

De Legitimiteit van Strafbaarstellingen
*aan de hand van de theorie van het sociaal contract, de
criteria voor strafbaarstelling en de rechtsgoederengedachte*

Ybo Buruma/ S1353330

Buruma1995@gmail.com/ 0651858009

Woordenaantal: 16.467 (exclusief voetnoten en bronnen, inclusief randnummers)

Begeleider: Tineke Cleiren

Uitgebreide inhoudsopgave

Uitgebreide inhoudsopgave	2
1. Inleiding	5
1.1. Legitimiteit van de wetgever	5
1.2. Afbakening aan de hand van drie rechtstheorieën	6
1.3. Toetsing aan de openbare orde.....	6
1.4. doelstelling.....	6
1.5. Methode van onderzoek en overzicht.....	7
2. Het Sociaal Contract	8
2.1. Introductie tot het sociaal contract.....	8
2.1.1. Beperking behandelde filosofen	8
2.1.2. Overzicht van contractfilosofie in het algemeen	8
2.1.3. Hobbes.....	9
2.1.3.1. De Natuurtoestand	9
2.1.3.2. Rechten van de mens	9
2.1.3.3. Het sociaal contract.....	10
2.1.3.4. Conclusie Hobbes	10
2.1.4. Beccaria	10
2.1.4.1. Achtergrond contracttheorie	11
2.1.4.2. Beginselen van Beccaria.....	11
2.1.4.2.1. Een gelijke, niet willekeurige behandeling.....	12
2.1.4.2.2. Het laïciseringsprincipe en het rationaliteitsprincipe	12
2.1.4.3. Conclusie Beccaria.....	13
2.1.5. Conclusie introductie tot het sociaal contract.....	13
2.2. Denkschema	13
2.2.1. Eerste Stap: beschermen van burgers.....	13
2.2.2. Tweede stap: Een gelijke, niet willekeurige, behandeling	13
2.2.3. Derde stap: laïciseringsprincipe	13
2.2.4. Conclusie Denkschema	14
2.3. Toetsing van de openbare orde aan het denkschema.....	14
2.3.1. Kan de soeverein haar burgers beschermen tegen de natuurtoestand?.....	14
2.3.2. Zijn de wetsartikelen voor iedereen gelijk en voor iedereen kenbaar?	14
2.3.3. Laïciseringsprincipe.....	15
2.3.4. Conclusie toetsing denkschema	15
2.4. Conclusie	15
3. De Criteria voor Strafbaarstelling.....	16
3.1. Introductie tot de criteria voor strafbaarstelling	16
3.1.1. Negatieve criteria Hulsman	16
3.1.1.1. Kritiek op Hulsman	17
3.1.1.2. Conclusie criteria Hulsman	18

3.1.2.	Criteria De Roos	18
3.1.2.1.	Subsidiariteitsbeginsel en Proportionaliteitsbeginsel	18
3.1.2.2.	Het legaliteitsbeginsel en het beginsel van praktische hanteerbaarheid en effectiviteit	19
3.1.2.3.	Conclusie De Roos	20
3.1.3.	Het Schadebeginsel	20
3.1.3.1.	Filosofie achter het schadebeginsel	20
3.1.3.2.	Potentiële schade	21
3.1.3.3.	Conclusie Schadebeginsel	22
3.1.4.	Conclusie	22
3.2.	Het Denkschema	22
3.2.1.	Eerste stap: Is sprake van (potentiële) schade aan lijf, goed of eerbaarheid van een ander?	22
3.2.2.	Tweede stap: Is de strafbaarstelling proportioneel?	23
3.2.3.	Derde stap: Is strafbaarstelling praktisch mogelijk en wenselijk	23
3.2.4.	Vierde stap: Is strafbaarstelling de meest optimale remedie?	23
3.3.	Toetsing van de openbare orde aan het denkschema	23
3.3.1.	Is sprake van (potentiële) schade aan lijf, goed of eerbaarheid van een ander?	23
3.3.1.1.	Bestaat de schade aan lijf, eerbaarheid of goed?	23
3.3.1.2.	Enkel potentieel gestraften beschermen	24
3.3.1.3.	Morele opvatting heersend maken	24
3.3.1.4.	Potentiële schade	24
3.3.1.5.	Conclusie	24
3.3.2.	Is strafbaarstelling proportioneel?	24
3.3.3.	Is strafbaarstelling praktisch mogelijk en wenselijk?	25
3.3.3.1.	Helder en hanteerbaar	25
3.3.3.2.	Capaciteit overheidsapparaat	25
3.3.3.3.	Praktische gevolgen van de strafbaarstelling	25
3.3.4.	Optimum remedium	25
3.3.5.	Conclusie	25
3.4.	Conclusie	26
4.	Rechtsgoederen	27
4.1	Introductie tot rechtsgoederen	27
4.1.1.	Een waardig rechtsgoed	28
4.1.1.1.	De wetgever kiest	28
4.1.1.2.	Peršak	28
4.1.1.3.	De Amerikaanse benadering	29
4.1.1.4.	Conclusie waardig rechtsgoed	30
4.1.2.	Conclusie	30
4.2.	De Openbare Orde	30
4.2.1.	Definitie van 'de openbare orde'	31
4.2.1.1.	Openbare orde als rechtsorde	31
4.2.1.1.1.	De openbare orde als normale gang van zaken	31
4.2.1.1.2.	Openbare orde om wanorde te voorkomen	32

4.2.1.2.	Conclusie Definitie van openbare orde	32
4.2.2.	Het toetsen van de openbare orde aan enkele legitimerende theorieën.....	32
4.2.2.1.	Complete autonomie voor de wetgever	32
4.2.2.2.	Belangen die noodzakelijk zijn voor sociale rust en individueel welzijn	32
4.2.2.3.	Een dwingend staatsbelang	33
4.2.3.	Conclusie.....	33
4.3.	Rechtsgoederen bij de wetsartikelen van de openbare orde titel	33
4.3.1.	De rechtsgoederen achter de wetsartikelen.....	33
4.3.1.1.	De openbare orde	34
4.3.1.2.	Recht op privéleven of de bescherming van het elektronisch verkeer	34
4.3.1.3.	Bescherming van het opsporingsonderzoek	34
4.3.1.4.	Voorkomen van toekomstige strafbare feiten	34
4.3.1.5.	Terrorisme	34
4.3.1.6.	Kinderen en commercieel draagmoederschap	34
4.3.1.7.	Het recht op non-discriminatie	35
4.3.1.8.	Huisrecht	35
4.3.1.9.	Conclusie	35
4.3.2.	Het belang van titels	35
4.4.	Conclusie	36
5.	Bevindingen.....	37
5.1.	Samengevoegd denkschema	37
5.2.	toepassing op de openbare orde titel	38
5.2.1.	een gelijke wet.....	38
5.2.2.	een heldere wet	38
5.2.3.	rechtsgoederen of het schadebeginsel	38
5.2.4.	Praktische aspecten denkschema.....	38
5.2.5.	De juiste titel	38
5.3.	Conclusie	39
6.	Uitleiding	40
	Bronnenlijst.....	41

1. Inleiding

Nederland is een democratie. Nederland is ook een rechtsstaat. De democratie Nederland voegt zich naar de wensen van het volk. De rechtsstaat Nederland stelt grenzen aan de manier waarop de wil van het volk tot uiting kan worden gebracht. Deze tegenstelling is de laatste jaren steeds belangrijker geworden. Ik benoem twee trends.

De eerste trend betreft de neiging van het volk om de strafbaarstelling van steeds meer gedrag, en steeds strenger – al dan niet strafrechtelijk – overheidsoptreden te eisen. Deze trend is zeker niet nieuw. Buruma schreef in 2005: *“Wat vroeger als onprettig, onbehoorlijk of onduldbaar gedrag werd beschouwd, wordt nu tot onwettig bestempeld.”*¹ In datzelfde jaar schreef Cleiren over *“Het uitdijen van de te beheersen maatschappelijke problematiek.”*² Dit is niet zonder meer positief. Overheidsoptreden – en zeker strafrechtelijk optreden – is zeer ingrijpend voor de mensen die daarmee te maken krijgen. Daarnaast heeft de daadkracht van het strafrecht intrinsieke beperkingen die onder ogen gezien moeten worden.³ Tevens – wijzend op de eerdergenoemde tegenstelling – dient afgevraagd te worden in hoeverre de overheid gelegitimeerd is haar geweldsmonopolie en aanzienlijke macht in te zetten voor zaken waar dat misschien niet nodig is. Dient de overheid niet zoveel mogelijk uit de weg te blijven van de samenleving, om slechts in te grijpen als dat strikt noodzakelijk is?

De tweede trend ligt in het – verontrustendere – verschijnsel dat steeds meer democratisch verkozen wereldleiders en regeringen weinig waarde lijken te hechten aan de rechtsstatelijke gedachte. In Polen, Turkije en Hongarije staan de onafhankelijke rechter, de persvrijheid en de grondrechten van verdachten onder druk.⁴ De Braziliaanse president Bolsonaro heeft nationale mechanismes om marteling te voorkomen ontmanteld, en heeft zich in het verleden uitgelaten vóór het martelen van verdachten en criminelen.⁵ Duterte in de Filipijnen heeft toegegeven verantwoordelijk te zijn voor duizenden buitengerechtelijke executies van drugscriminelen.⁶ De Indiase regering heeft onder Modi gewelddadig opgetreden tegen vredige demonstranten, en de politie wordt verweten geweld tegen moslims en moskeeën aan te moedigen.⁷ Ook president Trump van de Verenigde Staten lijkt weinig ontzag te hebben voor de rechtsstaat, en minister-president Netanyahu van Israël heeft Israëliëse Palestijnen officieel tweederangsburgers gemaakt.⁸ Het kan niet genoeg benadrukt worden dat al deze regeringsleiders democratisch verkozen zijn, en niet hebben hoeven aftreden.

Deze twee trends oefenen – zeker gezamenlijk – druk uit op de rechtsstatelijke gedachte en de grondbeginselen van het strafrecht. Met de tweede trend in het achterhoofd, wordt de eerste trend immers verontrustender. Er wordt om strafbaarstelling van meer feiten gevraagd, maar er kan niet vanuit worden gegaan dat de overheid de rechtsstaat daarbij in het achterhoofd zal houden. Het is mijns inziens van belang om een duidelijk beeld te hebben van de grenzen van de legitimiteit van de wetgever bij strafbaarstellingen. Een dergelijk beeld is noodzakelijk om de wetgever van goede argumenten te voorzien democratisch gelegitimeerde strafbaarstellingen van de hand te wijzen wanneer grondrechten van burgers geschonden dreigen te worden.

1.1. LEGITIMITEIT VAN DE WETGEVER

Strafwetgevingsactiviteiten dienen gelegitimeerd te worden aan de hand van straf- en strafrechttheorieën.⁹ De samenleving dient namelijk beschermd te worden tegen de waan van de dag, en de wetgever feiten niet strafbaar te stellen zonder afdoende rechtvaardiging.¹⁰ Zelfs bij democratisch mandaat zou de strafbaarstelling van het lezen van bepaalde religieuze boeken, seks tussen instemmende meerderjarigen, of veganisme, inmiddels ondenkbaar zijn. Dergelijke strafbaarstellingen zijn strijdig met het fundament van de rechtsstaat. Maar waarom?

¹ Buruma 2005, p. 30.

² Cleiren 2005, p. 117.

³ De Jong 2016, p. 35 – 36.;

⁴ Zie onder meer: Democracy at Risk: Threats and Attacks against media Freedom in Europa 2019; *Baka t. Hongarije*, EHRM 27 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0527JUD002026112; Mijatović 2019.

⁵ World Organization Against Torture 2019, p. 1.

⁶ Villamor 2018.

⁷ Withnall 2020.

⁸ Giesen 2020; Redactie Trouw 2018.

⁹ Cleiren 2012, p. 23.

¹⁰ Zie ook: Hamilton 1788.

Het is soms noodzakelijk om vrijheden van burgers in te perken voor het algemeen belang. Er dient dus een grens te worden bepaald wanneer de wetgever dit wel en niet dient te doen. De wetgever dient deze grens niet geheel zelf te bepalen, aangezien zij dan nog nauwelijks waarde heeft.¹¹ Deze scriptie onderzoekt wanneer de overheid – via de strafwet – legitiem vrijheden van de burger mag inperken, en wanneer niet.

1.2. AFBAKENING AAN DE HAND VAN DRIE RECHTSTHEORIEËN

Om te onderzoeken wanneer legitiem tot strafbaarstelling over kan worden gegaan wordt gekeken naar drie verschillende rechtstheorieën. Ik gebruik de rechtstheorieën als een soort trechter, door bij de basis van het strafrecht te beginnen, en mijn blik steeds te versmallen. Zo tracht ik verschillende elementen van elke rechtstheorie te combineren, om tot een steeds fijnmaziger denkschema te komen.

Het eerste inhoudelijke hoofdstuk – hoofdstuk twee – ziet op de verlichtingsgedachte. In dit hoofdstuk bekijk ik de legitimiteit van strafbaarstelling aan de hand van de contractfilosofie van Thomas Hobbes en Cesare Beccaria. De verlichtingsgedachte vormt het fundament voor het moderne strafrecht, en heeft nog steeds grote invloed.¹²

In het derde hoofdstuk wordt gekeken naar de criteria voor strafbaarstelling. Deze criteria zijn onder meer gebruikt tijdens de totstandkoming van het huidige Wetboek van Strafrecht.¹³ Sindsdien zijn zij veelvuldig gebruikt als legitimering voor strafwetgeving, en als hulpmiddel om strafwetgeving uit te leggen.¹⁴ Er wordt met dit hoofdstuk verder ingezoomd op de legitimiteit van de wetgever bij strafbaarstelling. Terwijl in hoofdstuk twee gekeken werd naar de fundamenten van het strafrecht, wordt in hoofdstuk drie gekeken naar de fundamenten van het wetboek.

