



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Wat is strafbaar?

Buruma, Y.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Buruma, Y. (2021). Wat is strafbaar? In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 301-317). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464095>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464095>

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

WAT IS STRAFBAAR?

Ybo Buruma*

1 INLEIDING

‘Een van de terugkerende discussiepunten binnen zowel de strafrechtswetenschap als de politiek vormt de vraag welke gedragingen wel en welke niet onder het bereik van het strafrecht zouden moeten vallen.’ Met die woorden begint Tineke Cleiren een van haar diverse artikelen over het onderwerp dat ik hier wil behandelen.¹ Ze behandelt die vraag op de haar zo kenmerkende manier: gebaseerd op een stevige rechtstheoretische grondslag, met grote juridische precisie en tegelijk met oog voor wat andere wetenschappen te bieden hebben. Wat dat laatste betreft heeft ze zich altijd gehouden aan de woorden uit haar oratie: ‘Het zou niet verstandig zijn als wetenschappers [...] louter een strak legistisch standpunt zouden innemen. Om te beginnen leren zowel de geschiedenis als de huidige praktijken in autoritaire en totalitaire stelsels ons dat een rechtspleging die zich strikt houdt aan de eigen wetten, nog geen behoorlijke rechtspleging hoeft te zijn.’² Naast haar belangrijke wetenschappelijke werk is ze ook een inspiratie geweest voor collega’s en medewerkers, zoals mijn kinderen Tamara en Ybo mij bevestigden.

Bij de behandeling van de vraag wat strafbaar is, gaat het hier om de wettelijke delictsomschrijvingen. Met het oog op de positieve rechtstoepassing kan daarover het best worden geschreven vanuit het oogpunt van de algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid, zoals De Hullu dat doet.³ Opzet, schuld, causaliteit, deelneming enzovoorts. Een invalshoek ten behoeve van wetsevaluatie bieden de vereisten van toegankelijk-

* Hij dankt zijn zoon Ybo voor diens bijstand.

1 C.P.M. Cleiren, J.M. ten Voorde & W. van Waas, ‘Strafbaarstelling van sexchatting en sextortion onder de loep. De meerwaarde van een empirisch perspectief’, *Strafblad* 2019/21, p. 69 e.v.; zie ook C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, ‘Prostitutie en souteneurschap in het strafrecht: rechtsbelangen in beweging’, *Ars Aequi* 2016/5, p. 398; C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, ‘Strafbaarstelling van het maken van beeldmateriaal van verkeersongevallen en van slachtoffers’, *Ars Aequi* 2019/6, p. 433-440; C.P.M. Cleiren, ‘Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht’, in: C.P.M. Cleiren e.a., *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma 2012; C.P.M. Cleiren, ‘Zorgen voor morgen. Bescherming van privacy in het strafrecht in een veranderend veiligheidslandschap’, *Strafblad* 2009/7, p. 112-121.

2 C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 7.

3 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

heid en voorzienbaarheid, met bijzondere aandacht voor de begrijpelijkheid (voor de burger), de samenhang (met andere wetten) en de hanteerbaarheid (voor de overheid).⁴

Hier gaat het om de criteria voor strafbaarstelling, waarbij de door het strafrecht te beschermen rechtsgoederen of rechtsbelangen het uitgangspunt vormen. Het beschermde belang dat in ‘haar’ Tekst & Commentaar standaard wordt vermeld geeft de legitimiteit van de strafbepaling aan en biedt een kritische maatstaf om de inhoud van de bepaling te beoordelen. Het schadebeginsel, het idee dat slechts schade en gevaarstelling strafbaarstelling legitimeren, speelt daarbij een prominente rol.⁵ De strafbaarstelling van moord beschermt het menselijk leven; die van diefstal eigendom en bezit. We zullen hierna echter zien dat die schade vaak niet gemakkelijk is te duiden. Gaat het bij belediging van een bevriend staatshoofd, mensensmokkel of het verbod op bestialiteit echt om schade? Sterker nog: in deze bijdrage zal blijken dat veruit de meeste aanpassingen van het wetboek sinds 1886 niet te maken hebben met daadwerkelijke individuele schade. De verbinding met schade wordt wel gezocht – collectieve schade (zoals in verband met de goede zeden of de openbare orde) en de genoemde gevaarstelling. Maar het lijkt erop dat dan ook andere morele noties dan het schadebeginsel aan de orde zijn, zoals respect voor gezag, gevoelens van loyaliteit aan de eigen groep en weersin tegen onzuiverheid. Die drie categorieën ontleen ik aan de sociaal psycholoog Jonathan Haidt die heeft aangetoond dat naast schade, vrijheid en eerlijkheid, ook trouw, gezag en heiligheid algemeen voorkomende ‘morele emoties’ zijn.⁶ Die laatste drie worden in een politiek debat vaker aangehaald door mensen met conservatievere opvattingen en zijn in de geschiedenis ook misbruikt voor abjecte doelen. Dat neemt echter niet weg dat het een misverstand is de algemene betekenis ervan te miskennen. Illustratief is dat oranjegevoel, respect voor de coach of de burgemeester en – om het woord heiligheid niet tot het religieuze domein te beperken – ontzag voor de natuur of het ‘wonder’ van de geboorte ook progressieven niet vreemd zijn. Bij nadere beschouwing van de rechtsbelangen die aan wetwijzigingen ten grondslag liggen is de invloed van deze morele noties minst genomen aannemelijk. Het is een kwestie van in de tijd verankerde rechtspolitiek of men dat gelukkig vindt.

Het denken over de vraag welke rechtsgoederen bescherming verdienen heeft een geschiedenis, die samenhangt met historische gebeurtenissen en met andere contemporaine opvattingen. Aan de hand van een vijftal tijdvakken sinds de inwerkingtreding van het

4 Hierover en meer W. Witteveen, *De wet als kunstwerk. Een andere filosofie van het recht. Hoe de filosofen onze wetgevers de maat nemen*, Amsterdam: Boom 2014; zie ook J.M. Nelen, *Gelet op de wet. De evaluatie van strafwetgeving onder de loep* (diss. Amsterdam VU), z.p.: z.u. 2000.

5 Th. A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel-politieke studie* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987. I. Haenen, *Force and Marriage. The criminalisation of forged marriage in Dutch, English and international criminal law* (diss. Tilburg), Cambridge/Antwerpen: Intersentia 2014.

6 J. Haidt, *The Righteous Mind: Why Good People are Divided by Politics and Religion*, New York: Pantheon 2012.

Wetboek van Strafrecht wil ik de ontwikkeling van dat denken belichten.⁷ Ik heb daartoe met behulp van ‘overheid.nl’ de wetsgeschiedenis van alle artikelen in het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht nagevlooid op de aanpassingen die er in de loop der tijd zijn gedaan. Technische aanpassingen en aanpassingen die slechts de bestraffing betreffen blijven buiten beschouwing. Het gaat mij immers om de vraag wat strafbaar is en waarom en ik heb daarbij bijzondere aandacht voor de vraag of het schadebeginsel wel de prominente rol heeft die het in de literatuur krijgt toegedicht.

