup>1</sup> Binnen deze contexten komt het geregeld voor dat naar de letter een wettelijke delictomschrijving wordt verwezenlijkt, maar er geen sprake is of zou moeten zijn van strafbaarheid of strafwaardigheid. In deze bijdrage zal slechts op hoofdlijnen worden stilgestaan bij de inhoud van deze excepties; veeleer komt de kwestie aan de orde of er aanleiding is om deze contextgebonden excepties in de wet op te nemen.

\* Sven Bakker is als docent en onderzoeker verbonden aan het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden en verricht promotieonderzoek naar contextgebonden excepties in het Nederlandse strafrecht. Tevens is hij redactiesecretaris van dit tijdschrift.

1. J. Rummelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 353-374.

Dit vraagpunt is niet nieuw. In oude en huidige strafwetgeving waren/zijn contextgebonden excepties opgenomen, zowel in de vorm van bijzondere strafuitsluitingsgronden als in de vorm van algemene strafuitsluitingsgronden. Een voorbeeld van het eerste betreft de op de oude strafbaarstelling van kinderpornografie toegesneden exceptie: tussen 1995 en 2002 was in het tweede lid van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht een exceptie van kracht met betrekking tot het bezit van kinderpornografisch materiaal ten behoeve van een educatief, wetenschappelijk of therapeutisch doel.<sup>2</sup> Illustratief ten aanzien van het tweede is dat de Wetboeken van Strafrecht van de Caribische landen binnen het koninkrijk zijn voorzien van algemene, contextgebonden geschreven excepties: in artikel 1:114 van de Wetboeken van Strafrecht van Curaçao, Aruba en Sint Maarten is, naast de alom bekende geschreven rechtvaardigingsgronden, opgenomen de niet-strafbaarheid van de gedraging die is gepleegd volgens algemeen aanvaarde regels van beroepsuitoefening (lid 1, onderdeel e), alsmede de niet-strafbaarheid van de gedraging die is gepleegd als algemeen aanvaard uitvloeisel van vrijwillige deelneming aan sport of spel (lid 1, onderdeel f).<sup>3</sup>

In de strafrechtspraktijk blijft aandacht bestaan voor dergelijke excepties. In de afgelopen jaren zijn verwoede (maar vaak vergeefse) pogingen gedaan om bijvoorbeeld

2. *Kamerstukken II 1994/95*, 23682 nr. 9 en nr. 14. Het eveneens opnemen van een kunstexceptie, zoals voorgesteld in het voorstel van Mohamed Rabbae (GroenLinks) is expliciet verworpen, zie nader: W. Sorgdrager, ‘Geen exceptio artis, maar wel bescherming van kunst’, *AA 2009(5)*, p. 294. Zie voor een beschrijving van eerdere pogingen aangaande de codificatie van excepties van kunst en wetenschap in het licht van art. 240b Sr: T. Schalken, *Pornografie en strafrecht* (diss. VU Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1972.

3. Het concordantiebeginsel van art. 39 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden zet er overigens toe aan om (o.a.) het strafrecht en de strafvordering zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze te regelen.

de kunstexceptie,<sup>4</sup> de exceptie van toestemming in de sport,<sup>5</sup> de exceptie van toestemming in het studentenleven,<sup>6</sup> en zelfs het verzetsrecht<sup>7</sup> in te roepen. Recentelijk stonden ook verweren, ingegeven door het beroepsrecht, centraal in strafzaken waarin een arts<sup>8</sup> en een journalist<sup>9</sup> terechtstonden voor gedragingen die waren verricht in de uitoefening van hun beroep. Ten aanzien van de beroepsuitoefening van opsporingsambtenaren, in het bijzonder de geweldsaanwending in dat kader, heeft het luider worden van de roep om een contextgebonden exceptie geleid tot een wetsvoorstel.<sup>10</sup>

In deze bijdrage zal eerst in algemene zin aandacht worden besteed aan gemeenschappelijke kenmerken van contextgebonden excepties (2) en aan het codificeren van excepties (3). Daarna zal worden ingegaan op materieelstrafrechtelijke (4) en formeelstrafrechtelijke kwesties (5) die samenhangen met de vraag of het aangegeven is dat contextgebonden excepties dienen te worden opgenomen in de wet. De bijdrage zal worden afgesloten met enkele concluderende opmerkingen (6).

## 2. Nader over contextgebonden excepties

In de strafrechtstheorie en -praktijk is aanvaard dat diverse gedragingen, hoewel deze *in zijn algemeenheid* zijn verboden volgens de strafwet, *in concreto* geoorloofd kunnen zijn.<sup>11</sup> Wanneer een verboden maar (rechts of maatschappelijk) geoorloofde gedraging plaatsheeft, is het echter niet uitgesloten dat ter zake geen wettelijke strafuitsluitingsgrond van toepassing is. In de doctrine en in de jurisprudentie is daarom de ruimte, die de wetgever heel bewust heeft gelaten,<sup>12</sup> benut om langs andere wegen dan de gebaande paden te redeneren en te komen tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Immers:

4. HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1003, *NbSr* 2018/267 m.nt. S.R. Bakker; *NJ* 2019/214 m.nt. E.J. Dommering.
5. HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1769, *NbSr* 2018/319 m.nt. S.R. Bakker en J.P. Cnossen; *NJ* 2019/453 m.nt. H.D. Wolswijk.
6. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10176.
7. HR 24 maart, ECLI:NL:HR:2020:447-450 (*Context-zaak*). In eerste aanleg is door de verdediging aan de rechtbank gevraagd om 'het slapende verzetsrecht wakker te kussen', Rb. Den Haag 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365, r.o. 8.9. De rechtbank sloeg de uitnodiging 'beleefd af'.
8. HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1093 (*Haagse Borstendokter*). Overigens deed verdachte (een gynaecoloog) zich voor als (borst)chirurg terwijl hij dit niet was, zie nader de tuchtzaak Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 23 juni 2011, ECLI:NL:TGZCTGL:2011:YG1358, *GJ* 2015/3, onder 5.2, ad h.
9. Rb. Gelderland 9 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1541 (*Alberto Stegeman*).
10. Zie de bijdrage van M.M. Dolman in deze uitgave van *Boom Strafblad*.
11. D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1953, p. 194.
12. Th.W. van Veen, 'Het stelsel der excepties', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 350.

'Het doel van het strafrecht, de handhaving van de bestaande rechtsorde, is zeker niet gebaat met een veroordeling, van welke niet alleen de rechter zelf, maar ieder behoorlijk ontwikkeld rechtsbewustzijn moet erkennen, dat zij niet verdiend is.'<sup>13</sup>

Deze notie is, als gezegd, in het bijzonder aan de orde bij (erkende) bijzondere contexten, waarbij het volgens Kelk gaat 'om gedragingen en gedragspatronen die bepaalde – zo zou men kunnen zeggen – uitzonderingsgebieden bestrijken met betrekking tot de strafbaarheid'.<sup>14</sup> Nieboer spreekt in dit verband over '(de rechtvaardigende acceptatie die een rol speelt in) min of meer besloten situaties waarin deelnemers juridisch vrij zijn zich in die situatie te begeven en zich eraan te onttrekken'.<sup>15</sup> Daarbij zij opgemerkt dat die 'deelnemers' niet immuun zijn voor vervolging en berechting. Het gaat hier (vanzelfsprekend) niet om absolute excepties, waarbij elke 'deelnemer' kan rekenen op straffeloosheid alleen al vanwege de context. Het gebruik (of: misbruik) van de context als dekmantel of vrijbrief om strafbare feiten te plegen kan nog steeds op een strafrechtelijke 'reactie' rekenen.<sup>16</sup> Het gaat hier dus om een meer naar de context gedifferentieerde beoordeling van gedragingen die plaatsvinden binnen die context, bijvoorbeeld omdat de (zorgvuldigheids)normen binnen die context net anders liggen dan daarbuiten.<sup>17</sup>

## 3. Het codificeren van excepties

In zijn algemeenheid laat zich al de vraag stellen of c.q. waarom (contextgebonden) excepties dienen te worden opgenomen in de strafwet. Het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel verplicht de wetgever om strafwaardig gedrag van een (voorafgaande) wettelijke omschrijving te voorzien. Artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht heeft daarmee niet alleen een instrumentele functie, inhoudende dat wetgever, rechter en andere organen of functionarissen van de strafrechtspleging gehouden zijn om bij de vervulling van hun eigen taak het primaat van de wet te eerbiedigen en te garanderen; het heeft ook een waarborgfunctie: de burger mag de gerechtvaardigde verwachting koesteren dat gedrag dat niet wettelijk strafbaar is gesteld, ook niet wordt vervolgd en

13. W.H. Overbeek, *De rechtvaardigingsgronden in het Indische strafrecht* (diss. Leiden), Leiden: M. Dubbeldeman 1934, p. 5.
14. C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht* (bewerkt door F. de Jong), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 191.
15. W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 260.
16. Illustratief in dezen is de veroordeling van een rapper die de vrijheid van artistieke expressie misbruikte om beledigingen te uiten: HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1003, *NbSr* 2018/267 m.nt. S.R. Bakker; *NJ* 2019/214 m.nt. E.J. Dommering.
17. Vgl. H. de Doelder en A.J.A. van Dorst, 'Sport en Strafrecht', *NJB* 1977/7, p. 166: 'Het tijdens het spel ten val brengen van een rugbyspeler maakt een geheel andere indruk dan dezelfde handeling toegepast op een willekeurig persoon op het Plein.'

bestraft.<sup>18</sup> Een concrete verplichting om uitzonderingsgevallen of beperkingen van de delictsomschrijvingen nader te reguleren vloeit niet per definitie uit het legaliteitsbeginsel voort. De strekking van artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht brengt met zich dat de wet is toegespitst op de *vestiging* van strafbaarheid (en op de daarbij horende strafbedreiging) en niet op de *uitsluiting* ervan.<sup>19</sup> Dat neemt uiteraard niet weg dat het ideaal van rechtszekerheid (dat mede wordt gediend door het legaliteitsbeginsel c.q. de vereisten van *lex scripta* en *lex certa*) ten grondslag ligt aan het opnemen van beschrijvingen van exceptionele omstandigheden in de strafwet, hetgeen de rechter de (explicietere) mogelijkheid biedt om strafrechtelijke aansprakelijkheid in het concrete geval niet aanwezig te achten. Op die manier wordt via wetgeving rechtszekerheid geboden, zij het dat in die optiek rechtszekerheid gelijk lijkt te staan aan ‘wetszekerheid’.<sup>20</sup>