Het vierde hoofdstuk bekijkt de rechtsgoederengedachte. Rechtsgoederen staan aan de basis van de titels van het Wetboek van Strafrecht, en zij worden in de praktijk gebruikt om wetsartikelen in context te plaatsen.¹⁵ Rechtsgoederen kunnen als een uitwerking van de criteria voor strafbaarstelling worden gezien, en dienen als laatste stap van de trechter.¹⁶

1.3. TOETSING AAN DE OPENBARE ORDE

Het belang van een rechtstheorie wordt pas goed inzichtelijk gemaakt wanneer zij toegepast wordt. Ik heb daarom gekozen om in elk hoofdstuk een paragraaf op te nemen waarin de ideeën die in dat hoofdstuk gepresenteerd zijn worden toegepast op enkele wetsartikelen uit het wetboek van strafrecht.¹⁷ Tijdens de toepassing wordt gekeken in hoeverre die artikelen legitiem zijn op basis van de uitgewerkte rechtstheorie. In deze scriptie wordt telkens getoetst aan de wetsartikelen die in titel V van boek II van het Wetboek van Strafrecht staan, de openbare orde titel.¹⁸ Deze titel is mijns inziens het meest divers. Daarnaast zijn de pijnpunten van de legitimiteit van de overheid – zo denk ik op voorhand – juist te vinden in deze titel. Deze titel ziet immers op talloze – ver uiteenlopende – gedragingen, die veelal niet direct schade doen aan een of meer tastbare personen.

1.4. DOELSTELLING

Deze scriptie beoogt een verdieping te geven op de bestaande theorieën door verschillende aspecten van de theorieën te combineren en zo tot een fijnmaziger denkschema te komen dan reeds bestaat. Voor zover van een onderzoeksvraag of doelstelling gesproken kan worden is dit dan ook het volgende.

Het opstellen van een steeds fijnmaziger denkschema voor de legitimering van strafbaarstellingen, door elementen te combineren van de theorie van het sociaal contract, de criteria voor strafbaarstelling, en de rechtsgoederengedachte.

¹¹ De bewakers bewaken zichzelf dan immers.

¹² Zie o.a. Groenhuijsen 2002, p. 23; Strijards 1986, p. 55 – 56.

¹³ Beraadslagingen in de Tweede Kamer 25 oktober 1880, Smidt 1891 eerste deel, p. 11; Cleiren 2012, p. 7-8.

¹⁴ Cleiren 2012, p. 9-10.

¹⁵ Van de Wetering, Eckhardt en Bakker 2018.

¹⁶ Van de Wetering, Eckhardt en Bakker 2018, p. 11.

¹⁷ In hoofdstuk vier wordt het rechtsgoed openbare orde eerst in het algemeen getoetst aan de opgestelde definitie, vervolgens worden de wetsartikelen van de openbare orde titel bekeken.

¹⁸ Hierna wordt deze titel ook wel aangeduid als 'titel V' of 'de openbare orde titel'.

De legitimiteit van een strafbaarstelling hangt op momenten samen met de praktische gevolgen van die strafbaarstelling. Het zwaarder bestraffen van het consumeren van crack dan het consumeren van poedercocaïne kan immers illegitiem zijn wanneer blijkt dat het consumeren van crack voornamelijk door mensen van een andere etnische achtergrond wordt gedaan dan het consumeren van poedercocaïne.¹⁹ Deze scriptie bekijkt, wanneer die van belang zijn, de praktische aspecten van de strafbaarstellingen in het licht van de behandelde theorie.²⁰

1.5. METHODE VAN ONDERZOEK EN OVERZICHT

De hoofdstukken zijn geschreven na uitgebreid literatuuronderzoek.

Hoofdstukken twee en drie zijn erg vergelijkbaar opgebouwd. Na een introductie tot de rechtstheorie – in hoofdstuk twee de theorie van het sociaal contract, en in hoofdstuk drie de criteria voor strafbaarstelling – wordt een denkschema opgesteld. Dit wordt gedaan door verschillende auteurs tegen elkaar af te zetten, en door eigen input. Door de ideeën van verschillende auteurs met elkaar te combineren wordt een steeds fijnmazigere verzie van de theorie ontwikkeld. Het denkschema dient vervolgens als hanteerbare versie van de theorie, aan de hand waarvan gekeken kan worden in hoeverre strafwetgeving legitiem is. Nadat het denkschema is opgesteld worden de wetsartikelen uit de openbare orde titel getoetst aan het schema, om vast te stellen in hoeverre de strafbaarstellingen in die titel gelegitimeerd kunnen worden op basis van die rechtstheorie.

Ook in hoofdstuk vier wordt eerst een introductie gegeven tot de rechtstheorie; de rechtsgoederengedachte. In die introductie wordt een definitie gegeven van te beschermen rechtsgoederen. Vervolgens wordt deze definitie gebruikt om te bepalen in hoeverre de openbare orde een te beschermen rechtsgoed is. Tot slot wordt in dit hoofdstuk gekeken in hoeverre de wetsartikelen in de openbare orde titel beogen het rechtsgoed 'de openbare orde' te beschermen.

In hoofdstuk vijf worden de verschillende denkschema's samengevoegd tot een enkel denkschema. Eerder geconstateerde problemen worden nogmaals bekeken vanuit dit definitieve denkschema.

¹⁹ Jones 1995. Onrechtvaardig aanvoelende verschillen bij de praktische uitwerking van strafbaarstellingen betekent niet altijd dat de strafbaarstelling onrechtvaardig is. De strafbaarstelling van diefstal raakt arme mensen immers meer dan rijken. Toch dient dit aspect wel onderzocht te worden, om sommige onrechtvaardige strafbaarstellingen in beeld te kunnen brengen.

²⁰ In deze scriptie wordt ook wel gesproken van de 'faciliterende' kant van een strafrechttheorie.

2. Het Sociaal Contract

Dit hoofdstuk onderzoekt het gedachtegoed van het sociaal contract. Het sociaal contract staat aan de basis van het Nederlandse strafrecht en heeft van oudsher het strafrechtelijke overheidsoptreden gelegitimeerd.²¹

In paragraaf 2.1 wordt een introductie gegeven tot de theorie van het sociaal contract. Daarbij wordt met name ingegaan op Thomas Hobbes en Cesare Beccaria. In paragraaf 2.2 wordt een denkschema opgesteld aan de hand van deze twee contractfilosofen. Dit denkschema richt zich op de legitimiteit van de wetgever bij strafbaarstellingen. In paragraaf 2.3 worden de wetsartikelen uit titel V getoetst, om zo te zien in hoeverre zij gelegitimeerd zijn vanuit het sociaal contract.

2.1. INTRODUCTIE TOT HET SOCIAAL CONTRACT

*"Het concept van de staat die is gefundeerd op het sociaal contract brengt mee dat die staat onder voorwaarden de vrijheid van burgers mag inperken met het oog op de veiligheid van allen."*²²

Het gedachtegoed van het sociaal contract stamt uit de verlichtingsperiode.²³ In deze periode begonnen filosofen mensen steeds meer te beschouwen als autonome wezens met vrije wil, die een eigen plaats innamen naast engelen en hemellichamen.²⁴ Vanuit die gedachte werd de idee dat de koning zijn mandaat van God had verkregen, als een soort uitverkorene, verworpen.²⁵ De wens sommige vrije, rationele mensen – *homines economici* – te straffen bleef echter bestaan.²⁶ Aangezien vrije mensen niet zonder goede reden in het cachot gestopt konden worden, en geen zweepslagen gegeven mogen worden, werd de theorie van het sociaal contract ontwikkeld.²⁷

2.1.1. BEPERKING BEHANDELDE FILOSOFEN

Het sociaal contract is een filosofisch concept wat door honderden filosofen op verschillende manieren wordt ingevuld. Helaas is het onmogelijk om in deze scriptie al die filosofen apart te behandelen. Ik kies daarom voor twee filosofen die op andere momenten, en andere manieren, invulling hebben gegeven aan het sociaal contract. Eerst behandel ik Hobbes, de eerste moderne contractfilosoof. Vervolgens bespreek ik Beccaria, de eerste – en misschien wel enige – filosoof en jurist die het sociaal contract specifiek toepast op het strafrecht.²⁸ Ik sla daarmee een paar van de belangrijkste contractfilosofen – zoals Locke, Rousseau, Kant en Rawls – over.²⁹

2.1.2. OVERZICHT VAN CONTRACTFILOSOFIE IN HET ALGEMEEN

Hoewel grote verschillen bestaan tussen de verschillende contractfilosofen, noem ik hier enkele belangrijke overeenkomsten die nuttig lijken om bij voorbaat te benoemen. De eerste, en belangrijkste, is hierboven al genoemd. Het overgrote merendeel van contractfilosofen gaat uit van de rationele mens met een vrije wil.³⁰ Daarnaast beschrijven alle contractfilosofen hoe de wereld eruit zou zien zonder overheid.³¹ Deze natuurtoestand is bij geen enkele filosoof prettig, maar hoe vreselijk de natuurtoestand is verschilt per filosoof.³² De legitimatie van overheidsoptreden wordt vervolgens gefundeerd op het feit dat de burger uit de natuurtoestand wil komen, en daarvoor een deel van zijn vrijheid inlevert aan de staat, om zo bescherming jegens anderen te krijgen.³³ Wanneer de burger zich vervolgens niet aan de afspraken van de staat houdt, en dus in feite een deel van

²¹ Zie onder meer: Rutgers 1992, p. 232 – 235; Amelung 1972, p. 20; Lohberger 1968, p. 68 – 69.

²² Cleiren 2009, p. 112.

²³ Al wordt ook Hugo de Groot aangeduid als de grondlegger van de contracttheorie. Zie Schweigman 1929, p. 142 en Scheltens, p. 45 e.v.

²⁴ Taylor 1998, p. 16

²⁵ Ten Voorde 2009, p. 342 e.v.

²⁶ Deze term is afkomstig van na de verlichting en wordt voor het eerst gebruikt door John Stuart Mill. Mill 1836. Zie ook: Groenhuijsen 2002, p. 43. Inmiddels lijkt de idee van een *homo economicus* achterhaald. Zie: Kahneman 2011.

²⁷ Zie bijvoorbeeld: Marat 1780 en Pastoret 1790.

²⁸ Ten Voorde 2012, p. 94

²⁹ Ik kan u aanraden verder over hen te lezen. Kant 1793, p. 61 e.v. Rousseau 1762; Locke 1689; Rawls 1971.

³⁰ Scheltens 1973, p. 319 e.v.

³¹ Scheltens 1973, p. 319.

³² Rousseau vormt een mogelijke uitzondering; Rousseau 1762.

³³ Scheltens 1973, p. 319.

zijn vrijheid terugneemt, is de staat gelegitimeerd om te straffen omdat de burger contractbreuk heeft begaan.

Deze scriptie onderzoekt de voorwaarden waar de staat aan moet voldoen om gelegitimeerd wetten uit te vaardigen. Om dit te doen wordt eerst een algemeen overzicht gegeven van de contractfilosofie van Hobbes en Beccaria. Daarbij wordt met name aandacht besteed aan de grenzen die zij stellen aan wat de staat mag doen. Dat is immers van belang voor het opstellen van het onderzoekskader van paragraaf 2.2. Dit betekent dat ik zögezegd 'met zevenmijlslaarzen' door de filosofie van Hobbes en Beccaria heen snel. Belangrijke twistpunten en interessante uitweidingen die niet voor het denkschema van belang zijn, worden niet behandeld. Voor de geïnteresseerden wordt op verschillende plaatsen wel verwezen naar andere auteurs die deze punten wel behandelen.

2.1.3. HOBBS

Thomas Hobbes' voornaamste werk is *Leviathan* uit 1651. In deze paragraaf behandel ik achtereenvolgens de natuurtoestand die Hobbes schetst, de rechten die mensen volgens hem hebben, en het sociaal contract dat volgens hem wordt aangegaan.

2.1.3.1. De Natuurtoestand

*"The dissolute condition of masterlesse men without subjection to Lawes, and a coercive Power to tye their hands from rapine, and revenge"*³⁴

Hobbes overweegt hoe de wereld eruit zou zien zonder overheid. Waarschijnlijk geïnspireerd door de Engelse burgeroorlog die woedde tijdens het schrijven van *Leviathan*, beschrijft hij dit als een oorlogssituatie.³⁵ Hij gaat ervan uit dat elk individu voor zichzelf bepaalt wat zij nodig heeft, wat haar toekomt, en wat respectvol, rechtvaardig, vroom en verstandig is.³⁶ Ieder persoon zal, zonder overheid om geschillen op te lossen, ook handelen naar deze ideeën.³⁷ Aangezien die ideeën zelden bij iedereen hetzelfde zijn, leidt dit tot een 'oorlog van allen tegen allen'.³⁸ Die oorlog maakt elke vorm van industrie, cultuur of gemeenschappelijke werken onmogelijk.³⁹ Het leven zonder overheid is, al met al, "solitary, poore, nasty, brutish and short".⁴⁰

Hobbes ondersteunt deze theorie met drie argumenten.⁴¹ (i) Alle overheden zouden zich jegens elkaar in een dergelijke natuurtoestand bevinden.⁴² (ii) Verschillende in 1651 geciviliseerde volkeren zouden zich daarvoor in zo'n natuurtoestand hebben bevonden.⁴³ Nog niet geciviliseerde volkeren bevonden zich volgens hem immers nog steeds in deze toestand. (iii) Hobbes stelt dat deze natuurtoestand herkend zal worden door eenieder die een burgeroorlog heeft meegemaakt.⁴⁴

2.1.3.2. Rechten van de mens

Hobbes gaat uit van de *homo economicus*. Deze rationele wezens herkennen dat vrede goed is, en doen er dus alles aan om de hierboven beschreven natuurtoestand te voorkomen. Zij kiezen er daarom voor een deel van de rechten die hen uit de natuur toekomen (natuurrechten) af te staan aan een soeverein, om zo tot een vredessituatie te komen.⁴⁵

Hobbes stelt dat elk mens van nature een recht tot zelfbehoud heeft.⁴⁶ In de natuurtoestand zijn er geen grenzen aan dit recht, wat betekent dat iemand zich ook moet kunnen verdedigen tegen aanvallen die pas op een later moment – bijvoorbeeld wanneer hij slaapt – zouden materialiseren.⁴⁷

³⁴ Hobbes 1968, p. 238.