2 DE KLASSIEKE OPVATTING

Het Wetboek van Strafrecht dat in 1886 van kracht wordt, is tot stand gekomen na een periode van meer dan zeventig jaar waarin de door de Fransen in 1810 ingevoerde Code Pénal in steeds aangepaste versies heeft gegolden. De latere minister Modderman noemt al in zijn proefschrift van 1863 de strafwetgeving ‘stelselloos en vol ongerijmdheden’.⁸ De toepassing ervan moet evenwel niet worden overschat. Tot diep in de 19^e eeuw wordt tegen alledaagse misdaad als dronkenschap, geweld en diefstal slechts in beperkte mate opgetreden. In Amsterdam worden dan wekelijks niet meer dan vijf processen-verbaal opgemaakt, het merendeel wegens diefstal, soms één of twee wegens bedelarij of landloperij.⁹ Voor wel vervolgte delicten worden echter vaak vrijheidsstraffen opgelegd die tien tot twintig jaar bedragen.¹⁰

Het streven naar de totstandkoming van een codificatie en de daarmee gegeven algemeenheid van de strafbaarstellingen in het hele land is net als de instelling van gemeentepolitie en rijkspolitie in 1851 een teken van een ontluikende nationale eenheid. Dat streven had een culturele pendant. De categorie ‘misdadigheid’ nestelt zich in het denken van de klassieke 19^e eeuw in die zin dat sociale elites in hun verhouding tot ‘les classes dangereuses’ gaan denken in termen van goed en slecht.¹¹ Misdadigheid en geweldgebruik worden steeds

7 Over die indeling zie mijn oratie, *Wat is een goede rechter?* (oratie Radboud Universiteit Nijmegen), 2016.

8 A.E.J. Modderman, *De hervorming onzer strafwetgeving. Kritische beschouwing der Wet van 29 juni 1854 (Staatsblad no. 102) "houdende eenige veranderingen in de straffen op misdrijven gesteld"* (Eerste gedeelte) (diss. Leiden), 's Gravenhage: Van Stockum 1863. Aangehaald in O. Moorman van Kappen, 'Bijdrage tot de codificatiegeschiedenis van ons strafrecht rond het begin van de negentiende eeuw: het ontwerp-lijfstrafelijk wetboek van 1804', in: *Bijdragen en Mededelingen betreffende de Geschiedenis der Nederlanden*, deel 93, 1978, p. 299-323.

9 G. Meershoek, *De geschiedenis van de Nederlandse politie. De Gemeentepolitie in een veranderende samenleving*, Amsterdam: Boom 2007, p. 25.

10 H. Franke, *De macht van het lijden. Twee eeuwen gevangenisstraf in Nederland*, Amsterdam: Balans 1996, p. 24.

11 R. Muchembled, *L'invention de l'homme moderne*, Paris: Fayard 1988, p. 200; zie ook L. Chevalier, *Labouring Classes and Dangerous Classes in Paris During the First Half of the Nineteenth Century*, London: Routledge 1973 (1958).

meer beschouwd als een kenmerk van de lagere sociale klassen. Het strafrecht wordt zo in de sleutel van beschaving geplaatst.

De belangrijkste 19^e-eeuwse strafrechtelijke discussies betreffen de tenuitvoerlegging van gevangenisstraffen, de afschaffing van lijfstraffen als geseling en brandmerken in 1854 en de afschaffing van de doodstraf in 1870.¹² Dat houdt de gemoederen meer bezig dan de vraag wat wel of niet strafbaar moet zijn. Toen in 1870 een staatscommissie werd benoemd met de opdracht het scheppen van een nieuw Wetboek van Strafrecht, ging het om het systematiseren van wat er inmiddels aan wetgeving lag.¹³ Wat strafbaar moest zijn, lag kennelijk voor de hand.

‘Dat alleen datgene gestraft mag worden, wat in de eerste plaats onrecht is. Dit is eene conditio sine qua non. In de tweede plaats komt de eisch erbij dat het onrecht zij, waarvan de ervaring heeft geleerd dat het (waarbij natuurlijk op den gegeven maatschappelijke toestand te letten is) door geene andere behoorlijke middelen is te bedwingen. De strafbedreiging moet blijven een ultimum remedium.’¹⁴

Uitgangspunt is de ‘liberale staatsidee’: de individuele burger en zijn vrijheid staan centraal. P.J.A. Feuerbach had in zijn Lehrbuch uit 1801 niet alleen over het rechtsstaatprincipe geschreven, maar ook restrictieve regels gegeven over de inhoud van strafbaarstellingen. Volgens hem is het meest onmiddellijke object van elke misdaad het recht van een ander (*Rechtsverletzung*). Hij benadrukt dat het strafrecht alleen over daden en niet over het geweten gaat. Ook gevaarzetting en ‘Polizei-vergehen’ (maatregelen van politie, ordemaatregelen) passen volgens hem niet in het strafrecht.¹⁵ Dat invloedrijke, uiterst liberale standpunt met betrekking tot de vraag wat strafbaar onrecht is, wordt in de 19^e-eeuwse praktijk (en ook door latere auteurs) van zijn scherpe kanten ontdaan, met behulp van een zeer ruime uitleg van het – ook door Feuerbach gebruikte – begrip rechtsgoed.¹⁶ In de loop van de eeuw gold het positiefrechtelijke idee dat als misdaad is te kwalificeren de (gewilde)

12 S. van Ruller & P. Ippel, ‘Diefstal, doodstraf en lijfsgenade in de negentiende eeuw’, *Tijdschrift voor sociale geschiedenis* 1984(33), p. 5-33.

13 O. Moorman van Kappen, ‘Van Alva tot Modderman, ons nationale strafwetboek in historisch perspectief’, in: J.P. Balkema e.a. (red.). *Gedenkboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 15-29.

14 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. Deel I*, Haarlem: Tjeenk Willink 1891, p. 11.

15 T. Hörnle, ‘P.J.A. Von Feuerbach and His Textbook of the Common Penal Law (1801)’, in: M. Dubber (red.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press 2014, p. 119-140.

16 Daarover A.J. Machielse, ‘Enige opmerkingen over het rechtsgoed’, *Delikt en Delinkwent* 1979, p. 24-43; Markus Dirk Dubber, ‘Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law’, *The American Journal of Comparative Law* 2005(3), p. 679-707.

schending of bedreiging van goederen die worden beschermd door de staat. Aldus verliest het begrip rechtsgoed veel van zijn kritische functie met betrekking tot de vraag wat strafbaar gesteld mag worden en wordt het uiteindelijk vooral gebruikt voor de algemene indeling en rangschikking van het wetboek. Dat rechters in de 19^e eeuw niettemin terughoudend zijn bij de uitleg van strafbepalingen die geen betrekking hebben op inbreuken op het recht van anderen, is te illustreren aan de hand van het latere art. 140 Sr, deelneming aan een criminele organisatie, waarmee de openbare orde – een veelkoppig begrip – wordt beschermd. De voorman van de anarchisten, Domela Nieuwenhuis, is er in 1894 van vrijgesproken: hij wilde een revolutie maar de rechters vonden dat geen realistisch oogmerk.¹⁷ En dat in het decennium waarin de Franse president Carnot, de Spaanse premier Canovas, de Oostenrijkse keizerin Elisabeth (Sisi) en de Italiaanse koning Umberto door anarchisten zijn vermoord.