Het uitgangspunt lijkt daarmee dus te zijn dat de wetgever regelt welke gedragingen strafwaardig zijn en dat het in de wet opnemen van excepties kan bijdragen aan de rechtszekerheid, maar dat de wetgever daartoe niet verplicht is.<sup>21</sup> Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht werd aan deze notie ook reeds de nodige aandacht besteed. Bijvoorbeeld in het kader van het delict mishandeling is in de wetgeschiedenis terug te lezen:

‘Die opzettelijk aan een ander lichamelijk leed toebrengt is volstrekt niet altijd strafwaardig. Men denke aan heelkundige operaties en aan de castigatio pater-na. Het misdrijf behoort zóó uitgedrukt te worden, dat deze en dergelijke gevallen er niet in begrepen zijn.’<sup>22</sup> En: ‘Wie zijn kind kastijdt of, als chirurgijn, iemand eene operatie doet ondergaan, veroorzaakt opzettelijk leed, maar wordt, daar leed daarbij geen doel, maar middel is voor een rationeel doel, niet gezegd te mishandelen. (...) Zeker, zoodra men in bijzonderheden afdaald, openbaart zich verschil. (...) [D]eze natuurlijke nuances in de toepassing van het begrip kan men gerust aan de beoordeeling van den regter overlaten.’<sup>23</sup>

18. C.P.M. Cleiren, ‘Het legaliteitsbeginsel’, in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude, *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 292. Vgl. J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 86.
19. P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2005, p. 175.
20. A.R. Hartmann, ‘De strafuitsluitingsgronden anders opgeschreven: een revisie’, in: F.W. Bleichrodt, A.R. Hartmann, P.A.M. Mevis e.a. (red.), *Onbegrensd strafrecht. Liber amicorum Hans de Doelder*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 435.
21. Zo is door de wetgever bijvoorbeeld bewust geen catalogus aan strafuitsluitingsgronden opgenomen in de Awb, welke strafuitsluitingsgronden in de weg zouden kunnen staan aan het opleggen van een puntieve, bestuurlijke sanctie (die net als een strafrechtelijke sanctie een *criminal charge* oplevert): *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 87 en 134.
22. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. (herzien en aangevuld met de wijzigingen, door J.W. Smidt)*, tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 475.
23. H.J. Smidt 1891, p. 477.

In dit kader zien contextgebonden excepties – zoals in deze situatie de medische exceptie en de exceptie van tuchting in het kader van opvoeding – op de toepasselijkheid van de norm, zonder dat de exceptie in het algemene of bijzondere deel van het Wetboek van Strafrecht is opgenomen.<sup>24</sup>

Toch zien we ook dat de keuze soms veel c.q. valt op het wel opnemen van contextgebonden excepties in de strafwet.<sup>25</sup> De vraag rijst welke overwegingen in dat kader een rol (kunnen) spelen. Daarbij zullen kwesties van materieelstrafrechtelijke en formeelstrafrechtelijke aard separaat te berde worden gebracht.

## 4. Materieelstrafrechtelijke kwesties

Als gezegd is de rechtszekerheid gebaat bij heldere grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De rechter heeft in de voorbije tijd in de maatschappelijke werkelijkheid aanleiding gevonden om, buiten de wettelijke strafuitsluitingsgronden om, in bepaalde nauw omschreven gevallen tot straffeloosheid te besluiten, waarmee een aantal situaties van straffeloosheid zijn uitgekristalliseerd die ook in de wet zouden kunnen worden neergelegd.<sup>26</sup> Codificatie brengt de strafrechtspraktijk en de strafwet dan op één lijn. De ene contextgebonden exceptie lijkt alleen wel vastomlijnder te zijn dan de andere. Ten aanzien van bijvoorbeeld de medische exceptie zijn enigszins concrete voorwaarden ontwikkeld: de arts gaat kort gezegd vrijuit indien zijn handeling 1) medisch geïndiceerd was, 2) is verricht volgens de regelen der kunst en 3) met toestemming van de patiënt is verricht.<sup>27</sup> De mate van vaagheid lijkt al iets toe te nemen bij de sport- en spelexceptie: bij het trekken van de grens tussen wederrechtelijk en niet-wederrechtelijk gedrag wordt belang gehecht aan de van

24. Vgl. de figuur van de *Typizität*: de (wettelijke) kwalificatie doet geen recht aan de (bijzondere) situatie, terwijl wel alle delictsbestanddelen zijn vervuld. Vgl. C. Kelk, ‘Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving’, in: M. Groenhuisen, T. Kooijmans en J. Ouwkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (Liber amicorum Theo de Roos), Deventer: Kluwer 2013, p. 323-341 en recenter V.E. van de Wetering, P.A.M. Mevis en A. van der Heide, ‘De grens tussen strafbare euthanasie en medische palliatieve sedatie; over de “Typizität” van levensbeëindigend handelen’, *RM Themis* 2019/6, p. 233-246.