³⁵ Hobbes 1968, p. 183 e.v. en 236 e.v. Zie ook Witteveen 2003.

³⁶ Hobbes 1968, p. 183 e.v.

³⁷ Hobbes 1968, p. 183 e.v.

³⁸ Hobbes 1968, p. 162.

³⁹ Hobbes 1968, p. 186.

⁴⁰ Hobbes 1968, p. 185 e.v.

⁴¹ Hobbes 1968, p. 185 – 186.

⁴² Hobbes 1968, p. 186 – 187.

⁴³ Hobbes 1968, p. 187.

⁴⁴ Hobbes 1968, p. 187 – 188.

⁴⁵ Hobbes 1968, p. 189 e.v.

⁴⁶ Hobbes 1968, p. 189.

⁴⁷ Hobbes 1968, p. 189 e.v.

Aangezien eenieder voor zichzelf moet bepalen hoe hij zich het beste kan verdedigen, heeft iedereen een 'recht op alle dingen', zelfs andermans lichaam.⁴⁸

Een deel van dit 'recht op alles' wordt aan de soeverein afgedragen.⁴⁹ Alleen een machtige soeverein kan de mens beschermen tegen de 'oorlog van allen tegen allen', en daarvoor heeft hij de macht nodig om al het noodzakelijke te doen.⁵⁰ Dit vereist volgens Hobbes absolute macht. Hij verzet zich dan ook tegen het delen van de soevereine macht, zoals in een *Trias Politica*.⁵¹

2.1.3.3. Het sociaal contract

Het afdragen van deze rechten aan de soeverein is de basis voor het sociaal contract. De term 'contract' is binnen de contractfilosofie van Hobbes enigszins verwarrend. In de leer van Hobbes verbindt de soeverein zich namelijk niet jegens haar burgers.⁵² Zij accepteert enkel de ingeleverde vrijheden van de burgers, en de macht die daaruit voortvloeit.⁵³ Wanneer de soeverein vervolgens uit zelfinteresse handelt, versterkt zij haar eigen positie. Aangezien een sterke positie van de soeverein volgens Hobbes noodzakelijk is om een 'oorlog van allen tegen allen' te voorkomen, is dit uiteindelijk ook in het belang van de burgers.⁵⁴

Aangezien de soeverein geen contract sluit, kan zij deze ook niet breken. Dit betekent dat de legitimiteit van de soeverein slechts verloren gaat wanneer zij haar burgers niet meer kan beschermen tegen de natuurtoestand, bijvoorbeeld doordat zij een oorlog aan het verliezen is.⁵⁵

Deze gedachte lijkt enigszins problematisch. Aangezien het onduidelijk is wie bepaalt of de soeverein nog in staat is haar burgers te beschermen, zou eenieder voor zichzelf kunnen besluiten dat de soeverein niet meer gelegitimeerd is.⁵⁶ Dit kritiekpunt snijdt echter geen hout. Indien iemand voor zichzelf besluit dat de soeverein niet langer gelegitimeerd is, maakt dit voor de soeverein weinig uit: of zij iemand mag straffen omdat zij het sociaal contract heeft gebroken, of omdat zij zich in de natuurtoestand bevindt en er daarom in feite geen regels zijn, maakt immers niet uit.

Doordat de macht van de soeverein nagenoeg eindeloos is, en zij het sociaal contract niet kan breken, kan zij elke mogelijke wet uitvaardigen. Hobbes stelt daarom dat: "*No Law can be Unjust*".⁵⁷ Deze uitspraak wordt in de literatuur verschillend ingevuld. Austin stelt dat geen wet op zichzelf gezien onrechtvaardig kan zijn, maar dat een wet wel moreel onrechtvaardig kan zijn als zij in strijd is met de natuurwetten. Specifiek wanneer zij in strijd is met het utiliteitsbeginsel.⁵⁸ Janse stelt daarentegen dat Hobbes' wetten überhaupt niet aan de lat van rechtvaardigheid gemeten kunnen worden, omdat rechtvaardigheid volgens Hobbes het nakomen van gemaakt afspraken inhoudt.⁵⁹

2.1.3.4. Conclusie Hobbes

Hobbes' contracttheorie kan als volgt worden samengevat. Zonder soeverein is de wereld zo vreselijk dat een soeverein er alles aan mag en moet doen om die natuurtoestand te voorkomen. Elke handeling – inclusief elke strafbaarstelling – door de soeverein is daarom rechtvaardig en geoorloofd zolang zij haar burgers voor de natuurtoestand behoedt.

2.1.4. BECCARIA

In 1764 schreef Cesare Beccaria het boek *Dei delitti e delle pene (Over misdaden en straffen)*. Beccaria wordt gezien als de enige contractfilosoof die zijn theorie specifiek toepast op het strafrecht.⁶⁰ Zijn ideeën zijn nog altijd relevant.⁶¹ In deze paragraaf wordt eerst de achtergrond van

⁴⁸ Hobbes 1968, p. 190.

⁴⁹ Hobbes 1968, p. 190.

⁵⁰ Hobbes 1968, p. 225 e.v.

⁵¹ Hobbes 1968, p. 237 e.v.

⁵² Janse 2002, p. 58 e.v.

⁵³ Janse 2002, p. 58 e.v. Eventueel zou men kunnen zeggen dat burgers met elkaar een contract sluiten om de macht aan de soeverein te geven.

⁵⁴ Zelfs wanneer de soeverein meedogenloze belastingwetten opstelt is dit dus uiteindelijk in het belang van de burger.

⁵⁵ Janse 2002, p. 58 e.v.

⁵⁶ Janse 2002, p. 71 e.v.

⁵⁷ Hobbes 1968, p. 239; Austin 1832, p. 217.

⁵⁸ Austin 1832, noot.

⁵⁹ Janse 2002, p. 71.

⁶⁰ Ten Voorde 2012, p. 94.

⁶¹ Ten Voorde 2009, p. 342 e.v.

Beccaria's sociaal contract geschetst. Vervolgens worden de conclusies die hij hieraan verbindt over rechtvaardige wetten uitgewerkt aan de hand van enkele principes.

2.1.4.1. Achtergrond contracttheorie

*"Wetten zijn de voorwaarden op grond waarvan onafhankelijke en in afzondering levende mensen zich in een maatschappij verenigden, die er genoeg van hadden in een voortdurende staat van oorlog te leven en slechts te kunnen genieten van een vrijheid die nutteloos is door de onzekerheid haar te behouden."*⁶²

Zonder soeverein leeft men volgens Beccaria in een staat van chaos en oorlog.⁶³ De soeverein dient deze situatie te voorkomen, en garant te staan voor de veiligheid van haar burgers.⁶⁴ Om die veiligheid te garanderen dient zij in staat te zijn burgers te straffen wanneer zij misdaden plegen. Het recht om te straffen ontstaat uit een contract tussen burger en soeverein, waarin de burger slechts een zo klein mogelijke hoeveelheid vrijheid afstaat aan de soeverein, net genoeg om anderen in de samenleving te overtuigen hetzelfde te doen.⁶⁵

*"Het totaal van de kleinst mogelijke deeltjes vormt het recht om te straffen; alles wat daar boven gaat is misbruik en geen recht"*⁶⁶

De soeverein wordt dus beperkt in haar mogelijkheid te straffen doordat zij slechts de kleinst mogelijke inbreuk op het leven van haar burgers mag maken.⁶⁷ Oftewel: elke machtshandeling – waaronder elke straf – die niet absoluut noodzakelijk is, is tiranniek.⁶⁸

Beccaria besteedt het merendeel van zijn boek aan het uitwerken van de beginselen waaraan de soeverein zich dient te houden om niet als tiranniek, maar als rechtvaardig beschouwd te kunnen worden. Het hoofddoel van wetgeving is daarbij als volgt.

*"Het grootst mogelijke geluk laten delen door het grootst mogelijk aantal mensen."*⁶⁹

Dit geluk komt volgens Beccaria niet enkel door de afwezigheid van misdaden, maar ook door de afwezigheid van ongeoorloofd overheidsoptreden: *"er moet dus een evenredigheid zijn tussen misdaden en straffen."*⁷⁰

2.1.4.2. Beginselen van Beccaria

In deze paragraaf wordt verder ingegaan op de beginselen die volgens Beccaria noodzakelijk zijn voor gerechtvaardigd, en dus gelegitimeerd, overheidsoptreden. De beginselen van Beccaria zijn op verschillende manieren op te delen.⁷¹ Ik behandel slechts die principes van Beccaria die van belang zijn voor de legaliteit van strafbaarstellingen. Zwaarwegende andere principes – zoals het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel – worden in dit hoofdstuk niet behandeld, zij komen terug in het volgende hoofdstuk.⁷² De behandelde principes zijn in twee groepen opgedeeld.

⁶² Beccaria 2016, p. 59 – 60.

⁶³ Beccaria 2016, p. 59; 62.

⁶⁴ Beccaria 2016, p. 61.

⁶⁵ Beccaria 2016, p. 62.

⁶⁶ Beccaria 2016, p. 62.

⁶⁷ Met deze redenering verzet Beccaria zich ook tegen de doodstraf: *"Hoe kan het kleinst mogelijke offer van de vrijheid van iedereen ooit omvatten wat belangrijker is dan alles wat men heeft: het leven?"* Beccaria 2016, p. 110. Deze redenering is niet zonder kritiek gebleven, zie daarvoor o.a. Michiels 1971, p. 372; Kant 1797 en Hegel 1820.

⁶⁸ Beccaria 2016, p. 60; Deze twee beperkingen verschillen in zoverre aan elkaar dat de een de macht die de soeverein heeft beperkt, en de ander de manier waarop deze macht uitgeoefend dient te worden. In deze scriptie wordt verder niet meer ingegaan op het verschil.

⁶⁹ Beccaria 2016, p. 58.

⁷⁰ Beccaria 2016, p. 68. Zie ook: Ten Voorde 2009, p. 345. Hoe deze evenredigheid het beste verkregen kan worden is nog altijd een actueel thema. Zie o.a. Foqué & 't Hart 1990 en Groenhuijsen 2008.

⁷¹ Zo onderscheidt Verhofstadt negen principes: het legaliteitsprincipe, gelijkheidsprincipe, proportionaliteitsprincipe, subsidiariteitsprincipe, abolitionistisch principe, rationaliteitsprincipe, personaliteitsprincipe, laïciseringsprincipe en het publiciteitsprincipe. Verhofstadt 2014.

⁷² Beccaria paste deze beginselen – over het algemeen gesproken – toe op het hele strafrecht, in plaats van individuele strafbaarstellingen. Vanwege het verschil tussen bijvoorbeeld de proportionaliteit van straffen, en de proportionaliteit van een strafbepaling, worden zij in dit hoofdstuk niet verder uitgediept.

2.1.4.2.1. Een gelijke, niet willekeurige behandeling

"Een verplichting die begint bij de troon en afdaalt naar de nederigste hut in het land."⁷³

Iedereen heeft hetzelfde contract getekend en dit brengt voor iedereen eenzelfde verplichting met zich mee.⁷⁴ De soeverein dient iedereen dan ook op dezelfde manier te behandelen.⁷⁵ Beccaria verzet zich met dit principe tegen klassenjustitie, maar verzet zich met het *legaliteitsbeginsel* ook tegen verschillende behandelingen op verschillende dagen van de week: het recht dient voor iedereen, altijd, hetzelfde te zijn. Daarnaast dienen mensen te weten wat strafbaar is, zodat zij hun gedrag daarop kunnen aanpassen. Dat is onmogelijk wanneer op dinsdag iets strafbaar is wat op maandag en woensdag mag. Wetten dienen daarom helder, voor iedereen kenbaar, en van een algemene strekking te zijn.⁷⁶ Om willekeur in het strafrecht verder tegen te gaan dient de rechter enkel vast te stellen of het feit waar is, en niet in te gaan op de betekenis van het recht.⁷⁷ Dit leidde in Beccaria's tijd namelijk veelvuldig tot amnestie voor rijken, en zware straffen voor armen. Strafbare stellingen dienen dus niet-discriminatoire te zijn en voor iedereen duidelijk kenbaar.

2.1.4.2.2. Het laïciseringsprincipe en het rationaliteitsprincipe

Deze twee principes zien niet zozeer op strafbare stellingen in het algemeen, maar op enkele specifieke strafbare stellingen. Met deze principes keert Beccaria zich tegen enkele strafbare stellingen die door de Katholieke Kerk tot stand zijn gekomen, zoals homoseksualiteit, overspel, zelfmoord, hekserij en ketterij.⁷⁸ Dit zijn grotendeels 'moeilijk te bewijzen misdaden', en zij nodigen dan ook uit tot het toelaten van 'quasi-bewijzen'.⁷⁹ Beccaria verzet zich dan ook tegen deze strafbare stellingen. Over de strafbare stelling van homoseksualiteit, overspel, zelfmoord en kindermoord zegt hij vervolgens dat de wet deze zaken niet strafbaar dient te stellen omdat zij onuitroeibaar zijn, en zij dus niet voorkomen zullen worden door strafbare stelling.⁸⁰ De strafbare stelling van hekserij en ketterij zijn volgens hem irrationeel, omdat het waarschijnlijker is dat de getuigen liegen, dan dat het gebeurd is.⁸¹

Beccaria keerde zich ook tegen andere overlap tussen het goddelijk en menselijk recht.⁸² Het maatschappelijk recht en het goddelijk recht dienen volgens Beccaria niet door elkaar gehaald te worden, dan kan men niet meer goed discussiëren over publieke zaken. Porret en Verhofstadt leiden hieruit af dat Beccaria de strafbare stellingen van blasfemie en heiligschennis verwerpt.⁸³ Beccaria's kritiek op irrationele strafbare stellingen is begrijpelijk. Dit criterium is echter lastig te operationaliseren: wie bepaalt wat rationeel is? Zijn kritiek op de overlap van kerkelijk en menselijk recht is niet onomstreden: godslastering was in Nederland tot maart 2014 strafbaar.⁸⁴ Toch is dit mijns inziens wel begrijpelijk vanuit zijn contractfilosofie: het recht om te straffen komt voort uit de verhouding tussen mensen onder elkaar, en tussen mens en de samenleving, niet uit de verhouding van mens en God.