3 HET MODERNISME (1886-1926)

Aan het eind van de 19^e eeuw brengt de industrialisatie van ons land ingrijpende veranderingen op sociaaleconomisch vlak mee. Mensen trekken naar de steden en in de strijd tegen verschrikkelijke arbeidsomstandigheden en lage lonen organiseren de arbeiders organiseren. In het culturele leven van kunsten en wetenschap doen zich veranderingen voor die kunnen worden samengevat onder de noemer van het modernisme.¹⁸ Kenmerkend daarvoor is het vermogen vanuit verschillende perspectieven naar dezelfde werkelijkheid te kijken. Von Liszt (1912) gebruikt dan het begrip rechtsgoed om in het strafrecht een brug te slaan tussen de wereld van het recht en de samenleving.¹⁹ Dat oog voor de samenleving draagt bij aan belangrijke aanpassingen van het Wetboek van Strafrecht. Een duidelijk voorbeeld vormen de Kinderwetten van 1901 (*Stb.* 1901, 62-64) waarin – wat het strafrecht betreft – naast de klassieke schuldvergoeding ook de heropvoeding als doel wordt neergezet. Dat een dader niet alleen als dader maar ook als (arm) kind kan worden gezien, komt ook tot uitdrukking in onder meer Theo Thijssens ‘*Kees de Jongen*’ (1923). Een ander voorbeeld vormt de belangstelling voor en de invloed van de wetenschap. Zo dragen psychiatrische inzichten bij aan de – moeizaam ingevoerde – Psychopatenwetten (*Stb.* 1925, 221).

17 De Sociaal-Democratische Bond was in 1894 een verboden organisatie verklaard, maar de bestuursleden werden vrijgesproken van deelneming aan een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft. Willem de Vlaming, ‘Strafrechtspleging, strafwet en socialisten (1884-1894)’, in: S. Faber e.a., *Criminaliteit in de negentiende eeuw*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 1989, pp. 125-140; Noyon/Langemeijer/Remmeling *Strafrecht*, art. 140 Sr, aant. 2 onder verwijzing naar HR 3 december 1894, *W.* 6585.

18 W.R. Everell, *The First Moderns. Profiles in the origins of twentieth-century thought*, Chicago: University of Chicago Press 1997.

19 Machielse 1979.

Hier gaat het om de vraag wat als strafbaar feit wordt beschouwd. In het oog springen twee categorieën aanpassingen. De eerste is het gevolg van politieke onrust van de zijde van de opkomende arbeidersbeweging. Hoewel Abraham Kuiper de economische werkstaking nog heeft verdedigd, beschouwt hij de Spoorwegstaking van 1903 – een solidariteitsactie van het Amsterdamse spoorwegpersoneel met de havenarbeiders – als misdadige opruiing met anarchie tot gevolg.²⁰ Met de zogenaamde worg-wetten wordt het verbod op dwang aangescherpt om acties tegen stakingsbrekers te bemoeilijken, terwijl ook het stakingsverbod voor ambtenaren wordt geïntroduceerd.²¹ Er volgen meer ‘antirevolutionaire’ wetten. Na de revolutiepoging van Troelstra in 1918 worden samenspanning en opruiing tegen het openbaar gezag aangescherpt en wordt het in verbinding treden met personen in het buitenland om een omwenteling teweeg te brengen en het bieden van stoffelijke steun aan een omwenteling strafbaar.²² Daarvoor geven de contacten van de activisten met de Comintern in Moskou en de socialistische Internationale aanleiding. Kort daarna wordt in 1923 het – dogmatisch opmerkelijk geïntroduceerde – delict van mislukte uitlokking opgenomen (art. 134bis), dat wil zeggen als misdrijf tegen de openbare orde (in plaats van als algemene poging tot uitlokking). Hoewel de minister dat niet toegaf, had het kamerlid Van Ravesteijn gelijk toen hij stelde dat het een gemakkelijk middel was om politieke tegenstanders in preventieve hechtenis te kunnen nemen wegens bijvoorbeeld poging tot uitlokking van opruiing.²³ Eveneens vooral bruikbaar in politieke zaken, is de strafbaarstelling van de uitgever of drukker van een geschrift of afbeelding van strafbare aard, als de auteur anoniem blijft of buiten Nederland is gevestigd.²⁴

De tweede belangrijke wijziging is de Wet tot bestrijding van de zedeloosheid (*Stb.* 1911, 130) van de katholieke minister Regout. Diens preoccupatie met het zedelijk verval moet worden gezien in het licht van de breed gedragen maatschappelijke zorg om de verpaupering van de – deels ontwortelde – lagere klassen.²⁵ De zedelijkheid van de jeugd wordt beschermd door een nader verbod op pornografie, op het verstrekken van voorbehoedsmiddelen en op de in de 19^e eeuw veel voorkomende abortus, terwijl ook homoseksuele handelingen met een minderjarige beneden de achttien jaar strafbaar wordt. Ook wordt mede op grond van een internationale regeling (Parijs 1904) en een verdrag (Parijs 1910) vrouwenhandel strafbaar gesteld. En passant worden het bordeel- en souteneursver-

20 J. Koch, *Abraham Kuiper. Een biografie*, Amsterdam: Boom 2006, p. 472.

21 Art. 284, 358bis-quarter en 462bis.

22 Art. 96, 97a en 97b, 131 en 132, *Stb.* 1920, 619. Daarover ook G.A.M. Strijards, ‘Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht na de codificatie’, in: Balkema e.a. 1986, p. 31-56.

23 Vervallen *Stb.* 1994, 60. Zie ook M. Rutgers, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Een onderzoek naar de grenzen van het strafrecht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 105.

24 Art. 418-419 – *Stb.* 1925, 308.

25 R.S.B. Kool, *De strafwaardigheid van seksueel misbruik* (diss. Rotterdam), Gouda Quint: Kluwer 1999, p. 56-77.

bod gerealiseerd.²⁶ Eerder was het verbod op bigamie aangescherpt en nadien dat op bestialiteit.²⁷ Het is opvallend hoe vaak de wetgever zich ook nadien over pornografie en bestialiteit heeft gebogen.²⁸ Dat zijn immers juist twee delicten waarbij het rechtsgoed niet en zeker niet in overwegende mate is te vatten in termen van schade, maar veeleer in dat van weerzin.