25. Hier zij verwezen naar de voorbeelden uit de inleiding.

26. H. de Doelder, S.R. Bakker, B.A. Salverda en J.H.J. Verbaan, *Wetboek van Strafrecht Curaçao*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2017, p. 357; H. de Doelder, S.R. Bakker, B.A. Salverda en J.H.J. Verbaan, *Wetboek van Strafrecht Sint Maarten*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2015, p. 373; H. de Doelder, B.A. Salverda, J.H.J. Verbaan en R.J. Verbeek, *Wetboek van Strafrecht Aruba*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014, p. 388.

27. Zie nader HR 21 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9531, *NJ* 1987/607 m.nt. G.E. Mulder, waarin de Hoge Raad de medische exceptie als zodanig als buitenwettelijke exceptie heeft erkend (zij het niet t.a.v. euthanasie); J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 54; H.J.J. Leenen, ‘Twee categorieën normen in het handelen van artsen; de medische exceptie’, in: C.H. Brants, C. Kelk en M. Moerings (red.), *Er is meer* (Swart-bundel), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 265-268.

toepassing zijnde spelregels en aan hetgeen over en weer mag worden verwacht binnen die context, maar het is daarmee niet eenvoudig om precies vast te stellen wanneer (nog) gesproken kan worden van een ‘ongelukkige samenloop van omstandigheden’ of van een ‘zodanige schending van de spelregels of zo gevaarlijk handelen dat van ontbreken van wederrechtelijkheid geen sprake meer kan zijn’.<sup>28</sup> De mate van vaagheid lijkt nog groter in het kader van de kunst. Zo is het nog maar de vraag wanneer een beroep op de kunstexceptie precies kans van slagen heeft. Is het daarbij bijvoorbeeld vereist dat de rechter vaststelt wat kunst is c.q. of in het betreffende geval sprake is van een kunstwerk? En is hij daartoe wel in staat?<sup>29</sup> Het is in dat licht weer verdedigbaar om te stellen dat de exceptie van weinig toegevoegde waarde is als het vraagstuk toch te ingewikkeld is om het met een algemeen gesteld wetsvoorschrift op te lossen.<sup>30</sup>

Daarmee dringt zich de vraag op hoe de excepties zouden moeten worden vormgegeven. De wetgever lijkt, indien wordt overgegaan tot codificatie, te moeten schipperen tussen duidelijkheid en flexibiliteit. Het probleem dat zich voordoet bij delictomschrijvingen die vage normen bevatten, kan eveneens in dit kader een rol spelen: wanneer de wetgever zou kiezen voor een in algemene bewoordingen geformuleerde exceptie, wordt de invulling ervan alsnog aan de jurisprudentie overgelaten.<sup>31</sup> Aan het doel dat wordt gediend met codificatie – de rechtszekerheid – kan met diezelfde codificatie weer afbreuk worden gedaan. Tevens geldt dat de diverse contexten waarin de excepties zich kunnen laten gelden, dynamisch zijn. Zo is bijvoorbeeld in het licht van het tuchtigingsrecht in het kader van de opvoeding de moraal gewijzigd: de corrigerende tik is vandaag de dag meer controversieel vergeleken met grofweg 100 jaar geleden.<sup>32</sup> Een weinig flexibele exceptie zou die dynamiek en de rechtsontwikkeling alleen maar in de weg staan; een duiding van de ‘contouren’ van de exceptie lijkt daarbij eerder aangewezen dan een duiding van concrete voorwaarden.<sup>33</sup>

28. Zie nader: A.J. Machielse, ‘Strafrecht, voetbal en de koers’, in: J.P. Balkema, M. Barelis, F.W. Bleichrodt e.a. (red.), *Praktisch en veelzijdig. Vriendenboek voor Paul Vegter*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 304-305. Vgl. De Doelder en Van Dorst 1977, p. 165.

29. Vgl. G.A.I. Schuijt, ‘Dichters liegen de waarheid ofwel: staan schrijvers boven de wet?’, in: T. Pronk en G.A.I. Schuijt (red.), *Hoe vrij is kunst?*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 1992, p. 53: ‘de rechter [is] geen kunstkriticus en [kan] dat ook niet zijn.’

30. Vgl. D. Simons, ‘Kritiek van den hoogleraar Mr. D. Simons te Utrecht op het voorstel A. van de Afdeling Amsterdam’, *NTvG* 1905/1, p. 1305-1306.

31. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de alom bekende strafuitsluitingsgrond overmacht, art. 40 Sr.

32. Toentertijd was tuchtiging door ouders en onderwijzers breder geaccepteerd, vgl. Rb. Dordrecht 19 december 1919, *NJ* 1920/272, waarin een onderwijzer werd vrijgesproken van mishandeling. Hij had weliswaar een tienjarige jongen ‘pijn aangedaan’, ‘door met een stok eenige slagen op de achterdeelen toe te brengen’, maar daarbij heeft hij, naar het oordeel van de rechtbank, ‘de grenzen van het aan hem als hoofdonderwijzer toekomend tuchtrecht niet overschreden’.