⁷³ Beccaria 2016, p. 63.

⁷⁴ Het gelijkheidsbeginsel vloeit voor Beccaria dus onder meer voort uit het sociaal contract. Het gelijkheidsbeginsel kan ook als kernwaarde van de Verlichting genoemd worden, los van het contract. Zie ook Boersema 1998, p. 289 e.v.

⁷⁵ Verhofstadt noemt dit ook wel het *Gelijkheidsprincipe*. Verhofstadt 2014.

⁷⁶ Beccaria 2016, p. 62-63. Stolwijk geeft in zijn noot bij dit stuk aan dat het begrip 'legaliteit' pas in de negentiende eeuw is gaan samenlopen met 'codificatie', Beccaria noemt dit dan ook niet. De kenbaarheid van wetten en straffen komt ook terug in het *publiciteitsprincipe*; Beccaria 2016, p. 84. Zie ook Van Lent 2008, p. 19. Montesquieu zou eventueel hebben toegevoegd dat ook het systeem der wetten eenvoudig dient te zijn, Montesquieu 2006, p. 124 – 125.

⁷⁷ Beccaria 2016, p. 63-64. Zie ook Montesquieu 2006, p. 125 – 127. Dit punt lijkt inmiddels achterhaald. Hoewel het nog steeds niet de bedoeling is dat de rechter eigen regels gaat opstellen, lijkt het inmiddels duidelijk dat dusdanig veel verschillende situaties bestaan waarvoor regelgeving noodzakelijk zou zijn, dat enige mate van interpretatie door de rechter niet uit te sluiten valt. Zie voor een uitgebreidere behandeling van deze discussie: Groenewegen 2006; Kortmann 2008; Boogaard & Uzman 2015; Buruma 2016.

⁷⁸ Beccaria 2016, p. 121 – 128.

⁷⁹ Beccaria 2016, p. 122.

⁸⁰ Beccaria 2016, p. 124, 128. Een andere reden om zelfmoord niet strafbaar te stellen is omdat dit de onschuldige familie van de zelfmoordenaar raakt, vanwege de confiscatie van zijn eigendommen.

⁸¹ Beccaria 2016, p. 81.

⁸² Beccaria 2016, p. 56. Zie ook zijn kritiek op het godsoordeel (p. 88), en het kerkelijk asielrecht (p. 132).

⁸³ Verhofstadt noemt dit het *laïciseringsprincipe*. Verhofstadt, p. 8 – 9; Porret 1997, p. 110 – 111.

⁸⁴ *Stb.* 2014,39.

2.1.4.3. Conclusie Beccaria

Beccaria gaat uit van een volwaardig contract tussen burger en soeverein. De burger kan eisen stellen aan het contract, en zo worden zoveel mogelijk misdaden voorkomen, zonder dat het kwaad van de straffen zwaarder gaat wegen dan het kwaad van de misdaden. Iedereen dient gelijk behandeld te worden en burgers dienen de wet te kunnen kennen. Tevens dient kerkelijk recht geen invloed uit te oefenen op het maatschappelijk recht.

2.1.5. CONCLUSIE INTRODUCTIE TOT HET SOCIAAL CONTRACT

In deze paragraaf is een introductie gegeven tot het sociaal contract, door twee belangrijke filosofen, Thomas Hobbes en Cesare Beccaria, uitgebreid te behandelen. In de volgende paragraaf worden beide filosofen met elkaar vergeleken, en worden hun principes geoperationaliseerd. Uiteindelijk leidt dit tot een denkschema van waaruit de legitimiteit van wetsartikelen bekeken kan worden. Dit denkschema zal in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk worden gebruikt als toets voor de legitimiteit van de openbare orde titel.

2.2. DENKSHEMA

In deze paragraaf wordt een denkschema ontwikkeld van waaruit de legitimiteit van de wetsartikelen in de openbare orde titel getoetst kan worden.

2.2.1. EERSTE STAP: BESCHERMEN VAN BURGERS

De twee wijzgeren die in de vorige paragraaf aan bod zijn gekomen verschillen op enkele fundamentele punten van elkaar. Beiden zien de legitimiteit van de soeverein in haar mogelijkheid om haar burgers te beschermen. Hobbes is echter van mening dat de soeverein daarvoor een bijna ongelimiteerde hoeveelheid macht nodig heeft, terwijl Beccaria ervan uitgaat dat de burger slechts de minimale hoeveelheid vrijheid wil afstaan die nodig is om de rest van de samenleving te bewegen dat ook te doen. Dit fundamentele verschil leidt ertoe dat Beccaria eisen kan stellen aan het optreden van de soeverein, terwijl de soeverein volgens Hobbes niet illegitiem kan optreden.

Ik zie twee belangrijke redenen om voor Beccaria's wereldbeeld te kiezen. (i) Het is duidelijk dat de soeverein geen ongelimiteerde macht nodig heeft om een staat van oorlog te voorkomen. Moderne democratieën hebben een *trias politica* en andere belemmeringen voor de overheid, maar hebben toch voor de meest vredige periode in de geschiedenis gezorgd.⁸⁵ (ii) Het is aannemelijk dat burgers eisen kunnen stellen aan de soeverein, omdat de 'onderhandelingspositie' van de burgers sterker is dan die van de soeverein. De soeverein hoeft niet de sterkste of de slimste te zijn, maar behoeft enkel de steun van haar burgers. Het is dus aannemelijk dat de potentiële soeverein wederdiensten zal aanbieden – eisen zal inwilligen – in ruil voor die steun.

Concluderend heeft dit de volgende gevolgen voor het denkschema: de soeverein dient in staat te zijn haar burgers te beschermen, maar deze eis is niet afdoende om van legitiem overheidsoptreden te spreken. De andere beginselen van Beccaria dienen dus ook aan bod te komen.

2.2.2. TWEEDE STAP: EEN GELIJKE, NIET WILLEKEURIGE, BEHANDELING

Beccaria verzet zich tegen willekeurige en ongelijke behandelingen. Om dergelijke behandelingen te voorkomen is het noodzakelijk dat de wet niet-discriminatoire en niet willekeurig is, en dat iedereen de wet kan kennen.⁸⁶

2.2.3. DERDE STAP: LAÏCISERINGSPRINCIPE

Beccaria verzet zich tegen de vermenging van kerkelijk recht en maatschappelijk recht (*laïciseringsprincipe*). De kerkelijke invloed in de strafwet dient dus te worden nagegaan. Beccaria verzet zich ook tegen wetgeving gebaseerd op irrationele angsten of gewoonten. Dit principe wordt echter – vanwege de beperkte operationaliseerbaarheid – niet in dit denkschema opgenomen.

⁸⁵ Zie 2.2.3.2 over Hobbes' verzet tegen onder andere de *trias politica*. Zie Rosling, Rönnlund & Rosling 2018, hoofdstuk 2.

⁸⁶ Voor de inhoudelijke betekenis van deze begrippen verwijs ik de lezer terug naar paragraaf 2.2.4.2. Beccaria zou in deze stap waarschijnlijk ook de mate waarin de rechter de strafwet kan toetsen meenemen. Zoals in 2.2.4.2.1 reeds is uiteengezet, acht ik die toets niet meer geheel van deze tijd.

2.2.4. CONCLUSIE DENKSCHEMA

Aan de hand van deze drie stappen worden in de volgende paragraaf de artikelen uit de openbare orde titel getoetst aan de sociaal contracttheorie.

2.3. TOETSING VAN DE OPENBARE ORDE AAN HET DENKSCHEMA

In deze paragraaf worden strafbaarstellingen binnen de openbare orde titel bekeken vanuit het denkschema van paragraaf 2.2. Verschillende wetsartikelen worden uitgelicht om vervolgens behandeld te worden.

2.3.1. KAN DE SOEVEREIN HAAR BURGERS BESCHERMEN TEGEN DE NATUURTOESTAND?

De Nederlandse overheid beschermt haar burgers tegen de natuurtoestand. Nederland is niet in een oorlog, laat staan een 'oorlog van allen tegen allen' verwikkelt. De Nederlandse overheid is dus in principe legitiem.⁸⁷

2.3.2. ZIJN DE WETSARTIKELEN VOOR IEDEREEN GELIJK EN VOOR IEDEREEN KENBAAR?

Deze vraag betreft het *publiciteitsprincipe*, het *gelijkheidsprincipe*, en het verbod op willekeur. Deze drie onderdelen worden apart behandeld.

Het *publiciteitsprincipe* is in artikel 121 van de Nederlandse Grondwet verankerd. De meeste – bij wet bepaalde – uitzonderingen zijn in het voordeel van de verdachte.⁸⁸ Er zijn geen aparte uitzonderingen op dit principe in de openbare orde titel opgenomen. In het volgende hoofdstuk wordt dieper ingegaan op de kenbaarheidseisen van wetgeving.

Het *gelijkheidsprincipe* is in artikel 1 van de Nederlandse Grondwet verankerd. In de openbare orde titel zijn strafbepalingen opgenomen om een ongelijke behandeling te voorkomen. In deze strafbepalingen wordt discrimineren op basis van enkele, onveranderlijke karakteristieken strafbaar gesteld.⁸⁹ Het is goed dat de wetgever enkele karakteristieken heeft aangewezen, er dient immers op basis van – sommige – andere karakteristieken wel verschil gemaakt te kunnen worden tussen mensen.⁹⁰ De keuze voor "*hetero- of homoseksuele gerichtheid*" is daarentegen ondoordacht. Er zijn immers nog andere seksuele gerichtheden, die evengoed bescherming verdienen.⁹¹ In de praktijk maakt deze terminologie weinig verschil. Het Landelijk Expertisecentrum Discriminatie van het Openbaar Ministerie ziet bisexualiteit als "*een combinatie van homo- en heteroseksualiteit*", waardoor dit alsnog beschermd wordt.⁹² Er lijkt geen goede (moderne) reden voor deze bewoording te bestaan, een simpele wetswijziging naar "*seksuele gerichtheid*" zou immers voldoen. Zeker in het licht van de eeuwenoude traditie van het negeren en verzwijgen van bisexualiteit lijkt dit tegen de gelijkheidsgedachte in te gaan.⁹³

Het verbod op willekeur wordt – wat betreft de Nederlandse strafbaarstellingen – goed gehonoreerd. Hoewel altijd kanttekeningen gemaakt kunnen worden op de handhaving van dit verbod, bestaan mijns inziens geen aanleidingen om dat bij de strafbaarstellingen in deze titel te doen. Vanwege de vergaande codificatie in het Nederlandse strafrecht is een willekeur zoals Beccaria die kende immers niet aan de orde, tevens is het willekeursverbod in het Nederlandse recht verankerd.⁹⁴

⁸⁷ Zoals reeds hiervoor uiteen is gezet, is dit afdoende voor Hobbes, maar zijn de andere principes belangrijk voor de legitimiteit van een Beccariaanse soeverein.

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld art. 495b Sv. Ook de uitspraak geschiedt – behoudens de "*gegroeide praktijk personalia te anonimiseren en uitspraken verkort voor te lezen*" in het openbaar. HR 2 juli 2002, NJ 2003, ECLI:NL:HR:2002:AE4767. Het *publiciteitsprincipe* is recentelijk weer onder de aandacht gekomen in het Marengo proces, onder andere omdat de nieuwe advocaten van kroongetuige Nabil B. anoniem blijven. Zie ook Van Lent 2008, p. 19 e.v.

⁸⁹ Zie art. 137c, 137d, 137e en 137f Sr.

⁹⁰ Zo lijkt het goed dat voor een dokterspositie verschil gemaakt kan worden tussen mensen die medicijnen hebben gestudeerd, en anderen.

⁹¹ Denk bijvoorbeeld aan biseksuelen of aseksuelen. Zie uitgebreider LHBT- monitor 2018, p. 12 – 13.

⁹² LECD rapport 2015, p. 44. Overigens is het mijns inziens onzeker of deze definitie recht doet aan biseksuelen, en het is nog maar de vraag of deze aanpak ook voor andere groepen, zoals aseksuelen, toepasbaar is.

⁹³ Zie bijvoorbeeld Rodríguez 2016 en <https://www.glaad.org/bisexual/bierasure>.

⁹⁴ Zie onder meer Cleiren 1989, p. 285.

2.3.3. LAÏCISERINGSPRINCIPE

De geloofsbelijdenis wordt op verschillende punten in de openbare orde titel beschermd.⁹⁵ Deze wetsartikelen beschermen echter de gelovigen, niet het geloof zelf.⁹⁶ Zij zien in zoverre op het verdraagzaam samenleven van verschillende mensen, en komen daarmee niet voort uit kerkelijke, maar uit maatschappelijke normen. Zij zijn in zoverre dus niet in strijd met het verbod op overlap tussen kerkelijke en maatschappelijke wetten van Beccaria. Dit is mijns inziens anders voor de strafbaarstelling van godslastering, maar aangezien dit wetsartikel in maart 2014 is vervallen, zal ik het verder onbesproken laten.⁹⁷

2.3.4. CONCLUSIE TOETSING DENKSCHEMA

Beccaria kan zijn invloed terugzien in het huidige strafrecht, en in deze titel. Het overgrote merendeel van de bekeken wetsartikelen doorstaan de verschillende stappen uit het denkschema. Enkel bij de wetsartikelen over belediging en discriminatie, wordt een – ongeoorloofd – onderscheid gemaakt tussen verschillende vormen van seksuele gerichtheid, waardoor het *gelijkheidsprincipe* in gedrang komt. Hoewel dit onderscheid in de praktijk niet – of nauwelijks – gemaakt wordt, verdient het toch Beccaria's afkeuring.