Er is nog een beperkte hoeveelheid andere aanpassingen. Daarbij speelt individuele schade een rol, maar zijdelings. Ik noem de invoering van de bepaling over oneerlijke mededeling door misleiding van het publiek.²⁹ Verder zijn er aanpassingen met betrekking tot valsemunterij en de vervalsing van waardepapieren.³⁰ Bij de bescherming van elektriciteitswerken is nog duidelijker sprake van strafbaarstelling met het oog op collectieve schade.³¹

Wat de strafbaarstellingen betreft wordt de periode rond de eeuwwisseling vooral gekenmerkt door de wens tot behoud van de politieke status quo en de zorg voor de zedelijkheid (van arme kinderen). Het schadebeginsel speelt slechts een rol met betrekking tot enkele collectieve belangen.

4 DE AUTORITAIRE PERIODE (1926-1950)

Dat na de beurskrach (1929) en de machtsovername van de nationaalsocialisten in Duitsland (1933) een nieuwe tijd was aangebroken, werd breed gevoeld. Huizinga's *In de schaduwen van morgen* (1935) en ook de geschriften van Menno ter Braak geven daar blijk van. Tekenend is de reactie op de muiten van het Indische personeel op het marineschip Hr. Ms. De Zeven Provinciën in 1933. De latere minister-president Colijn had woedend gezegd dat er een torpedo op de muiters afgeschoten kon worden.³² In werkelijkheid werd een bom op het schip geworpen ten koste van 23 doden en dertien gewonden. Jacques de Kadt en Henk Sneevliet die het voor de muiters opnamen, kregen wegens opruiing gevangenisstraf en Colijn won de verkiezingen. Het was een tijd waarin ook in het recht werd opgeroepen om afstand te nemen van het 'individualisme' en om de belangen van de gemeenschap voorop te stellen.

26 L.B. Esser, *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2019, hoofdstuk 3.

27 Art. 237 Sr, *Stb.* 1902, 61 resp. art. 254 Sr, *Stb.* 1920, 194.

28 Art. 240 Sr: *Stb.* 1927, 156; *Stb.* 1934, 405; *Stb.* 1984, 91 en *Stb.* 1985, 385. Art. 254 Sr: *Stb.* 1958, 296; *Stb.* 1961, 19; *Stb.* 1963, 485; *Stb.* 1992, 585 en *Stb.* 2010, 111.

29 Art. 328bis Sr, *Stb.* 1915, 365.

30 Art. 208 e.v. en art. 232, *Stb.* 1925, 243. Het Verdrag ter bestrijding van de valsemunterij (Genève, 20 april 1929) heeft bij mijn weten niet tot wetswijziging geleid.

31 Art. 161bis Sr, *Stb.* 1922, 313.

32 J.C.H. Blom, *De muiten op de Zeven Provinciën*, Bussum: Fibula-Van Dishoeck 1975.

In die sfeer komt de Wet tot Bescherming van de Openbare Orde (*Stb.* 1934, 405) tot stand met uitbreidingen van de verboden op verspreiding van beledigende geschriften met betrekking tot de koninklijke familie, bevriende staatshoofden en opruiing tegen het openbaar gezag en met de strafbaarstelling van belediging van het openbaar gezag.³³ Hoewel aanvankelijk alleen aan linkse agitatoren wordt gedacht, worden nu ook art. 137c en 137d ingevoerd tegen antisemitische uitlatingen van nationaalsocialistische en fascistische zijde. Ook is het zogenoemde uniformverbod ingevoerd, dat vooral is gericht tegen de openlijk antidemocratische NSB.³⁴

Met dezelfde wet uit 1934 wordt smalende godslastering strafbaar. De liberale Modderman had daaraan geen behoefte gehad. Aanleiding om nu toch tot strafbaarstelling over te gaan was antigodsdienstige propaganda uit de hoek van ('communistische') vrijdenkers.³⁵ Dat toont dat het te beschermen rechtsgoed de openbare orde is – ondanks dat het woord godslastering suggereert dat het gaat om de eer of heiligheid van God zelf – terwijl minister Donner ook de gevoelens van de gelovigen wilde beschermen.

Deze wet bevat ook aanpassingen van smaad en enkele andere eer of reputatie beschermende delicten.³⁶ Hoewel het daarbij gaat om de bescherming van individuele schade, toont de context van deze aanpassing het belang van orde en rust dat er tevens mee is gemoeid. Hoewel de zedendelicten – onder meer onder invloed van een rapport van de Volkenbond – enkele aanpassingen kennen, werpen die geen nieuw licht op het beschermde belang.³⁷

In deze crisistijd zijn geen strafrechtelijke bepalingen met betrekking tot vermogensschade aangepast. De nieuwe strafbaarstellingen betreffen bijna alleen de openbare orde en in het bijzonder de reputatie van gezagsdragers.

5 WEDEROPBOUW (1950-1970)

Na de Tweede Wereldoorlog wordt zo snel mogelijk begonnen aan de wederopbouw. Er wordt wel teruggekeken – er zijn zuiveringen en er is bijzondere rechtspraak – maar de nadruk ligt op de toekomst. Grote verschillen in levensbeschouwing en opvattingen,

33 De art. 137a en 137b vervielen bij *Stb.* 1978, 155. Art. 113 en 119 vervielen met *Stb.* 2019, 187.

34 Art. 125, *Stb.* 1928, 288; art. 435a, *Stb.* 1933, 476.

35 Art. 147, 147a en 429bis. Zie B.A.M. van Stokkom, H.J.B. Sackers en J.P. Wils, *Godslastering. Discriminerende uitingen wegens godsdienst en haatuitingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers/WODC 2007, p. 92-93; A.L.J. Janssens & A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 325 e.v.

36 Art. 261 en art. 271 Sr.

37 *Stb.* 1927, 156; *Stb.* 1934, 405; *Stb.* 1936, 203. Het rapport leidde tot het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de handel in meerderjarige vrouwen (1933).

ondergebracht in afzonderlijke zuilen en politieke partijen, staan niet aan een krachtdadige samenwerking in de weg.³⁸

Op grond van de oorlogservaringen worden met de Wet bescherming staatsgeheimen (*Stb.* 1951, 92) en de Wet oorlogsstrafrecht (*Stb.* 1952, 408) tal van bepalingen over spionage, hulpverlening aan de vijand en samenspanning tot politieke delicten aangescherpt.³⁹ Met de mogelijkheid van een vijandige bezetting had de wetgever van 1886 immers geen rekening gehouden.

Met het oog op de ordening van de nieuwe samenleving worden tal van codificaties begonnen. Ik noem de opdracht aan Meijers voor een nieuw Burgerlijk Wetboek in 1949, en de Algemene Wet op de Rijksbelastingen (*Stb.* 1959, 301). In het strafrecht maakt de Wet op de Economische Delicten (*Stb.* 1950, 574) een eind aan allerhande tuchtrechtspraak in verband met de voedselvoorziening en de prijzenwetgeving. Deze ‘bijzondere’ wet geeft uiting aan het geloof in een maakbare samenleving en is ook van belang in verband met de loonmatigingen van die jaren. Verder komt de Beginselenwet Gevangeniswezen (*Stb.* 1951, 214) tot stand. Deze geeft een wettelijke basis aan een breed gedeeld resocialisatiestreven.