33. Beantwoording van de vraag hoe een geschreven exceptie ter zake van het ouderlijk tuchtigingsrecht zich zou verhouden tot art. 1:247 lid 2, tweede volzin, BW (‘In de verzorging en opvoeding van het kind passen de ouders geen geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling toe.’) laat ik hier achterwege.

Een ander punt van vormgeving betreft de vraag of de exceptie dient te gelden als algemene exceptie (op te nemen in het Algemeen Deel) of als bijzondere exceptie (op te nemen in een apart artikel(lid) bij een strafbaarstelling). Diverse contextgebonden excepties kunnen relevant zijn ter zake van toegebracht lichamelijk leed. Beroepen op het ouderlijk tuchtigingsrecht, de (medische) beroepsuitoefening, de sport- en spelsituatie, de toestemming in het kader van de studentikoze ontgroening of het toebrengen van pijn ter verhoging van seksueel gerief (SM) zijn, blijkens de jurisprudentie, voornamelijk gevoerd en soms succesvol geweest ter zake van (een gradatie van) mishandeling. Dat neemt overigens niet weg dat scenario’s denkbaar zijn waarbij een exceptionele omstandigheid zich kan voordoen ten aanzien van een ander(soortig) delict, zoals misdrijven tegen de zeden, misdrijven tegen het leven gericht en belediging. Ook voor de kunstexceptie geldt dat deze in de regel van toepassing lijkt te zijn op een bepaald soort delicten, in dit geval de uitingsdelicten.<sup>34</sup> Echter, niet kan worden uitgesloten dat een beroep op de kunstexceptie succesvol kan zijn in zaken waarin bijvoorbeeld vernieling, grafschennis of openbare schennis van de eerbaarheid ten laste is gelegd.<sup>35</sup> Ook de wetenschapsexceptie kan bij uiteenlopende delicten van toepassing zijn,<sup>36</sup> evenals het verzetsrecht wanneer vaderlandse belangen worden nagestreefd tijdens een bezetting door een vijandelijke macht.<sup>37</sup> Dit brengt met zich dat contextgebonden excepties qua juridische relevantie zich niet laten beperken tot enkele delict(groep)en. Om nodeloze herhalingen van bijzondere strafuitsluitingsgronden te voorkomen, zou, indien codificatie aangewezen blijkt, heel wel voor de variant van de algemene exceptie kunnen worden gekozen. Dat de contextgebonden excepties niet op *alle* strafbare feiten van toepassing (kunnen) zijn, hoeft daarbij geen bezwaar op te leveren. Immers: de bestaande geschreven algemene strafuitsluitingsgronden gelden weliswaar in beginsel voor alle strafbare feiten, maar toepassing is ook niet ten aanzien van al die feiten even goed denkbaar.<sup>38</sup>

Een meer inhoudelijke kwestie betreft de verhouding tussen contextgebonden excepties en het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. Van diverse contextgebonden excepties kan worden gezegd dat deze straffe-

34. Het Wetboek van Strafrecht kent weliswaar geen Titel ‘Uitingsdelicten’, maar onder deze verzamelterm vallen de delicten die uitingen vanwege hun inhoud strafbaar stellen. Zie voor een toelichting hierop, alsmede voor een overzicht van uitingsdelicten: A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 3-9.

35. C.P.M. Cleiren en S.R. Bakker, ‘De kunstexceptie. Gemiste kansen voor de artistieke vrijheid?’, *Strafblad* 2011/6, p. 35.

36. Te denken valt bijvoorbeeld aan het bezit van kinderpornografie, dienmishandeling en belediging van een groep mensen bij geschrift.

37. Te denken valt bijvoorbeeld aan doodslag, vernieling en diefstal. Zie J. Rimmelink, ‘Het recht van verzet als strafuitsluitingsgrond’, in: J.P. Balkema, D.H. de Jong en W. Nieboer, *Liber amicorum Th.W. van Veen. Opstellen aangeboden aan Th.W. van Veen ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 317-332.

38. Een beroep op noodweer(exces) laat zich bijvoorbeeld moeilijk combineren met een delict als het aangaan van een dubbel huwelijk.

loosheid ‘genereren’ indien sprake is van een redelijk middel ter nastreving van een redelijk doel.<sup>39</sup> De exceptie ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid lijkt hierbij om de hoek te komen kijken. De Huizense veearts uit de klassieke arresten<sup>40</sup> bracht opzettelijk gezonde koeien in contact met koeien die waren besmet met mond-en-klauwzeer (‘in verdachte toestand’) ten behoeve van de heilzame bescherming van de veestapel. Een uitleg<sup>41</sup> die aan deze zaak wordt toegedicht is dat de vervulling van de delictsbestanddelen de formele wederrechtelijkheid met zich brengt, maar dat materiële wederrechtelijkheid kan komen te ontbreken, omdat