2.4. CONCLUSIE

Dit hoofdstuk heeft het sociaal contract bestudeerd. Op basis van de contractfilosofie van Hobbes en Beccaria is een denkschema opgesteld van waaruit de legitimiteit van strafbaarstellingen getoetst kan worden. De Nederlandse wetgever heeft deze toets – bij toetsing van de openbare orde titel – over het algemeen goed doorstaan. Daarmee is de eerste stap van de trechter die in de inleiding is genoemd gezet.

⁹⁵ Zie art. 137c, 137d, 137e Sr waarin de discriminatie van gelovigen strafbaar is gesteld. Zie ook art. 145 en 146 Sr waarin het verhinderen van een 'geoorloofde openbare samenkomst tot het belijden van godsdienst' strafbaar is gesteld.

⁹⁶ Zie ook Ten Voorde 2019; tevens: Van Noorloos 2014, p. 12 – 15.

⁹⁷ Zie art. 147 en 147a Sr. *Stb.* 2014, 39.

3. De Criteria voor Strafbaarstelling

Dit hoofdstuk bestudeert de criteria voor strafbaarstelling. De criteria voor strafbaarstelling zijn een verzamelnaam voor verschillende criteria die de afgelopen eeuw door strafjuristen zijn gebruikt om te bepalen in hoeverre gedrag strafbaar gesteld mag worden. In dit hoofdstuk wordt voornamelijk ingegaan op de criteria zoals deze zijn uitgewerkt door Hulsman en De Roos. In de tweede paragraaf worden deze criteria samengevoegd tot een enkel denkschema van waaruit de legitimiteit van de wetgever bij strafbaarstellingen beoordeeld kan worden. In de derde paragraaf wordt dit denkschema toegepast op de openbare orde.

3.1. INTRODUCTIE TOT DE CRITERIA VOOR STRAFBAARSTELLING

De criteria voor strafbaarstelling zijn altijd een *“instrumentarium geweest om tot een verantwoorde, evenwichtige en legitieme afweging te komen bij de vraag of gedrag strafbaar moet worden gesteld of niet.”*⁹⁸ Door de wetgever in 1881 werden zij dan ook als volgt omschreven:

*“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. Uit den aard der zaak zijn aan elke strafbedreiging bezwaren verbonden. Ieder verstandig mens kan dit ook zonder toelichting wel begrijpen. Dat wil niet zeggen dat men de strafbaarstelling achterwege moet laten, maar wel dat men steeds tegenover elkander moet wegen de voordeelen en nadeelen van de strafbaarstelling, en moet toezien dat niet de straf worde een geneesmiddel erger dan de kwaal.”*⁹⁹

De criteria kunnen dus niet als afvinkbare lijst worden beschouwd, maar als denkschema om na te gaan in hoeverre strafbaarstelling verstandig is.¹⁰⁰ Welke stappen gezet moeten worden in dat denkschema is echter aan uitgebreide discussie onderhevig geweest. De drie criteria uit bovenstaande tekst: onrecht, ultimum remedium, en een kosten-baten analyse, zijn grotendeels bewaard gebleven, maar zeker over de invulling van de term ‘onrecht’ is men het lang niet altijd eens.

3.1.1. NEGATIEVE CRITERIA HULSMAN

In 1972 presenteerde de Rotterdamse hoogleraar Hulsman zijn ‘Kriteria voor strafbaarstelling’, daarin stelde hij dat het strafrecht te vaak en te makkelijk werd ingezet.¹⁰¹ Hij ontwikkelde daarom een stelsel van negatieve criteria op basis waarvan kon worden vastgesteld of strafbaarstelling niet meer was aangewezen. Dit deed hij op basis van drie verschillende dimensies waarin de strafbaarstellingsvraag geplaatst zou kunnen worden.¹⁰² Vanuit deze dimensies ontwikkelde Hulsman vier absolute criteria, van waaruit strafbaarstelling nimmer mag plaatsvinden, en acht relatieve criteria, die een hevige invloed dienen te hebben op de kosten-batenanalyse van de wetgever. Hulsman stelt dat strafbaarstelling nooit mag plaatsvinden als dit:

- i. uitsluitend wordt gedaan om een bepaalde morele opvatting heersend te maken;
- ii. primair wordt gedaan om de toekomstige gestraften hulp te verlenen;¹⁰³
- iii. ervoor zorgt dat de capaciteit van het overheidsapparaat wordt overschreden;
- iv. slechts een schijnoplossing voor het probleem biedt.

Strafbaarstelling ligt niet voor de hand, en dient heroverwogen te worden wanneer het gaat om gedrag wat:

⁹⁸ Cleiren 2012, p. 12.

⁹⁹ Smidt 1891 eerste deel, p. 11.

¹⁰⁰ Cleiren 2012, p. 12. De Hullu ziet slechts beperkte waarde in het doorlopen van een toetsingsschema; de Hullu 2018, p. 23. Vanwege de in mijn introductie uiteengezette maatschappelijke trends acht ik het bestaan van een (strakker) denkschema wel van belang. In zoverre ben ik – zoals de Hullu schrijft – net zo cynisch als Cleiren.

¹⁰¹ Hulsman 1972; Haveman 1998, p. 23.

¹⁰² Hulsman 1972, p. 87-88. De drie dimensies betreffen (1) gedrag wat de samenleving als wenselijk ziet, (2) een kosten-baten analyse en (3) de capaciteit van de overheid.

¹⁰³ Zie ook Mill 1859, p. 45.

- i. voornamelijk voorkomt bij een sociaal zwakke groep, of een vaak gediscrimineerde groep, of waarbij de kans op discriminatie groot is;
- ii. meestal niet door aangifte tot kennis van de politie komt;
- iii. heel veel voorkomt;
- iv. door heel veel mensen wordt gesteld;
- v. over het algemeen gesproken slechts in noodsituaties wordt gesteld;
- vi. moeilijk nauwkeurig omschreven kan worden;
- vii. voornamelijk in de privésfeer van het individu wordt gesteld;
- viii. door een grote groep in de samenleving met overtuiging als geoorloofd wordt beschouwd.

3.1.1.1. Kritiek op Hulsman

Verschillende auteurs hebben kritiek geuit op de criteria van Hulsman. Zo meent Lindeman dat fietsendiefstal aan de hand van deze criteria – vanwege capaciteitsproblematiek en de veel voorkomendheid van het gedrag – niet langer strafbaar zou zijn, iets wat hij – en ik ook – tegen het *gesunde Volksempfinden* vindt indruisen.¹⁰⁴ Groenhuijsen is van mening dat deze criteria niet concreet genoeg zijn om in de praktijk gebruikt te worden.¹⁰⁵ Zo zou geen enkele politicus die een wetsvoorstel indient van mening zijn dat hij slechts een 'schijnoplossing' van het probleem biedt, en dient dieper op zowel het eerste als het tweede criterium te worden ingegaan voordat zij een goede houvast bieden voor de wetgever. Cleiren schrijft dat de door Hulsman genoemde criteria weinig aanknopingspunten bieden voor de beantwoording van de vraag of de gedragingen al dan niet via het strafrechtelijk instrumentarium moeten worden aangepakt.¹⁰⁶

Mijns inziens kunnen enkele vraagtekens worden gezet bij deze kritiekpunten. De capaciteitsproblematiek bij fietsendiefstal kan immers worden opgelost wanneer de politie enkel professionele fietsendieven actief probeert op te sporen.¹⁰⁷ Hoewel de alomtegenwoordigheid van fietsendiefstal als contra-indicatie kan worden gezien, is dit – ook volgens Lindeman – betreurenswaardig, en hoeft dit dus na heroverweging niet tot een andere uitkomst dan strafbaarstelling te leiden.¹⁰⁸ De kritiek van Groenhuijsen lijkt mij in zoverre terecht, omdat het operationaliseren van deze criteria nog veel werk vereist. Het is de vraag in hoeverre de criteria die dit probleem niet kennen – als zij al bestaan – flexibel genoeg zijn. Het lijkt vanzelfsprekend dat geen politicus een wetsvoorstel indient met de boodschap dat het een schijnoplossing biedt. Tegenstanders kunnen dit echter wel tegenwerpen. Dit criterium zorgt ervoor dat de redenering 'baat het niet, dan schaadt het niet', niet opgaat.

Ik heb mijn eigen bedenkingen bij enkele van deze criteria. Zo verzet ik mij tegen een heroverweging wanneer delicten zich voornamelijk in de privésfeer afspelen, of wanneer zij frequent voorkomen. Huiselijk geweld en verschillende seksuele delicten spelen zich immers voornamelijk in de privésfeer af, en zij komen ook (te) frequent voor.¹⁰⁹ Strafrechtelijk optreden lijkt juist in deze gevallen geboden. Het lijkt verstandiger om effectiever op te treden bij dergelijke delicten, dan om strafbaarstelling te laten zitten. Slechts in de gevallen dat acties in de privésfeer anderen geen (directe) schade opleveren lijkt mij dit een waardevol criterium, maar dat kan mijns inziens beter gedekt worden door te kijken naar het schadecriterium.¹¹⁰ Tevens verzet ik mij tegen een heroverweging wanneer een delict meestal niet door aangifte tot kennis van de politie komt. Immers zal de grote georganiseerde misdaad veelal niet door aangifte tot kennis van de politie komen, maar door uitgebreid politieonderzoek.¹¹¹ Ook grote economische misdrijven worden weinig gerapporteerd, maar hebben wel een ondermijnd effect op de rechtsstaat. Ten slotte beschouw ik capaciteitsproblematiek niet als gegronde reden het delict niet strafbaar te stellen. Onrecht is immers onrecht, ook als het moeilijk te voorkomen is. Een heroverweging ligt wel in de rede, omdat de prioriteiten van de politie, en de noodzaak van de strafbaarstelling, dienen te worden afgewogen.

¹⁰⁴ Lindeman 2003, p. 2.

¹⁰⁵ Groenhuijsen 1993, p. 1.

¹⁰⁶ Cleiren 2005, p. 119. Ik sluit mij aan bij deze kanttekening en neem hem mee bij de bespreking van het optimum remedium, zie 3.1.2.1.

¹⁰⁷ Huisman 2018.

¹⁰⁸ Lindeman 2003, p. 1.

¹⁰⁹ Het WODC-rapport *Slachtofferschap van huiselijk geweld*, geeft aan dat 5.5% van de respondenten aangeeft slachtoffer te zijn geweest van huiselijk geweld. Meer dan de helft van die gevallen betrof de dader een partner of ex-partner. Zie WODC-Rapport 2018, p. 45.

¹¹⁰ Zie verder paragraaf 3.1.3. Zie ook hoofdstuk vier in verband met de rechtsgoederengedachte.

¹¹¹ Circa 10% van alle aanhoudingen in Nederland vindt plaats zonder aanwijzing van een aangever of getuige. Inspectie Veiligheid en Justitie 2012, p. 7; Boekhoorn & Tolsma 2015, p. 7.

3.1.1.2. Conclusie criteria Hulsman

Ik sluit mij in vergaande mate aan bij de criteria van Hulsman. De vier criteria op basis waarvan strafbaarstelling nooit mag plaatsvinden worden door mij grotendeels onderschreven, enkel de overschrijding van de capaciteit wordt niet in het denkschema opgenomen. Ik neem ook enkele van de andere criteria over. Zo denk ik dat gedrag dat voornamelijk voorkomt bij een sociaal zwakke groep, of waarbij het risico op discriminatie groot is, eventueel heroverwogen moet worden. Dit betekent niet dat strafbaarstelling onmogelijk moet zijn in dit soort gevallen, maar het is niet de bedoeling dat de wetgever bepaalde bevolkingsgroepen extra hard gaat aanpakken. Ook denk ik dat delicten die moeilijk nauwkeurig omschreven kunnen worden soms heroverwogen moeten worden. Er bestaan inmiddels (economische) delicten die enkel te begrijpen zijn als verschillende wetten, richtlijnen en besluiten zijn geraadpleegd. De rechtszekerheid lijkt dan in het geding te komen, en een heroverweging lijkt op zijn plaats. Ook gedrag wat door heel veel mensen wordt gesteld, of wat met overtuiging als geoorloofd wordt beschouwd, noopt tot heroverweging. De kans bestaat immers dat deze wetten geen democratische legitimiteit hebben.

3.1.2. CRITERIA DE ROOS

Na Hulsman buigen verschillende auteurs, waaronder Van Bemmelen,¹¹² Van Veen,¹¹³ Haentjes,¹¹⁴ Haveman¹¹⁵ en Corstens¹¹⁶ zich over de criteria voor strafbaarstelling. Zij worden – vanwege ruimtegebrek – echter niet uitgebreid behandeld.

De 'beginselen van de Roos' uit 1987 wordt misschien wel als het meest invloedrijke werk omtrent de criteria voor strafbaarstelling gezien.¹¹⁷ De Roos formuleert zes gezichtspunten die samen een rasterwerk wat als zeef kan werken vormen.¹¹⁸ De eerste twee criteria – het schadebeginsel en het tolerantiebeginsel – vestigen volgens de Roos de bevoegdheid voor strafbaarstelling bij de strafwetgever.¹¹⁹ De vier andere criteria – het subsidiariteitsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het legaliteitsbeginsel en het beginsel van praktische hanteerbaarheid en effectiviteit – kijken vervolgens in hoeverre deze bevoegdheid gebruikt moet worden door de wetgever. Men kan in feite een vergelijking trekken met het systeem van absolute en relatieve criteria van Hulsman. In deze paragraaf behandel ik de laatste vier criteria, in paragraaf 3.1.3 vergelijk ik het schadebeginsel, en in beperktere mate het tolerantiebeginsel zoals de Roos die opstelde met de opvattingen van enkele andere auteurs.