Enkele maatschappelijke veranderingen leiden tot nieuwe strafbepalingen, al gaat het dan eigenlijk om – misschien niet eens noodzakelijke – preciseringen. Vanwege de aanvaarding van de mogelijkheid van lijkcrematie worden onder meer artikelen aangepast om te voorkomen dat de overlijdensoorzaak wordt verheeld.⁴⁰ En vanwege de invoering van de mogelijkheid van adoptie, wordt het (uit winstbejag bevorderen van het) zonder toestemming opnemen van pasgeborenen als pleegkind strafbaar. Daarmee wordt beoogd het kind te beschermen tegen verwaarlozing.⁴¹ Het kinderstrafrecht wordt veranderd in algemene zin, maar dit heeft afgezien van wat technische wijzigingen geen gevolgen voor de strafbaarstellingen.⁴²

In de jaren zestig worden de eerste stappen gezet naar de strafbaarheid van milieudelicten, al staan de nieuwe delicten nog in de sleutel van de openbare gezondheid. Ik doel op de Kernenergiewet en de Wet verontreiniging oppervlaktewateren.⁴³ Verder wordt de corruptie van anderen dan ambtenaren strafbaar. Hoewel de wetgever ook verwijst naar de publieke moraal en openbare belangen, wordt het artikel welbewust geplaatst in de bedrogstitel, wat suggereert dat het – in elk geval aanvankelijk – vooral ging om gevallen waarin corruptie nadelig is voor de werkgever van de dader.⁴⁴

38 C.J.M. Schuyt & E.R.M. Taverne, 1950. *Welvaart in zwart-wit*, Den Haag: Sdu 2000, p. 525.

39 Art. 98-98c, art. 102, resp. art. 135-136 Sr.

40 Art. 151 en 228 en 229 - *Stb.* 1955, 390.

41 Art. 151a en art. 442a - *Stb.* 1956, 42.

42 *Stb.* 1961, 402.

43 Art. 161quater - *Stb.* 1963, 182; art. 173a en b - *Stb.* 1969, 536.

44 Art. 328ter - *Stb.* 1967, 565.

Toenemende internationalisering draagt bij aan aanpassing van oude en invoering van nieuwe strafbepalingen. Met het oog op de handhaving van de Vreemdelingenwet wordt verblijf in Nederland van een ongewenst verklaarde vreemdeling strafbaar.⁴⁵ Andere bepalingen getuigen van respect voor buitenlandse organen en functionarissen. Op grond van zee- en luchtrechtverdragen kwamen beperkte aanpassingen tot stand van art. 184 Sr,⁴⁶ terwijl meened voor internationale gerechten strafbaar werd, evenals de schending van geheimen van bondgenoten.⁴⁷ Deze laatste wijziging vond plaats in het kader van de vereenvoudiging en unificatie van in talrijke wetten voorkomende strafbepalingen tegen geheimschending.

6 CULTURELE REVOLUTIE (1970-1995)

Rond 1970 is de wereld en ook Nederland veranderd. De welvaart, het hoger onderwijs voor velen, de televisie, de anticonceptiepill – het draagt allemaal bij aan ontkerkelijking, andere opvattingen over gezag en zeden, en bovenal een geleidelijke vanzelfsprekendheid van het belang van de rechten en vrijheden van individuele burgers. Annie M.G. Schmidt laat Pluk van de Petteflet actievoeren tegen de aanleg van een parkeerplaats en snoepen van de – hasj-gelijkende – hasselbramen.

Het is een tijd waarin wordt teruggegrepen naar het schadebeginsel bij strafbaarstellingen. Dat leidt tot enkele gevallen van decriminalisering. Een eerste blijk daarvan is de inperking van de reikwijdte van strafbare belediging.⁴⁸ De beschermenswaardigheid van iemands eer(gevoel) wordt niet ter discussie gesteld. Maar naar aanleiding van de strafzaken over belediging van bevriende staatshoofden,⁴⁹ wil de wetgever ook meer in het algemeen dat ‘gerechtvaardigde grieven tegen een bepaald beleid of streven met minder risico van strafrechtelijke konsekwenties kunnen worden geuit’.⁵⁰ Daartegenover staat dat groepsbelediging en haat zaaien worden uitgebreid voor zover de uitingen een ras betreffen en later volgen uitbreidingen wegens seksuele gerichtheid en geslacht.⁵¹ Art. 137c en 137d beschermen de openbare orde, maar dat ook een vorm van collectieve schade aan de orde is, klinkt door in de aanduiding dat het ging om ‘uitlatingen, welke een grove aantasting

45 Art. 197 Sr – *Stb.* 1960, 239.

46 *Stb.* 1967, 152 en 1969, 224.

47 Art. 207 Sr, *Stb.* 1966, 322; art. 272 Sr – *Stb.* 1967, 377.

48 Art. 261 e.v. – *Stb.* 1978, 155.

49 Art. 118-119 Sr, inmiddels geheel vervallen *Stb.* 2019, 187.

50 *Kamerstukken II* 1970/71, 11249, nr. 3, p. 4.

51 Naar aanleiding van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van rassendiscriminatie (New York 1966): *Stb.* 1971, 96. Nadien: *Stb.* 1991, 623.

vormen van de eer van tot bepaalde groepen behorende mensen of hun elementaire rechtsgoederen bedreigen, uit het openbare leven te bannen'.⁵²

Een ander voorbeeld is de liberalisering van de zedenwetgeving. Naar aanleiding van de rapporten van de Adviescommissie Melai (1970-1980) en in aansluiting op het Deep Throat-arrest van de Hoge Raad worden de bepalingen over schennis van de eerbaarheid en pornografie aangepast.⁵³ De eerbiediging van het recht op privéleven, de gewetensvrijheid en de vrijheid van meningsuiting worden daarbij expliciet genoemd. Wat beschermd blijft is de publieke moraal respectievelijk de vrijheid van degenen die niet kennis wensen te nemen van porno en de jeugd. Misschien – maar de wetgever spreekt er in zeer omfloerste termen over – is de invoering van de Wet afbreking zwangerschap waarmee het oude abortusverbod vervalt, ook op te vatten als vorm van liberalisering door de erkenning van het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw.⁵⁴ Dat toch strafbaarheid blijft bestaan van aborterende personen die geen arts zijn in een aangewezen ziekenhuis of kliniek is vanuit het schadebeginsel moeilijker te begrijpen. Voor de bescherming van de vrouw die een abortus ondergaat als patiënt bestaan immers andere wetten.⁵⁵ In die zin is er een zekere verwantschap met de invoering van strafbepalingen tegen het commercieel draagmoederschap,⁵⁶ waarbij de wetgever met het oog op het beschermd belang in algemene termen over de risico's voor kind en draagmoeder sprak. Mij lijkt in dit geval schade een wat gezocht argument; respect voor de 'heiligheid' van het begin van het leven moet haast wel een rol hebben gespeeld. Dat de liberale houding ten aanzien van zedendelicten zijn grenzen kende maakt dit in elk geval duidelijk.