‘niet met vrucht kan worden aangevoerd dat iemand, die een met straf bedreigde handeling verricht, in elk geval strafbaar is, wanneer niet de wet zelf met zoovele woorden een strafuitsluitingsgrond aanwijst; dat zich immers het geval kan voordoen, dat de wederrechtelijkheid in de delictsomschrijving zelve geen uitdrukking heeft gevonden en niettemin geen veroordeling zal kunnen volgen op grond dat de onrechtmatigheid der gepleegde handeling in het gegeven geval blijkt te ontbreken en derhalve dan het betrokken wetsartikel op de letterlijk onder de delictsomschrijving vallende handeling niet van toepassing is.’<sup>42</sup>

Zo lijkt het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid op zichzelf al een contextgebonden exceptie te zijn: de (vee)arts vervult vanwege de context van zijn beroepsuitoefening naar de letter een delictsomschrijving, maar de strafwaardigheid of strafbaarheid van zijn handeling komt te ontbreken. Leenen stelt daarom ook ‘dat de medische exceptie zich niet wezenlijk onderscheidt van de theorie van de materiële niet-wederrechtelijkheid’.<sup>43</sup> Een gelijke redenering is terug te vinden in de wetsgeschiedenis aangaande de schrapping van de (in de inleiding genoemde) bijzondere strafuitsluitingsgrond bij artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht. Het tweede lid van de kinderpornografiebepaling bleek volgens de ondergetekenden van het amendement (toch) overbodig ‘omdat het bezit van kinderporno met het uitsluitend doel kinderporno te gebruiken voor wetenschappelijke, educatieve of therapeutische doeleinden wegens het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid niet strafbaar is’.<sup>44</sup> Daar waar in de jurisprudentie – de Hoge Raad heeft alleen in het veeartsarrest de ver-

dachte straffeloos gelaten vanwege het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid – en in de literatuur wordt gesproken over ‘bijzetting in het magazijn der rechtshistorie’<sup>45</sup> en ‘dood en begraven’<sup>46</sup> – weinig betekenis lijkt te worden gegeven aan de ongeschreven exceptie ontbreken van materiële wederrechtelijkheid – lijkt de achterliggende notie (toch) een rol te (kunnen) spelen in de overwegingen omtrent het al dan niet codificeren van een contextgebonden exceptie.

## 5. Formeelstrafrechtelijke kwesties

Naast de hiervoor besproken overwegingen spelen ook overwegingen een rol die zien op strafprocesrechtelijke aspecten. Indien naar de letter sprake is van een verwezenlijking van een wettelijke delictsomschrijving, maar eveneens (onmiskienbaar) sprake is van een gedraging die niet strafwaardig c.q. strafbaar zou moeten zijn vanwege de context waarin die gedraging is verricht, is terughoudendheid in de inzet van het straf(proces)recht aangewezen. Als straffeloosheid van de chirurg, de kickbokser, de kunstenaar etc. op een contextgebonden exceptie zou moeten worden gebaseerd, ligt in die waarschuwing voor terughoudende inzet van het straf(proces)recht een grond om die exceptie ook wettelijk te verankeren: ‘organen van de strafvorderlijke overheid plegen de wet in de regel goed te kennen.’<sup>47</sup> Van het codificeren van nieuwe excepties gaat volgens De Doelder een preventieve werking uit: ‘Eventuele aangiftes [zullen] het in de regel niet verder brengen dan het bureau van de officier van justitie aangezien deze zal vooruitlopen op het te verwachten oordeel van de rechter, te weten vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging. Daardoor bereiken dit soort zaken zelden de rechtszaal,’ aldus de Doelder.<sup>48</sup> Voor deze overweging is de aanname van belang dat een geschreven exceptie ten grondslag ligt aan een helder(der) opsporings- en vervolgingsbeleid en dat de exceptie een opsporings- en vervolgingsnormerende functie heeft.<sup>49</sup> Indien dat zo is, zal de opsporingsambtenaar ‘die in eerste instantie toch

39. Denk aan de soms pijnlijke wortelkanaalbehandeling ten behoeve van de tandheelkundige behandeling, de corrigerende tik ten behoeve van de opvoeding en het toebrengen van letsel aan c.q. doden van proefdieren ten behoeve van de wetenschap.

40. HR 27 juni 1932, *NJ* 1933, p. 60 (*Veearts I*), Hof Amsterdam 25 november 1932, *W.* 12545 m.nt. M.P. Vrij en HR 20 februari 1933, *NJ* 1933, p. 918 m.nt. B.M. Taverne (*Veearts II*).

41. Besprekingen van andere lezingen van het arrest laat ik hier achterwege.

42. HR 20 februari 1933, *NJ* 1933, p. 918 m.nt. B.M. Taverne (*Veearts II*).

43. H.J.J. Leenen e.a. (red.), *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 626-627. Vgl. J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 18.

44. *Kamerstukken II* 2001/02, 27745, nr. 12 (Amendement van Barth, De Pater-van der Meer, Nicolaï en Van der Staaij).

45. Conclusie van A-G Van Dorst voor HR 27 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZS0180, *NJ* 1995/711.

46. Ch.J. Enschedé, *De arts en de dood – Sterven en recht. Opstellen over toekomstig euthanasiebeleid*, Deventer: Kluwer 1985, p. 29.