3.1.2.1. Subsidiariteitsbeginsel en Proportionaliteitsbeginsel

Het *subsidiariteitsbeginsel* en het *proportionaliteitsbeginsel* zijn al enkele keren, in verschillende vormen, aan bod gekomen.¹²⁰ Het *subsidiariteitsbeginsel* houdt kortgezegd in dat het strafrecht niet gebruikt dient te worden als handhaving ook via andere mogelijkheden kan geschieden.¹²¹ De Roos onderscheidt hieromtrent juridische en buitenjuridische middelen.¹²² Bij juridische middelen dient men aan het bestuursrecht en het civielrecht te denken, bij buitenjuridische middelen aan preventieprogramma's en voorlichting. Volgens hem hoort er pas gebruik gemaakt te worden van het strafrecht als deze andere mogelijkheden uitgeput zijn, of niet toereikend zullen zijn.¹²³ Het strafrecht kost immers veel geld, en maakt soms een te grote inbreuk op de rechten van individuen. Dit zwaarste middel dat de overheid tot haar beschikking heeft dient daarom bewaard te worden voor de ergste gevallen.¹²⁴ Dit laatste betreft ook het proportionaliteitsbeginsel: men dient het strafrecht alleen in te zetten als dat proportioneel is aan de daad die gepleegd is. Het strafrecht heeft niet alleen nadelen, het civielrecht en het bestuursrecht hebben ook voordelen.¹²⁵ Bijvoorbeeld

¹¹² Van Bemmelen 1973.

¹¹³ Van Veen 1972.

¹¹⁴ Haentjes 1978.

¹¹⁵ Haveman 1998.

¹¹⁶ Corstens 1984.

¹¹⁷ Groenhuijsen & Ouwerkerk 2013, p.2

¹¹⁸ De Roos 1987, p. 53.

¹¹⁹ De Roos 1987, p. 54.

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld Modderman in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk.

¹²¹ Crijns 2012, p. 13.

¹²² De Roos 1987, p. 60 e.v.

¹²³ Bijvoorbeeld bij een collectief actie probleem, of als een daad zo vreselijk is dat een geldboete niet afdoende straf is.

¹²⁴ Ten Voorde 2017, p. 181.

¹²⁵ Zie ook: Corstens 1984.

de versterkte autonomie van het slachtoffer, en het open karakter van het civielrecht vergeleken met het starre normenstelsel van het strafrecht.¹²⁶ Het civielrecht dient echter niet voor alles gebruikt te worden. Het strafrecht is immers uitermate geschikt wanneer geen individuele slachtoffers kunnen worden aangewezen, of wanneer het slachtoffer te zwaar belast zou worden als hijzelf het bewijs zou moeten verzamelen.¹²⁷

De Roos behandelt het bestuursrecht minder uitgebreid dan recentere auteurs, waarschijnlijk omdat de Awb in 1987 nog niet was ingetreden. Inmiddels zou men kunnen wijzen naar de voordelen die het bestuursrecht heeft ten opzichte van het strafrecht: het is veelal sneller, en het kan worden ingezet door de instantie die er direct bij betrokken is, in plaats van het Openbaar Ministerie.

Toch is het *subsidiariteitsbeginsel* niet zonder kritiek.¹²⁸ Het strafrecht biedt verdergaande rechtsbescherming voor de verdachte, waardoor strafrechtelijk optreden – vergeleken met bestuursrechtelijke handhaving – in het voordeel van de verdachte kan zijn.¹²⁹ De voordelen van het bestuursrecht voor de overheid – de snelle werking, medewerkingsplicht en bewijslastverdeling – werken immers grotendeels in het nadeel van de verdachte.¹³⁰ De principiële rechtvaardiging van het subsidiariteitsbeginsel, dat het bestuursrecht een minder ingrijpend middel is dan het strafrecht, kan volgens Crijns dan ook niet “*over de gehele linie worden volgehouden*”.¹³¹ Crijns noemt daarnaast de invloed van de EU en de veiligheidscultuur als redenen voor de kritiek die op het subsidiariteitsbeginsel wordt uitgeoefend.¹³² Vanwege de kritiek op het *ultimum remedium* beginsel wordt inmiddels gesproken over een optimum remedium: “*Het strafrecht geldt hierin als optimum remedium: het wordt ingezet daar waar het te verwachten effect het grootst is*”.¹³³ Ik sluit mij bij Crijns aan dat geen sprake moet zijn van een voorrangsk keuze voor het bestuursrecht ten opzichte van het strafrecht, maar van een open afweging tussen twee min of meer gelijkwaardige instrumenten.¹³⁴ Met deze interpretatie van het *subsidiariteitsbeginsel* wordt het *proportionaliteitsbeginsel* ook enigszins verwerkt. De open afweging dient immers mee te nemen in hoeverre de inzet van het strafrecht proportioneel is.

3.1.2.2. Het legaliteitsbeginsel en het beginsel van praktische hanteerbaarheid en effectiviteit

Het *legaliteitsbeginsel* is volgens Kristen de hoeksteen van het strafrecht.¹³⁵ Ik behandel in deze scriptie voornamelijk het bepaaldheidsgebod, omdat hier zowel de focus van De Roos als van Beccaria ligt.¹³⁶ Zoals reeds eerder uiteen is gezet dient een wet helder en algemeen kenbaar te zijn. De Roos redeneert dan ook dat strafbaarstelling beter achterwege gelaten kan worden als het alleen mogelijk is om een formulering te vinden die zo algemeen en vaag is dat de burger en de rechter onvoldoende houvast hebben.¹³⁷ Het is anders niet mogelijk om de burger te verwijten dat hij de strafwet heeft overtreden.¹³⁸ De Roos is daarom van mening dat vergaande delegatie van normstelling problematisch kan zijn, vanwege een gebrek aan ‘algemene duidelijkheid’.¹³⁹ De praktische voordelen van het bepaaldheidsgebod behandelt hij grotendeels in zijn laatste gezichtspunt, het beginsel van praktische hanteerbaarheid en effectiviteit. Volgens de Roos moet er sprake zijn van een uitzicht op een zinvol gebruik van de strafwet.¹⁴⁰ Dat is niet mogelijk als de delictomschrijving niet hanteerbaar is, wat onder andere het geval kan zijn als de delictomschrijving niet bepaald genoeg is, maar ook als de delictomschrijving te beperkt is waardoor handhavingsautoriteiten weinig kunnen beginnen met de strafbepaling.¹⁴¹ Tevens moet

¹²⁶ De Roos 1987, p. 62. Hierbij dient opgemerkt te worden dat de positie van het slachtoffer in het strafrecht aangrijpend is veranderd sinds de publicatie van dit boek.

¹²⁷ De Roos 1987, p. 62 – 63.

¹²⁸ Zie onder andere: Corstens 1995, p. 9; De Hullu 1998, p. 93; De Hullu 2018, p. 19 e.v.

¹²⁹ De Roos 1987, p. 67. Door de verdere opkomst van het punitief bestuursrecht sinds deze dissertatie heeft dit punt enkel aan belang gewonnen.

¹³⁰ Zie Stijnen 2011 voor een uitgebreide behandeling van dit onderwerp.

¹³¹ Crijns 2012, p. 15.

¹³² Crijns 2012.

¹³³ *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 334, p. 11 – 12; Strategisch handhavingsskader zorg 2015, p. 3. Zie ook Cleiren, Ten Voorde & Van Waas, p. 71.

¹³⁴ Crijns 2012, p. 18.

¹³⁵ Kristen 2010, p. 64.

¹³⁶ De Roos 1987, p. 54. Zie ook paragraaf 2.1.4.2.1.

¹³⁷ De Roos 1987, p. 74.

¹³⁸ De Roos 1987, p. 75, maar ook het rechtsbegrip ‘geen straf zonder schuld’ uit het Melk en Water arrest (HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681).

¹³⁹ HR 31 oktober 2000 (*Krulsla*), De Roos 1987, p. 74.

¹⁴⁰ De Roos 1987, p. 76.

¹⁴¹ De Roos 1987, p. 76 – 77.

gekeken worden naar de capaciteit van het strafrechtelijk systeem. Voor de Roos is dat, in tegenstelling tot Hulsman, geen absoluut criterium.¹⁴² Hij is van mening dat strafbaarstelling niet achterwege gelaten dient te worden enkel vanwege een beperkte capaciteit, het zou immers niet goed uit te leggen zijn dat fietsendiefstal niet meer verboden is enkel omdat de politie er geen tijd voor heeft. Echter, de capaciteit van de handhavingsautoriteiten moet wel meegenomen worden bij de keuze voor strafbaarstelling, en men moet gedrag niet strafbaar stellen als dat weinig oplevert en wel veel capaciteit zou kosten.¹⁴³ Ten slotte moet gekeken worden naar het preventieve effect van de strafbepaling: wat is de afschrikwekkende werking van strafbaarstelling?¹⁴⁴

Deze criteria zijn niet altijd makkelijk te operationaliseren: capaciteitsproblemen komen immers niet door één strafbepaling.¹⁴⁵ Toch worden deze criteria over het algemeen gesproken geaccepteerd. Men is het erover eens dat – zoals Corstens schrijft – de wetgever moet beoordelen of het strafrecht tot een voldoende effectieve oplossing kan komen voordat zij tot een strafbaarstelling komt.¹⁴⁶

3.1.2.3. Conclusie De Roos

Ik neem verschillende criteria van De Roos over voor het denkschema. Het *proportionaliteitsbeginsel* – hoewel hierboven enigszins onderbelicht – is een vanzelfsprekend criterium voor strafbaarstelling. Ik sluit mij tevens aan bij de beschrijving van het *subsidiariteitsbeginsel* door Crijsns. Dit gematigd optimum remedium, waarin een open afweging bestaat tussen verschillende instrumenten verdient namelijk de voorkeur. Wetten dienen voorts helder te zijn, wat aansluit bij zowel Hulsman als het bepaaldheidsgebod van De Roos.¹⁴⁷

3.1.3. HET SCHADEBEGINSEL

*"Het recht om met jouw vuist te zwaaien eindigt waar mijn neus begint"*¹⁴⁸

Hulsman formuleert als één van zijn absolute criteria dat strafbaarstelling nooit enkel mag plaatsvinden om een morele opvatting heersend te maken.¹⁴⁹ De Roos stelt het 'beginsel van aannemelijkheid en motivering van de schade' en het samenhangende tolerantiebeginsel voorop in zijn denkschema.¹⁵⁰ In navolging van deze twee auteurs hebben verschillende andere auteurs het schadebeginsel als grondslag genomen voor strafbaarstelling, en in deze paragraaf wordt daarom de betekenis van het schadebeginsel uitgebreid besproken.¹⁵¹ In deze paragraaf wordt eerst ingegaan op de achterliggende filosofie van het schadebeginsel en de vraag waaraan schade moet worden gedaan om onder het schadebeginsel te vallen. Daarna wordt gekeken in hoeverre potentiële schade onder het schadebeginsel valt.

3.1.3.1. Filosofie achter het schadebeginsel

*"de enige reden waarom men rechtmatig macht kan uitoefenen over enig lid van een beschaafde samenleving, tegen zijn zin, de zorg is dat anderen geen schade wordt toegebracht. Iemands eigen welzijn, hetzij fysiek, hetzij moreel, is geen voldoende rechtsgrond."*¹⁵²

Dit schadebeginsel veroorlooft – volgens Mill, maar zeker ook volgens De Roos en anderen – de wetgever op te treden als een ander schade wordt aangedaan, maar beperkt de wetgever ook tot alleen die instanties.¹⁵³ Het is echter de vraag wat schade is, en waaraan schade gedaan moet worden om als schade te tellen.¹⁵⁴ Het is evident dat wanneer iemand geslagen wordt dit hieronder valt, maar is dat ook het geval als iemand wordt beledigd, of als iemand iets ziet waardoor hij zich

¹⁴² Hulsman 1972, p. 91; De Roos 1987, p. 77-78.

¹⁴³ Zoals in 3.1.1.1 te lezen is, sluit ik me bij deze redenering aan.

¹⁴⁴ De Roos 1987, p. 78; in dit verband kan er ook gekeken worden naar de tafel van elf van het Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid; CCV 2010.

¹⁴⁵ Groenhuijsen 1991, p. 2; De Hullu 2018, p.23.

¹⁴⁶ Corstens 1984, p. 53.

¹⁴⁷ Helderheid garandeert ook een bepaalde mate van praktische hanteerbaarheid.

¹⁴⁸ Aan verschillende mensen toegerekend, zoals J.S. Mill, J. Locke en O.W. Holmes Jr.

¹⁴⁹ Hulsman 1972, p. 90.

¹⁵⁰ De Roos 1987, p. 33 e.v.

¹⁵¹ Groenhuijsen 1991, p. 2.

¹⁵² Mill 1859, p. 45.

¹⁵³ Esser 2017, p. 2.

¹⁵⁴ Voor de meest uitgewerkte beschouwing van dit onderwerp zie Feinberg 1984, Feinberg 1985, Feinberg 1986 en Feinberg 1988.

onprettig voelt? Mill heeft het voornamelijk over belangen die op de mens terug te leiden zijn; schade aan een belang is slechts strafbaar te stellen indien een mens achter dat belang geschaad wordt.¹⁵⁵ Dit is echter een enigszins ingewikkeld criterium, immers zijn er vele belangen die iemand uiteindelijk kunnen schaden. Ik kan mij irriteren aan mijn burens, maar zolang zij niet onredelijk veel lawaai maken, en niets kapot maken, lijkt dit buiten een redelijk schadebegrip te vallen. Toch valt dit niet direct op te maken uit bovenstaande criterium. Ook Van Bemmelen criterium, 'immoreel gedrag', als schadebegrip is lastig te operationaliseren: wat ik immers als immoreel beschouw, vindt menig ander volstrekt normaal, goed of in ieder geval toelaatbaar.¹⁵⁶

In het volgende hoofdstuk wordt verder ingegaan op andere gronden voor strafbaarstelling dan schade, door te kijken naar het rechtsgoederenbegrip. In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij het klassieke schadebegrip: schade aan lijf, eerbaarheid of goed.¹⁵⁷ Deze interpretatie wordt onder andere door Feinberg als meest klassieke interpretatie genomen, hij schrijft dat de klassieke 'Liberal position' inhoudt dat enkel schade door verwonding, zowel mentaal als fysiek, schade aan spullen, en belediging strafbaarstelling veroorloven.¹⁵⁸ Eventuele nadelen van deze interpretatie worden in het volgende hoofdstuk behandeld. Voor dit hoofdstuk wordt deze interpretatie aangehouden vanwege het historisch belang van deze interpretatie en haar relatieve eenvoud, waardoor het begrip goed hanteerbaar is.¹⁵⁹ De grenzen van dit schadebegrip dienen gezocht te worden in het *proportionaliteitsbeginsel* en het *subsidiariteitsbeginsel*. Dit voorkomt het strafrechtelijk afhandelen van een simpele burenruzie.