De liberalisering staat er niet aan in de weg om in de loop van dit tijdvak waarin de vrouwenemancipatie belangrijke vooruitgang boekt tegemoet te komen aan de wens tot zwaardere bestrijding van seksueel geweld tegen vrouwen. Dat leidt tot aanpassingen van de zwaardere zedendelicten en verhoging van de straffen voor vrouwenhandel. De initiatiefwet belaging was gericht op de bescherming van de privacy.⁵⁷

Ook met betrekking tot collectieve belangen vindt decriminalisering plaats, in het bijzonder van de vooroorlogse stakingsverboden voor ambtenaren.⁵⁸ Maar er zijn ook nieuwe strafbaarstellingen, bijvoorbeeld naar aanleiding van verdragen over de bescherming van internationale luchthavens in verband met de vliegtuigkapingen die dan geregeld voorkomen.⁵⁹ Het is overigens opvallend dat de acties waaronder een treinkaping van Zuid-

52 *Kamerstukken II* 1967/68, 9724, nr. 3, p. 5.

53 Art. 239-240b – *Stb.* 1985,385.

54 Art. 296 – *Stb.* 1981, 257.

55 De aanpassing in *Stb.* 1993, 655 vanwege de Wet Beroepen Individuele Gezondheidszorg geeft van dat verband ook blijk.

56 Art. 151b en 151c – *Stb.* 1993, 486.

57 Art. 242-249 – *Stb.* 1991, 519; *Stb.* 1993, 679; art. 285b – *Stb.* 1993, 603.

58 *Stb.* 1979, 693.

59 Art. 162a en 166 a – *Stb.* 1971, 166; art. 385a Sr – *Stb.* 1973, 228.

Molukse nationalisten (1970 en 1975-77) en de terreur van de Duitse Rote Armee Fraktion en de Italiaanse Brigade Rosse niet tot nadere wetgeving leiden.⁶⁰ Wel geven enkele grote milieuverontreinigingsaffaires (onder andere in Lekkerkerk en Moerdijk 1980) aanleiding tot het invoeren van overkoepelende bepalingen die ernstige vormen van milieuverontreiniging strafbaar stellen.⁶¹ Maar net als bij eerdere milieuwetten wordt vastgehouden aan de eis dat hierdoor gevaar voor de openbare gezondheid of levensgevaar te duchten is.

Een nieuwe betekenis krijgt het begrip schade met de strafbaarstelling van het afluisteren van telefoongesprekken.⁶² In de toelichting is voor het eerst uitdrukkelijk sprake van de wens tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer, die anders dan het recht op huisvrede, verder nog niet als zodanig werd beschermd.

Minder helder is het beschermd belang bij de strafbaarstelling van mensensmokkel, die plaatsvindt naar aanleiding van het Schengenakkoord over de afschaffing van de grenscontrole.⁶³ Het artikel wordt beschouwd als strafbaarstelling van medeplichtigheid aan een feit dat zelf niet strafbaar is en wordt vergeleken met hulp bij ontsnapping uit een gevangenis.⁶⁴ Het beschermd belang is dan dus eigenlijk het overheidsbeleid bij de bestrijding van verblijf zonder papieren.⁶⁵ Of gaat het eigenlijk om de bescherming van de in Nederland gevestigden tegen de komst van indringers? In deze periode zijn er verder tal van aanpassingen naar aanleiding van andere wetgevingsoperaties.⁶⁶ Maar daaruit blijken geen gewijzigde inzichten over de strafbaarheid.

In deze periode wordt de reikwijdte van enkele strafbepalingen (belediging, porno, abortus, ambtenarenstaking) teruggedrongen. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer (afluisteren en belaging), leidden evenals het tegengaan van luchtvaartterrorisme en milieubescherming tot nieuwe strafbaarstellingen. En er duiken aan het eind van deze periode strafbaarstellingen op met een in termen van het schadebeginsel niet glashelder beschermd belang (draagmoederschap, mensensmokkel).

60 Daarover M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur. Totstandkoming van antiterroriswetten in Nederland gezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 125-183.

61 Art. 172, 173a en b – *Stb.* 1989, 7.

62 Art. 139a en b – *Stb.* 1971, 180.

63 Art. 197a-197c – *Stb.* 1993, 141.

64 Art. 191 – *Stb.* 1994, 182.

65 Volgens de Memorie van Toelichting zou het ook gaan om gevaarstelling voor de publieke kas. Zie ook HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:222. Maar dat kan slechts een deel van de gesmokkelden betreffen.

66 Art. 140 – *Stb.* 1976, 229 (invoering Boek II BW) en *Stb.* 1988, 104; Art. 194 (*Stb.* 1971, 287 en 76, 229), art. 225 (*Stb.* 88, 521 88, 672, en 1992, 287) art. 327 (*Stb.* 1990, 379) en art. 340 (*Stb.* 1993, 598). Art. 143-146 Sr (*Stb.* 1988, 157 – Wet openbare manifestaties). Art. 177 (*Stb.* 1986, 139). Art. 108 e.v. (*Stb.* 1981, 330).

7 DE RISICOSAMENLEVING (1995-HEDEN)

Met het eind van de Koude oorlog, de globalisering, de terroristische aanslagen en de digitale revolutie doen zich opnieuw indringende maatschappelijke veranderingen voor. De gedachte dat iedereen het risico loopt slachtoffer van het handelen van anderen te worden en de deernis met daadwerkelijke slachtoffers, is alomtegenwoordig.

Dit risicodenken krijgt het duidelijkst zijn beslag met de opneming in het algemeen deel van het wetboek van strafbare voorbereiding van misdrijven; de reikwijdte daarvan is in deze periode zelfs nog tweemaal verruimd.⁶⁷ Daarbij komt de drastische uitbreiding van het aantal gevallen van strafbare samenspanning in de Wet terroristische misdrijven (*Stb.* 2004, 290). Bij die wet gaat het verder vooral om strafverhoging van bestaande delicten als deze zijn gepleegd met een terroristisch oogmerk. Verder wordt in 2009 het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme strafbaar.⁶⁸ Deze anti-terroriswetten moeten worden begrepen tegen de achtergrond van wereldwijde aanslagen die plaatsvinden sedert het midden van de jaren 90 en diverse daarna tot stand gekomen internationale verdragen. Niet zozeer het veroorzaken van schade, als wel de voorbereiding daarvan is dus voortaan strafbaar. Met het oog op de positie van de verdachte is voorbereiding een stap voor poging, maar met het oog op het beschermde rechtsgoed betekent het eigenlijk dat niet de schade aan dat rechtsgoed maar de vergroting van de kans op schade cruciaal is.