47. P.A.M. Mevis, ‘Verdiend het beroepsrecht van de arts codificatie als strafuitsluitingsgrond in het Wetboek van Strafrecht?’, *AA* 2011/7/8, p. 552.

48. H. de Doelder, ‘De strafuitsluitingsgronden anders opgeschreven’, in: M.M. Dolman, P.D. Duyx, H.G. van der Wilt, *Geleerde lessen. Liber amicorum Simon Stolwijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 33.

49. Bij gebreke van een wettelijke exceptie krijgt de toepassing van het opportuniteitsbeginsel een normatief karakter, nu een beleidsseptor de strafbaarheid nader invult, door in het concrete geval als aanvulling op de excepties te functioneren, zie W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeïseerde rechtsorde* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 338.

de wet [leest]<sup>50</sup> meer rekening houden met de exceptie dan wanneer deze ‘slechts’ uit de jurisprudentie zou voortvloeien. Overigens niet alleen voor wat betreft de opsporing en de vervolging kan het geschreven zijn van de exceptie eventueel dienstig zijn, ook voor de rechterlijke oordeelsvorming zou, met een vergelijkbare redenering, een geschreven exceptie toegevoegde waarde kunnen hebben. Als de geschreven exceptie een handvat vormt voor de interpretatie van feiten en omstandigheden op basis waarvan de strafbaarheid ter zake wordt bepaald, kan de exceptie een explicieter c.q. concreter referentiepunt opleveren voor de rechter.<sup>51</sup>

Een wat meer dogmatische kwestie is vervolgens wel hoe de rechter een dergelijke exceptie moet zien, in die zin dat hij de excepties op verschillende wijzen kan benaderen, die elk een eigen plaats hebben in het strafvorderlijk beslissingsmodel.<sup>52</sup> Van Veen vroeg zich in dit licht af of de kunstexceptie, de vakbekwame beroepsuitoefening en (andere) excepties die zijn ingegeven door de toestemming van het slachtoffer (zoals in de context van sport en spel, van seksualiteitsbeleving/sadomasochisme en van het studentenleven) ‘wederrechtelijk-uitsluitende gronden’ zijn of gronden om aan te nemen dat de handeling ‘niet onder de delictomschrijving is begrepen’.<sup>53</sup> Voor het onderscheid tussen deze twee gronden is de verhouding tussen gedraging en het rechtsgoed dat dient te worden beschermd door de strafbaarstelling van belang.<sup>54</sup> Bij de eerste categorie gaat het om een uitzonderingssituatie die ten grondslag ligt aan de idee dat een krenking van een rechtsgoed (die is komen vast te staan door de vervulling van delictsbestanddelen) kan worden gerechtvaardigd vanwege een juiste afweging tegen andere rechtsgoederen.<sup>55</sup> Bij de tweede categorie gaat het om een uitzonderingssituatie die ten grondslag ligt aan de idee dat überhaupt geen sprake is van een gevaarstelling of krenking van een rechtsgoed dat met de betreffende strafbaarstelling dient te worden beschermd. Met andere woorden: is er een feit gepleegd dat valt onder het bereik van een wettelijke delictomschrijving maar dat in/vanwege de context wordt

gerechtvaardigd? Of is er in/vanwege de context geen sprake van een gedraging die onder het bereik van een wettelijke delictomschrijving valt? Deze vragen lijken echter niet eenduidig per exceptie te kunnen worden beantwoord, nu het onderscheid afhankelijk is van verschillende (andere) factoren, zoals het in het geding zijnde delict (en dus het al dan niet gekrenkt zijn van het betreffende achterliggende rechtsgoed) en de wijze waarop de tenlastelegging is geformuleerd.<sup>56</sup> Het verschil tussen hantering als strafuitsluitingsgrond en hantering als kwalificatie-uitsluitingsgrond levert geen levensgrote praktische problemen op. De verdachte gaat bij succesvolle inroeping van de exceptie linksom of rechtsom vrijuit. De straffeloosheid kan hooguit slechts op een andere basis zijn gestoeld. De fijnproever zal aan dat verschil in basis misschien wel de conclusie kunnen verbinden dat bij de exceptie als kwalificatie-uitsluitingsgrond (‘de handeling van de vakbekwame arts, de sportieve kickbokser etc. mag geen zware mishandeling heten’) de (maatschappelijke) positie van de verdachte anders lijkt te worden gepresenteerd dan bij de exceptie als strafuitsluitingsgrond (‘de vakbekwame arts, de sportieve kickbokser etc. heeft zwaar mishandeld, maar daar had hij een reden voor’). Nog anders zou dat zijn wanneer gebruik wordt gemaakt van het alternatief van creatieve interpretatie. Indien de betreffende delictomschrijving zich daarvoor leent, kan over de band van de bewijsbaarheid van delictsbestanddelen tot straffeloosheid worden geconcludeerd. De contextgebonden excepties worden dan als ‘negatieve bestanddelen van de norm’ gezien, waardoor succesvolle inroeping van de exceptie zou leiden tot vrijspraak (‘de handeling van de vakbekwame arts, de sportieve kickbokser etc. kan niet als zodanig worden bewezen’).<sup>57</sup>