3.1.3.2. Potentiële schade

In dit hoofdstuk wordt nog wel ingegaan op potentiële schade. De discussie omtrent potentiële schade is enigszins complex doordat twee vragen door elkaar heen spelen, en onderling in verband met elkaar staan. Er bestaat een discussie over het veroordelen van iemand die fantaseert over het begaan van een strafrechtelijke gedraging, maar nog geen uitvoeringshandelingen heeft ondernomen (de *Gesinnung*-leer).¹⁶⁰ Tevens bestaat een discussie omtrent de schade die een strafbaar feit – wanneer zij gecompleteerd is – moet hebben aangebracht om strafbaarstelling te rechtvaardigen.¹⁶¹ Deze discussies lopen – onder andere door de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen – enigszins door elkaar heen.¹⁶² De vraag is immers of gedragingen die op zichzelf geen – of nauwelijks – schade aanrichten toch strafbaar mogen worden gesteld indien een – groot – risico bestaat dat zij uitmonden in schade.¹⁶³

Mill stelt in dit verband dat een *definite risk of damage* moet bestaan.¹⁶⁴ De overheid dient immers niet te snel in te grijpen, want dit doet afbreuk aan het vrije woord. Wanneer sprake is van een *definite risk of damage* is niet eenvoudig te zeggen. Zelfs wanneer de vinger al op de trekker ligt zal menig verdachte stellen niet van plan geweest te zijn te schieten. Toch wil de samenleving ingrijpen voordat geschoten wordt.¹⁶⁵ Het lijkt ook onverantwoord om niet te handelen als we weten dat iemand een bom wil plaatsen. Buruma benoemt deze tegenstelling in zijn CD-reeks.

*"het kan niet zo zijn dat iemands leven verwoest wordt omdat de overheid niet op basis van bestaande informatie op heeft getreden, maar de overheid mag ook niemands leven verwoesten zonder dat diegene iets gedaan heeft."*¹⁶⁶

Om invulling te geven aan het begrip *definite risk of damage*, onderscheiden Simester en Von Hirsch drie vormen van '*remote harm*' die tot strafrechtelijk optreden moeten kunnen leiden.¹⁶⁷ Ten eerste

¹⁵⁵ Ten Voorde 2012, p. 95.

¹⁵⁶ Van Bemmelen 1973.

¹⁵⁷ Cleiren 2005, p. 3.

¹⁵⁸ Feinberg 1984, p. 19 e.v.

¹⁵⁹ Ook zou men aansluiting kunnen zoeken bij Hulsman, die zoals eerder overwogen stelde dat strafbaarstelling nimmer dient voort te vloeien uit de wens een moreel standpunt overheersend te maken. Men zou kunnen beargumenteren dat elke grond anders dan het schadebeginsel een moreel standpunt inhoudt, ik ben echter niet overtuigd dat Hulsman zo ver zou gaan. Zie Hulsman 1972.

¹⁶⁰ Zie bijvoorbeeld Buruma 2005, p. 61 e.v.

¹⁶¹ Zie uitgebreid Rutgers 1992.

¹⁶² Zie uitgebreid Rutgers 1992.

¹⁶³ Buruma noemt in zijn CD-reeks het voorbeeld van een eenzame man die geregeld achter dezelfde vrouw aanloopt, zonder dat zij dit weet. Buruma 2008.

¹⁶⁴ Mill 1859, p. 68 – 69, 149 e.v.

¹⁶⁵ Denk bijvoorbeeld aan de discussie omtrent Samir A. HR 20 februari 2007, *NJB* 2007, 603 (*Samir A.*).

¹⁶⁶ Buruma 2008.

¹⁶⁷ Simester & Von Hirsch 2014, p. 57 – 59.

noemen zij de *abstract endangerment-delicten*, waarbij een presumptie bestaat dat een gedraging schade zal opleveren, en het al strafbaar is voordat die gedraging dat doet.¹⁶⁸ Denk hierbij bijvoorbeeld aan dronken rijden. Ten tweede noemen zij *mediating intervention-delicten*, dan bestaat er een actie die zelf geen schade oplevert, maar wel goed kan leiden tot een andere gedraging die schade veroorzaakt.¹⁶⁹ Hierbij wordt het voorbeeld van vuurwapenbezit genoemd. Ten slotte worden *conjunctive harm-delicten* genoemd, dit zijn delicten waarbij de schade die mensen individueel kunnen doen relatief minimaal is, maar waarbij het wel tot concrete schade kan leiden als meerdere mensen het delict plegen.¹⁷⁰ Afvallozingen in een rivier, of op straat, zijn goede voorbeelden.

Individuele strafbaarstellingen en gedragingen kunnen worden vergeleken met deze vormen. De tekening van de bankoverval leidt niet tot een *conjunctive harm-delict*, en het is ook geen *abstract endangerment-delict*. Bediscussieerd kan worden of sprake is van een *mediating intervention-delict*: is een tekening vergelijkbaar met vuurwapenbezit, of is dit nog te abstract? Een dergelijke discussie is onlosmakelijk verbonden met de feiten van een zaak; de conclusie zal per geval verschillen. De rechtspraak dient dergelijke nuances vorm te geven.

3.1.3.3. Conclusie Schadebeginsel

Voor dit hoofdstuk wordt gebruik gemaakt van een klassiek liberale interpretatie van het schadebeginsel. Strafbaar te stellen schade komt voor bij aantasting van het lijf, de eerbaarheid of een goed van een ander. Lang niet alle schade die als zodanig omschreven kan worden dient strafbaar te worden gesteld, en welke schade strafbaarstelling verdient dient ingevuld te worden aan de hand van het *proportionaliteitsbeginsel* en het *legaliteitsbeginsel*. Potentiële schade kan strafbaar worden gesteld zolang de feiten aan te merken zijn als *abstract endangerment-*, *conjunctive harm-*, of *mediating intervention-* delict.

3.1.4. CONCLUSIE

In deze paragraaf hebben we uitgebreid naar de criteria voor strafbaarstelling gekeken. Aan de hand van de criteria van Hulsman, de beginselen van de Roos, en de opmerkingen van enkele andere auteurs kan in de volgende paragraaf een denkschema worden opgesteld.

3.2. HET DENKSCHEMA

In deze paragraaf worden de verschillende criteria die in de vorige paragraaf besproken zijn uitgewerkt tot een enkel denkschema. De wetgever dient immers door de criteria voor strafbaarstelling gelegitimeerd te worden in het uitoefenen van rechtsmacht.¹⁷¹ Het denkschema is opgesteld aan de hand van de zes onderschreven beginselen van De Roos, en verder ingevuld op basis van de verschillende criteria van Hulsman die in paragraaf 3.1.1 zijn genoemd.

Van Bemmelen stelt dat het van relatief weinig belang is of deze criteria positief of negatief zijn opgesteld.¹⁷² Zelf heb ik een voorkeur voor positieve criteria, omdat deze beter in een enkel denkschema passen dan negatieve criteria.

3.2.1. EERSTE STAP: IS SPRAKE VAN (POTENTIËLE) SCHADE AAN LIJF, GOED OF EERBAARHEID VAN EEN ANDER?

In lijn met De Roos wordt als eerste stap het schadebeginsel genoemd. Voor de toets van dit hoofdstuk wordt gebruik gemaakt van het klassiek liberale schadebeginsel; schade aan lijf, goed of eerbaarheid. In navolging van Hulsman dient geen strafwetgeving plaats te vinden enkel om potentieel gestraften te helpen. De schade mag dus niet exclusief bij hen liggen. Strafbaarstelling dient ook niet tot stand te komen enkel om een morele opvatting heersend te maken. Potentiële schade kan wel strafbaar gesteld worden, zolang sprake is van *abstract endangerment-*, *conjunctive harm-*, of *mediating internvention-delicten*.¹⁷³

¹⁶⁸ Simester & Von Hirsch 2014, p. 57 – 58, 75 – 79.

¹⁶⁹ Simester & Von Hirsch 2014, p. 58, 79 – 85.

¹⁷⁰ Simester & Von Hirsch 2014, p. 59, 85 – 88.

¹⁷¹ Zie ook Cleiren 2012, p. 13-14.

¹⁷² Van Bemmelen 1973, p. 1 e.v. Zie ook Cleiren 2005, p. 127 – 128.

¹⁷³ Simester & Von Hirsch 2014, p. 57 e.v.

3.2.2. TWEDE STAP: IS DE STRAFBAARSTELLING PROPORCIONEEL?

De tweede stap is, tevens in lijn met De Roos, de vraag naar proportionaliteit. De wetgever mag immers niet disproportioneel optreden. Deze stap is – over het algemeen gesproken – lastig te operationaliseren, maar is wel van groot belang. Proportionaliteit is immers noodzakelijk voor een legitieme overheid, en proportionaliteit werkt tevens als filter, zodat te geringe schade niet door de strafwet beschermd wordt.¹⁷⁴

3.2.3. DERDE STAP: IS STRAFBAARSTELLING PRAKTISCH MOGELIJK EN WENSELIJK

De wetgever is – in navolging van Beccaria – enkel gelegitimeerd om tot strafbaarstelling over te gaan wanneer dit ook praktisch mogelijk en wenselijk is. Dit hangt af van de uitkomst van een kosten-batenanalyse. Om deze in te vullen, worden criteria van Hulsman en van de Roos gecombineerd. Eerst wordt gekeken naar de praktische hanteerbaarheid van de strafbaarstelling: kan de strafbepaling helder en hanteerbaar worden opgeschreven?¹⁷⁵ Ten tweede wordt gekeken naar de capaciteit van het overheidsapparaat: in hoeverre wordt die aangetast door de strafbaarstelling? Ten derde wordt gekeken naar de praktische gevolgen van strafbaarstelling. Indien strafbaarstelling slechts een schijnoplossing biedt, bijvoorbeeld door het ontstaan van een zwarte markt, zich voornamelijk richt op sociaal zwakke groepen, niet onderschreven wordt door een groot deel van de bevolking, of door een grote groep met overtuiging als geoorloofd wordt beschouwd, ligt strafbaarstelling immers niet voor de hand.

3.2.4. VIERDE STAP: IS STRAFBAARSTELLING DE MEEST OPTIMALE REMEDIE?

Ten slotte dient gekeken te worden welke vorm van overheidsoptreden het beste aansluit bij het delict. De wetgever is immers niet gelegitimeerd het strafrecht in te zetten wanneer andere juridische of buitenjuridische responses net zo goed of beter zouden werken. Een juridische respons kan zowel via het civielrecht, het bestuursrecht of het strafrecht plaatsvinden. Voor deze keuze dient rekening gehouden te worden met potentiële inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. Daarnaast dient gekeken te worden wat de meest proportionele respons kan bieden, terwijl de noodzakelijke rechten van de verdachte gewaarborgd blijven. Ook in deze stap dient de praktische kant aan bod te komen: hoe kan het delict het beste voorkomen worden.

3.3. TOETSING VAN DE OPENBARE ORDE AAN HET DENKSCHEMA

Deze paragraaf doorloopt de vier vragen van het denkschema van de vorige paragraaf, om de strafbaarstellingen in de openbare orde titel te bekijken. Bij elke vraag worden verschillende wetsartikelen uitgelicht en behandeld.

3.3.1. IS SPRAKE VAN (POTENTIËLE) SCHADE AAN LIJF, GOED OF EERBAARHEID VAN EEN ANDER?

Binnen de eerste vraag van ons denkschema kunnen vier subonderdelen onderscheiden worden: (i) bestaat schade aan lijf, eerbaarheid of goed, (ii) bestaat de strafbaarstelling niet enkel om de potentieel gestraften te helpen, (iii) bestaat de strafbaarstelling niet enkel om een morele opvatting heersend te maken, en (iv) is er sprake van potentiële schade die onder een van de drie vormen valt die Simester en Von Hirsch uiteen hebben gezet.

3.3.1.1. Bestaat de schade aan lijf, eerbaarheid of goed?

Bij verschillende delicten kan getwijfeld worden of zij schade aan lijf, eerbaarheid of goed opleveren. De discriminatieartikelen vallen wel binnen het schadecriterium; 'offence' valt immers binnen de klassiek liberale definitie van schade.¹⁷⁶ De verstoring van een vergadering door middel van wanorde of het maken van gedruis, valt niet onder dit schadebegrip.¹⁷⁷ Het lijf of goed van de vergadelaars wordt niet aangetast, en de stap tussen eerbaarheid en religieuze vrijheid is te groot. De individuele eerbaarheid wordt immers niet – altijd – geschaad.

De strafbaarstelling van delicten omtrent lijken en graven levert de volgende twijfel op.¹⁷⁸ De schade die nabestaanden ondervinden – indien deze bestaat – is niet direct genoeg. De schade aan de

¹⁷⁴ Zie paragrafen 2.2.4.3.1 en 3.1.3.1.

¹⁷⁵ Zie ook het *legaliteitsbeginsel* van Beccaria.

¹⁷⁶ Art. 137c t/m 137h Sr; Feinberg 1984.