Het risicodenken raakt ook de zedelijkheidswetgeving. In 2002 wordt het bezit van virtuele kinderporno strafbaar – bij de totstandkoming waarvan geen echt kind is betrokken. ‘Dit materiaal beoogt immers het misbruik van echte kinderen op een realistische wijze te verbeelden. Het is schadelijk wegens het bevorderen van een subcultuur met een markt voor kinderporno’.⁶⁹ Deze door het Cybercrimeverdrag geïnspireerde wetgeving wordt aldus ook – op wel heel indirecte wijze – schadelijk geacht. Bij mij rijst het vermoeden dat minstens zo zwaar zal hebben gewogen de welhaast vanzelfsprekende weerzin tegen dergelijk materiaal. Individuele schade is wel in beeld bij de strafbaarstelling van aanwezigheid bij seksshows met minderjarigen en het seksueel corrumperen. De wetgever beoogt ‘scheefgroei in de seksuele en persoonlijke ontwikkeling van de minderjarige tegen te gaan’. Ook de strafbaarstelling in 2009 van grooming, dat wil zeggen het digitaal benaderen van kinderen met seksuele doeleinden, is gericht op het voorkomen van aanwijsbare schade.⁷⁰ In 2019 wordt misbruik van seksueel beeldmateriaal (wraakporno) strafbaar met het oog

67 Art. 46 – *Stb.* 1994, 60, met verruimingen in *Stb.* 2001, 675 en *Stb.* 2006, 580.

68 Art. 134a – *Stb.* 2009, 245. Aanpassingen zijn er in art. 162a, 385b en 6 – *Stb.* 2015, 185 en *Stb.* 2018, 338.

69 *Kamerstukken II* 2001/02, 27745, nr. 6, p. 8-9.

70 Art. 240b – *Stb.* 2002, 388. Art. 248e – *Stb.* 2009, 544. Het overbodige art. 248f werd ingelast bij *Stb.* 2014, 74. Aanpassingen waren er verder in *Stb.* 2004, 465. De technische aanpassingen n.a.v. de Wet op de Jeugdzorg (*Stb.* 2004, 306) en de Jeugdwet (*Stb.* 2014, 104) van art. 280 laat ik onbesproken.

op de bescherming van de privacy, die volgens de wetgever onderdeel uitmaakt van de bescherming van openbare orde.⁷¹ In verband met de bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld is het lokken naar (of uit) het buitenland om iemand ergens toe te dwingen strafbaar gesteld, en al eerder leidde de wens tot verruiming van mogelijkheden tot strafrechtelijke aanpak van huwelijksdwang, polygamie en vrouwelijke genitale vermindering tot een verhoging van de strafmaat voor dwang.⁷²

Met de Wet computercriminaliteit (*Stb.* 1993, 33) leidt de digitale revolutie al vroeg tot strafbepalingen om geautomatiseerde werken, gegevensstromen en opgeslagen gegevens te beschermen en ook om wederrechtelijke toegang te verbieden.⁷³ Nadere precisering volgt met Computercriminaliteit II (*Stb.* 2006, 300) waarmee het Cybercrimeverdrag en Europese regelgeving worden geïmplementeerd en Computercriminaliteit III (*Stb.* 2018, 322).⁷⁴ De beschermde belangen zijn divers: soms gaat het om het openbaar belang, soms om het eigendom of de privacy en soms – bijvoorbeeld bij de strafbaarstelling van de seksuele benadering van iemand die zich voordoeft als kind – om de politie een instrument te geven om op te treden tegen zedendelicten. In de kern zijn het, afgezien van verboden om te tappen en te hacken, verdubbelingen en preciseringen met betrekking tot de virtuele wereld van wat al beschermd wordt offline. Dat de wetgever zich onder meer door EU-regelgeving tot al deze precisering heeft laten verleiden, illustreert de wens zich ‘gedekt’ te weten die dit tijdvak ook kenmerkt.

De hoeveelheid nieuwe of gewijzigde strafbaarstellingen is groot. Zo komt de tolerantie ten aanzien van het in de jaren 1980 veelvuldig voorkomende kraken van leegstaande panden aan zijn eind.⁷⁵ Het beschermde belang is een combinatie van de bescherming van de openbare orde en het eigendomsrecht van een ander.

Niettemin vindt ook nu decriminalisering plaats. Smalende godslastering is een voorbeeld (*Stb.* 2014, 39). Ook de euthanasiewet (*Stb.* 2001, 194) bevat een decriminalisering, zij het één onder voorwaarden. Een strafuitsluitingsgrond is opgenomen voor de arts die levensbeëindiging op verzoek toepast of hulp bij zelfdoding verleent en daarbij voldoet aan bepaalde zorgvuldigheidseisen.⁷⁶ Hoezeer deze wetswijziging ook is ingegeven door de erkenning van het zelfbeschikkingsrecht, de wet is nog steeds zo vormgegeven dat het beschermde belang de bescherming van het menselijk leven is, ook indien de betrokkene niet langer wenst te leven. Een derde voorbeeld is de opheffing van het algemeen bordeel-

71 Art. 139h – *Stb.* 2019, 311.

72 Art. 285c – *Stb.* 2015, 410; art. 284 – *Stb.* 2013, 95.

73 Art. 139a en b, 161sexies, 350a, resp. 138ab. Naar aanleiding van de Wet telecommunicatie is art. 161sexies – *Stb.* 1994, 628 en 1998, 610 nader aangepast.

74 Art. 138c, 139f en g, en voorts art. 248a en e. Tevens wordt bestrijding van online handelsfraude vergemakkelijkt (art. 326d). Nog een aanpassing is er in *Stb.* 2015, 165.

75 Art. 138a – *Stb.* 2010, 320.

76 Art. 293-294 – *Stb.* 2001, 194.

verbod (*Stb.* 1999, 464), dat overigens gepaard gaat met een uitgebreid vergunningenstelsel en versterking beoogt van strafrechtelijk optreden tegen bepaalde vormen van exploitatie van prostitutie en tegen kinderprostitutie (art. 248a en b).

Opvallend zijn de strafverhogingen van de in 1993 strafbaar gestelde mensensmokkel die van een maximum van een jaar zijn uitgekomen bij zes (en onder omstandigheden achttien) jaar, terwijl het beschermde belang hier toch het vreemdelingenbeleid is en aan de gesmokkelde persoon een dienst wordt verleend waarvan deze (net als in het geval van prostitutie) heimelijk gebruik wil maken.⁷⁷ Vanuit het oogpunt van het schadebeginsel lijkt het erop dat het verschil met de al eerder besproken mensenhandel (nu: art. 273f) niet steeds scherp wordt gezien. Laatstgenoemde uiterst complexe strafbepaling waaronder zowel zedendelicten, het stelen van organen als arbeidsuitbuiting zijn gerubriceerd, beschermt immers niet langer (zoals in 1911) primair de zeden, maar juist de persoonlijke vrijheid en later ook de lichamelijke integriteit van de (uitgebuide en/of minderjarige) betrokkenen.⁷⁸