## 6. Afsluitende opmerkingen

Contextgebonden excepties lenen zich niet goed voor plaatsing in een hokje. De redenen die daaraan ten grondslag liggen, zijn mede van invloed op de beantwoording van de vraag of deze excepties een wettelijke grondslag vereisen. Hoewel in essentie de rechtszeker-

50. P.C. Bogert, ‘De juiste beslissing of een gemiste kans?’, *DD* 2003/1, p. 16.

51. Bogert 2003, p. 18.

52. Vanwege het onduidelijk zijn van de plaats van de excepties in het strafvorderlijk beslissingsmodel van art. 348/350 Sv bespreek ik deze (in beginsel) materieelstrafrechtelijke kwestie bij de formeelstrafrechtelijke kwesties. Ik beperk me in deze bespreking tot de hoofdvragen van art. 350 Sv.

53. Th.W. van Veen, ‘Het stelsel der excepties’, in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 358.

54. Vgl. V.E. van de Wetering, S.A. Eckhardt en S.R. Bakker, ‘De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van strafwaardigheid van gedrag’, *DD* 2018/2, p. 138-167; D. Schaffmeister en A. Heijder, ‘Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht’, in: E. André de la Porte, W.M.A. Bremmer, R.A.V. van Haersolte, J. Rummelink en S.A.M. Stolwijk (red.), *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 457.

55. 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. 45.

56. Vanwege de grondslagleer, de daaruit voortvloeiende wijze van ten laste leggen (nl. aansluitend bij de bestanddelen van de delictomschrijving) en de dwingende volgorde van de materiële vragen van artikel 350 Sv wordt een kwalificatiekwestie in veel gevallen een bewijskwestie. Ook de (impliciete) aanwezigheid van de term ‘wederrechtelijk’ in een delictomschrijving/tenlastelegging maakt dat een beroep op een exceptie een bewijsverweer wordt. Zie G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 911-912; P.C. Quak, ‘Noodweer bij eenvoudige mishandeling: vrijspraak of OVAR?’, *NTS* 2020/1, p. 37-39.

57. Vgl. T.J. Noyon en G.E. Langemeijer / J. Rummelink, *Het wetboek van strafrecht*, voortgezet door: J.W. Fokkens en A.J. Machielse, Deventer: Kluwer (losbladig), art. 239, aant. 6 en art. 240 aant. 8 t.a.v. de termen ‘schennis van de eerbaarheid’ en ‘aanstotelijk voor de eerbaarheid’. Zie anders: R. de Waard, ‘Schuld en wederrechtelijkheid als elementen van het delict’, in: J.P. Balkema, D.H. de Jong en W. Nieboer, *Liber Amicorum Th.W. van Veen. Opstellen aangeboden aan Th.W. van Veen ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 396-397.

heid wordt gediend met een geschreven exceptie, levert het in de wet opnemen van de contextgebonden excepties nieuwe vragen op van zowel materieelstrafrechtelijke als formeelstrafrechtelijke aard, hetgeen weer afbreuk doet aan diezelfde rechtszekerheid. Weliswaar kunnen geschreven excepties voordelen met zich brengen, maar van een noodzaak tot codificatie lijkt geen sprake: zie ik het goed, dan hebben zich in de strafrechtspraktijk ook geen gevallen voorgedaan waarbij het ontbreken van een geschreven exceptie *an sich* heeft geleid tot (maatschappelijk) onwenselijke c.q. onjuiste uitspraken. Bovendien heeft de rechter met de ongeschreven variant nog steeds voldoende houvast en beschikt hij misschien wel over betere mogelijkheden om de exceptie, alsmede de context waarin de gedraging zich heeft voorgedaan, te beoordelen op eigen merites. Zo kan hij gedragingen die passen in het normaalbeeld van de maatschappij<sup>58</sup> ('de vakbekwame arts mishandelt niet, maar *behandelt*', 'de kickbokser mishandelt niet, maar deelt uit en incasseert' etc.) buiten het bereik van de delictsomschrijving houden c.q. gerechtvaardigd achten, afhankelijk van verschillende factoren. Voor een consistente benadering te dezen kan de rechter profijt hebben bij (meer) aandacht voor de verhouding tussen de gedraging en het achterliggende rechtsgoed van de strafbepaling. Hiermee wordt namelijk inzicht verworven in de verhouding tussen de norm en de exceptie<sup>59</sup> en kan een beperking van de strafrechtelijke norm worden onderscheiden van een geaccepteerde overtreding van de strafrechtelijke norm. Die aandacht levert bij afwezigheid van een geschreven exceptie net zo goed rechtszekerheid op, waarbij de rechter rekening kan houden met de uitzonderlijkheid van de context waarin de gedraging is verricht, zonder dat de rechtsbescherming en rechtsontwikkeling worden beperkt.

58. D.J.P.M. Vermunt, 'Nogmaals: de Veearts van stal (I)', *DD* 1984/2, p. 118.

59. Vgl. Bogert 2003, p. 17: 'Uit de taak van de rechter vloeit voort de rechtsgoederenbescherming en de (eventueel door de wetgeving geformuleerde) nuancering van de rechtsgoederenbescherming nader vorm te geven.'