De herziening van de corruptiewetgeving in 2000 strekt ertoe adequaat strafrechtelijk te kunnen optreden tegen de ambtenaar die schade toebrengt aan het vertrouwen in het openbaar bestuur ‘zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen’. Enkele internationale verdragen en incidenten in het ressort 's-Hertogenbosch waren de aanleiding.⁷⁹ Sinds de Bouwfraudeaffaire die in 2002 tot een parlementaire enquête leidt⁸⁰ en enkele andere schandalen waardeert de wetgever witteboordencriminaliteit ernstiger dan voorheen. Ook andere delicten worden verruimd die centraal staan in de bestrijding van financieel-economische criminaliteit en strafbaarstelling van misbruik van Europees gemeenschapsgeld volgde toen ook.⁸¹ Ook zijn de strafbepalingen van faillissementsfraude herzien.⁸² Dergelijke fraude heeft volgens de wetgever van 2016 een ontwrichtende werking op de economie, leidt ertoe dat consumenten hun vertrouwen verliezen en levert in brede zin maatschappelijke schade op. Bij fraudes is dikwijls sprake van valse identiteiten. Waar de artikelen 231 en 232 aanvankelijk vrij specifieke valsheidsdelicten waren, is – zeker in het licht van de digitalisering – in de loop van deze periode identiteitsfraude een steeds groter probleem geworden. Eigenlijk gaat het niet langer alleen om een inbreuk op het openbaar vertrouwen en eventueel het nadeel voor degene die op de valse identiteit vertrouwt dan wel van wie de identiteit is aangenomen, maar het is ook steeds meer een faciliterend delict geworden – een delict dat andere delicten mogelijk maakt.⁸³

77 *Stb.* 1996, 505; *Stb.* 2004, 645; *Stb.* 2006, 24; *Stb.* 2010, 350; *Stb.* 2016, 240; *Stb.* 2018, 338.

78 *Stb.* 2004, 645 als 273a en later nog enkele malen aangepast.

79 Art. 117a, 323a, 364a en nadere aanpassingen – *Stb.* 2000, 616. Zie ook *Stb.* 2014, 455 en *Stb.* 2019, 257.

80 De invoering van de artikelen 192a-d hing samen met de Wet op de Parlementaire enquête (*Stb.* 2008, 148).

81 Art. 328ter – *Stb.* 2014, 495. Later *Stb.* 2019, 173.

82 Art. 340-344b en 347 en 348a – *Stb.* 2016, 154. Eerder *Stb.* 1998, 446 en *Stb.* 2009, 245.

83 *Stb.* 1989, 189; *Stb.* 2004, 180; *Stb.* 2014, 10 en *Stb.* 2014, 125.

Andere internationale verdragen leiden tot strafbaarstelling van het witwassen van de inkomsten van misdrijven in 2001.⁸⁴ De bepaling is bedoeld de integriteit van het financiële en economisch verkeer te beschermen, maar heeft een veel verdergaande reikwijdte en wordt inmiddels veel toegepast. Een aanpassing vond plaats na rechtspraak van de Hoge Raad dat witwassen niet enkel kan bestaan uit het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit enig eigen misdrijf. De wetgever maakt dat toch strafbaar om de bestrijding van het witwassen effectiever te laten zijn.⁸⁵

8 SLOT

De wetgever van 1886 ging ervan uit dat slechts onrecht strafbaar gesteld moet worden, waarbij de liberale morele beginselen van vrijheid en schade vooropstonden. Tot de oorlog worden daaraan strafbaarstellingen toegevoegd ter bescherming van het openbaar gezag en (de politieke kant van) de openbare orde. Ook de zeden, in het bijzonder met het oog op de bescherming van jongeren, krijgen dan bijzondere aandacht. Tijdens de wederopbouw blijven de uitbreidingen beperkt. Met de culturele revolutie wordt weer teruggegrepen naar het primaat van het schadebeginsel. Enige liberalisering vindt plaats waarbij vooral vooroorlogse *novelles* worden ingetrokken (ten aanzien van strafbare belediging, ambtenarenstaking, zedendelicten en abortus). En er komen nieuwe delicten ter bescherming van de privacy (telefoontap, belaging) en het milieu.

In de tijd die ik als die van de risicosamenleving aanduid, volgt een opvallend grote hoeveelheid strafbaarstellingen – nu ook veel meer dan voorheen onder invloed van internationale en Europese regelgeving. Deze strafbaarstellingen betreffen niet zozeer directe individuele schade of benadeling van de openbare orde, maar kunnen veeleer worden aangemerkt als gevaarzettingsdelicten. Te denken valt aan de antiterrorisbestrijding en diverse digitale (zeden)delicten. Daarnaast zijn er strafbaarstellingen ter bevordering van het vertrouwen in het openbaar bestuur en de integriteit van de economie. De decriminalisering die plaatsvindt wordt – afgezien van die van smalende godslastering – gekenmerkt door aanpalende regelgeving (euthanasie, bordeelverbod).

De geschiedenis van de strafbaarstellingen na 1886 leert dat behalve in de jaren zeventig (en daarna enigszins in verband met de digitalisering) het schadebeginsel niet de meest prominente grond voor strafbaarstelling is geweest. Vaak spelen andere morele noties een rol. Sommige strafbaarstellingen zijn immers beter te begrijpen als ze niet worden gelezen in de sleutel van het schadebeginsel, maar als delicten tegen het gezag (de koning, de politie), de eenheid van de natie (de naoorlogse staatsveiligheidswetgeving,

84 Art. 420bis e.v. – *Stb.* 2001, 606. Zie ook *Stb.* 2014, 445.

85 Art. 420bis1 – *Stb.* 2016, 313.

maar ook in verband met ongewenste vreemdelingen en mensensmokkel), of de eerbied voor of heiligheid van milieu en leven (commercieel draagmoederschap, abortus en euthanasie). Die morele kant blijft ietwat verborgen omdat niet de betrokkenen zelf, maar de dienstverleners bij deze beladen handelingen onder omstandigheden strafbaar zijn (prostitutie, mensensmokkel, faciliteerders van draagmoederschap, abortus, euthanasie). Zeker de laatste jaren is – onder invloed van het risicodenken – de grond voor strafbaarstelling soms nog vager, bijvoorbeeld als het gaat om het bevorderen van het vertrouwen in het openbaar bestuur, de integriteit van de economie of de handhaafbaarheid van regelgeving.

Met deze ontwikkeling is afstand genomen van het liberale strafrecht. Daarin wordt immers de voorkeur gegeven aan strafbaarstelling wegens verwerklijkte (al dan niet collectieve) schade en in uitzonderlijke gevallen wegens gevaarzetting. Steeds meer gaat het om andere dan het schadebeginsel betreffende morele waarden, vage risico-inschattingen en soms zelfs om pragmatische overwegingen om de politie handvatten te geven. Niettemin lijkt de kritische betekenis van het schadebeginsel nog niet geheel verlaten, juist omdat het – haast bij wijze van excuus – ook wordt aangevoerd in gevallen waarin andere morele noties zwaarder lijken te wegen. Dat criteria voor strafbaarstelling en in het bijzonder het schadebeginsel niet alleen een ordenende, rubricerende functie, maar ook een kritische functie moeten hebben, is iets wat Tineke Cleiren terecht herhaaldelijk heeft benadrukt. Voorkomen moet immers worden – en ik herinner aan de woorden van Modderman – dat gedragingen worden strafbaar gesteld die niet meer als onrecht zijn te begrijpen.