¹⁷⁷ Art. 144 en 146 Sr.

¹⁷⁸ Art. 148 t/m 151 Sr.

overledene zelf is betwifelbaar. In het Nederland recht is het echter algemeen geaccepteerd dat een overledene recht blijft hebben op zijn lijf en goederen.¹⁷⁹ Kennelijk persisteert het recht op lijf en goed na de dood. De overledene kan geschaad worden in zijn eerzaamheid, bijvoorbeeld door grafschennis. Deze delicten vallen dus onder het schadebegrip.

De strafbaarstellingen omtrent hacken, computervredebreuk en afluisteren dienen ook besproken te worden.¹⁸⁰ Indien het recht op het privéleven geschaad wordt door een van deze misdaden, of indien informatie gekopieerd wordt, bestaat schade aan de eerbaarheid van dat individu, of schade aan de exclusieve heerschappij over een goed.¹⁸¹ Deze delicten vallen dus ook onder het schadebegrip.

3.3.1.2. Enkel potentieel gestraften beschermen

Geen bepaling in de openbare orde titel is geheel gericht op de bescherming van potentieel gestraften.¹⁸² Het teweegbrengen van een afspraak omtrent draagmoederschap komt het dichtste in de buurt.¹⁸³ Deze artikelen stellen echter enkel de organisator van het draagmoederschap strafbaar, en niet de – te beschermen – draagmoeder.

3.3.1.3. Morele opvatting heersend maken

Geen bepaling lijkt gericht op het heersend maken van een morele opvatting. Sommigen zouden argumenteren dat dit geldt voor de strafbaarstellingen omtrent discriminatie.¹⁸⁴ Deze wetsartikelen trachten deze opvatting echter niet heersend te maken, omdat zij – gelukkig – al heersend is. Art. 1 van de Grondwet keurt discriminatie immers ook af.

3.3.1.4. Potentiële schade

Er zijn verschillende vormen van potentiële schade binnen de openbare orde titel strafbaar gesteld. Een voorbeeld van een strafbepaling via de *conjunctive harm* is art. 141a Sr, waarin het verschaffen van inlichtingen, middelen of gelegenheid om geweld tegen personen of goederen te plegen strafbaar is gesteld. Er zijn ook verschillende voorbeelden van *abstract endangerment* te vinden. Zie bijvoorbeeld het deel uitmaken van een criminele (of terroristische) organisatie, of het uitslaan van valse alarmkretten.¹⁸⁵ De gedraging uit artikel 151 Sr – het vernietigen of verbergen van een lijk met het oogmerk de oorzaak van het overlijden te verhelen – zal meestal directe schade opleveren.¹⁸⁶ Indien dit echter niet het geval is – vanwege het eerbiedig verbergen of wegmaken – is de schade mijns inziens te potentieel. Het misdrijf ziet dan immers enkel op het onbestraft weggelaten met een misdad – al dan niet door de verdachte zelf gepleegd – maar leidt niet tot eigen schade.

3.3.1.5. Conclusie

Concluderend kan worden gesteld dat wanneer getoetst wordt aan het schadebegrip enkel de strafbaarstellingen omtrent het verstoren van vergaderingen en het wegmaken van een lichaam, illegitiem zouden kunnen zijn.

3.3.2. IS STRAFBAARSTELLING PROPORTIONEEL?

Zonder verder – empirisch – onderzoek kan de vraag naar proportionaliteit nauwelijks beantwoord worden. Het is immers niet mogelijk om, vanuit mijn studeerkamer, te bepalen welke delicten zware gevolgen met zich meedragen, en welke niet. Ik kan theoretiseren dat enkele *potentiële schade*-delicten, zoals het verspreiden van bepaalde pamfletten, slechts zelden tot daadwerkelijke schade zullen leiden, en dat strafbaarstelling daardoor misschien niet proportioneel is. Tevens zou ik kunnen menen dat de straf op lijkschennis hoger is dan mijns inziens rechtvaardig. Zolang ik deze meningen niet kan staven wordt de proportionaliteit van deze strafbaarstellingen echter niet aangetast.

¹⁷⁹ Er dient aan een testament gehoor te worden gegeven, en keuzes omtrent donorschap worden gerespecteerd.

¹⁸⁰ Art. 138ab t/m 139g Sr.

¹⁸¹ Zie bijvoorbeeld het *Runescape*-arrest omtrent de exclusieve heerschappij over een goed. HR 31 januari 2012, ECLINL:HR:2012:BW9251.

¹⁸² Zie Hulsman 1972 en Mill 1859, zie ook paragraaf 3.1.1.

¹⁸³ Art. 151a t/m 151c Sr.

¹⁸⁴ Denk bijvoorbeeld aan Kamerlid Wilders of Kamerlid Baudet. Art. 137f en 137g Sr.

¹⁸⁵ Art. 140, 140a, 142 Sr. Zie ook art. 132 en 133 Sr.

¹⁸⁶ Zie ook paragraaf 3.3.1.1.

3.3.3. IS STRAFBAARSTELLING PRAKTISCH MOGELIJK EN WENSELIJK?

Tijdens het toetsen aan de praktische wenselijkheid van een strafbaarstelling moeten drie stappen ondernomen worden. Er wordt eerst gekeken in hoeverre de strafbepaling helder en hanteerbaar opgeschreven is, vervolgens wordt gekeken naar de capaciteit van de overheid, en ten slotte naar de praktische gevolgen van de strafbaarstelling.

3.3.3.1. Helder en hanteerbaar¹⁸⁷

De helderheid – en hanteerbaarheid – van alle Nederlandse wetsartikelen laat enigszins te wensen over. Het merendeel van de wetsartikelen in deze titel is niet minder helder dan in de rest van het wetboek, maar toch zou verheldering niet misstaan.¹⁸⁸

In deze titel is mijns inziens specifiek de hanteerbaarheid van de computervrederebreukartikelen in het geding. Er is in de titel relatief weinig IT-terminologie gebruikt,¹⁸⁹ en hoewel dat prettig lijkt voor een leek, zorgt dit ervoor dat het niet duidelijk is onder welk wetsartikelen welke vorm van 'hacken' valt.¹⁹⁰ Dit staat strafbaarstelling echter niet in de weg. Een heldere bewoording lijkt immers mogelijk, maar is niet toegepast. De wetgever dient dus aangemoedigd te worden in een helderdere wet, maar de strafbaarstelling kan in stand blijven.

3.3.3.2. Capaciteit overheidsapparaat

Evenals de proportionaliteit onder 3.3.2, valt de aanslag op de overheids capaciteit nauwelijks te meten vanuit een studeerkamer. Ik zie mij slechts genoodzaakt op te merken dat de capaciteit van de overheid ten aanzien van computercriminaliteit relatief laag lijkt te liggen. Een goede afbakening van de strafwet lijkt daarom des te belangrijker, zodat de gelimiteerde capaciteit van de politie zo effectief mogelijk ingezet kan worden.

3.3.3.3. Praktische gevolgen van de strafbaarstelling

Ten slotte zijn ook de andere praktische gevolgen van deze strafbaarstellingen niet goed te overzien zonder empirisch onderzoek. Er zijn mijns inziens geen artikelen die slechts een schijnoplossing bieden. Noch zijn er artikelen die zich voornamelijk richten op een sociaal zwakke groep, artikelen die niet onderschreven worden door een groot deel van de bevolking, of artikelen waarvan een groot deel van de bevolking met overtuiging denkt dat zij geoorloofd zijn.¹⁹¹

3.3.4. OPTIMUM REMEDIUM

Er lijken geen wetsartikelen te zijn die beter bediend zouden zijn met sanctionering door middel van het bestuursrecht of het civielrecht.¹⁹² Hoewel voorlichting een belangrijk wapen lijkt te zijn in de strijd tegen discriminatie, is de stok achter de deur van de strafwet ook bij deze delicten uitermate geschikt.

3.3.5. CONCLUSIE

Na toetsing van de openbare orde titel aan het denkschema van de vorige paragraaf kan het volgende geconcludeerd worden. De huidige titel voldoet over het algemeen aan de criteria voor strafbaarstelling, en is grotendeels legitiem. Ik zet enkel vraagtekens bij de strafbaarstelling omtrent de verstoring van vergaderingen door middel van wanorde, de strafbaarstelling van het verbergen van een lijk om de doodsoorzaak te verhelen, en de strafbaarstellingen van computervrederebreuk. Deze eerste twee strafbaarstellingen zijn mijns inziens niet gebaseerd op – directe – schade aan lijf, eerbaarheid of goed. De strafbaarstellingen van computervrederebreuk zijn niet helder (genoeg) geformuleerd.

¹⁸⁷ Zie ook par. 2.5.2 over het *publiciteitsbeginsel* van Beccaria.

¹⁸⁸ Douwe Brongers zag de noodzaak 'De wet in gewoon Nederlands' te schrijven. Dit kan als kritiekpunt op de algemene helderheid van het wetboek worden opgevat. Brongers 2013.

¹⁸⁹ Zie art. 138b Sr voor een uitzondering.

¹⁹⁰ De Hoge Raad lijkt ook moeite te hebben met dit fenomeen. Zie HR 9 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:560.

¹⁹¹ Eventueel kan gedacht worden aan de discriminatie, of opruiingsartikelen vanwege de Wilders-zaak. Mijns inziens zijn echter ook Wilders aanhangers het eens met de strekking van de artikelen, maar zien zij geen opruiing in deze woorden, of denken zij dat opruiing in deze context wel toegestaan zou moeten zijn.

¹⁹² Ook voor de beantwoording van deze vraag zou empirisch onderzoek geboden zijn.

3.4. **CONCLUSIE**

In dit hoofdstuk heb ik de criteria voor strafbaarstelling uitgebreid behandeld. Specifiek is ingegaan op de criteria voor strafbaarstelling die Hulsman in 1972 presenteerde, en de beginselen van De Roos uit 1987. Door deze verschillende criteria en beginselen onder de loep te nemen, zowel aan de hand van andere auteurs, als door eigen kritiek te leveren, ben ik uitgekomen op een denkschema met vier verschillende stappen voor de criteria voor strafbaarstelling. Door de wetsartikelen uit de openbare orde titel vervolgens te bekijken aan de hand van dit denkschema is een beter begrip van zowel de titel, als het denkschema ontstaan. Geconcludeerd kan worden dat met enkele beperkte aanpassingen de hele titel gelegitimeerd zou kunnen zijn op basis van de criteria voor strafbaarstelling.

4. Rechtsgoederen

In het vorige hoofdstuk is het schadebeginsel uitgebreid aan bod gekomen.¹⁹³ In dit hoofdstuk wordt het belangrijkste alternatief voor het schadebeginsel uitgewerkt: de rechtsgoederengedachte. Het beschermen van rechtsgoederen is volgens verschillende juridische handboeken het doel van het strafrecht.¹⁹⁴ Rechtsgoederen bieden daarmee de legitimatie voor strafbaarstellingen. Tevens staan rechtsgoederen aan de basis van de titels van het wetboek van strafrecht, en worden zij gebruikt voor de uitleg van wetsartikelen.¹⁹⁵

Paragraaf een geeft een introductie tot de rechtsgoederengedachte. Paragraaf twee bestudeert het rechtsgoed 'de openbare orde'. Paragraaf drie kijkt vervolgens naar de verschillende wetartikelen in de openbare orde titel, om na te gaan welk rechtsgoed beschermd wordt door het wetsartikel, en in hoeverre dat aansluit bij de 'openbare orde'.¹⁹⁶ In paragraaf drie wordt tevens gekeken naar het belang van titels in het wetboek van strafrecht.

4.1 INTRODUCTIE TOT RECHTSGOEDEREN

In hoofdstuk drie is gekeken naar het schadebeginsel. De klassiek liberale interpretatie – schade aan lijf, eerbaarheid of goed – heeft mijns inziens twee problemen.¹⁹⁷

- i. Het schadebeginsel maakt het onmogelijk om andere belangen dan schade aan individuen strafrechtelijk te beschermen. Het ontoren van een nationale vlag – zeker als dit binnenshuis gebeurt – kan dan bijvoorbeeld niet strafbaar worden gesteld.¹⁹⁸ Dit voorkomt – aldus de voorstanders van dit beginsel – overmatige overheidsbemoeienis. Toch acht een meerderheid van de Amerikaanse bevolking deze strafbaarstelling wel wenselijk: hoe dient daarmee omgegaan te worden?¹⁹⁹
- ii. Langs het schadebeginsel wordt indirecte schade – tegen overheid of individu – ook minder snel beschermd.²⁰⁰ Een valsmunter met goed nagemaakte eurobriefjes schaadt geen concreet individu of instantie. De persoon aan wie hij de vervalste briefjes overhandigt kan ze zelf gebruiken, niemand komt erachter. De overheid wordt ook nauwelijks door de valsmunter geschaad. De paar duizend euro die een valsmunter in omloop brengt valt immers in het niets vergeleken met de miljarden in de Eurozone.²⁰¹ Toch is valsmunterij een van de oudste strafbepalingen van het wetboek van strafrecht, en is dit overal ter wereld strafbaar.²⁰²

Er bestaat dus – vanuit de samenleving en het utilisme – een wens om meer strafbaar te stellen dan enkel schade aan anderen. Dit kan gedaan worden door gebruik te maken van de rechtsgoederengedachte. Daarmee kan mijns inziens een betere balans worden geslagen tussen de rechtsstatelijke gedachte en democratische wensen. Er kan immers meer strafbaar worden gesteld dan wanneer enkel het schadebeginsel wordt gehanteerd, terwijl nog steeds beschermd wordt tegen de waan van de dag.

¹⁹³ Zie paragraaf 3.1.3.

¹⁹⁴ Esser schrijft dat de opvatting dat het doel van het strafrecht is om rechtsbelangen te beschermen breed is gedeeld. Zie: Esser 2019, p. 17; De Hullu 2018, p. 70 – 72; Kelk/De Jong 2016, p. 17 – 18; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1989, p. 21 – 35; Van Bemmelen 1954, p. 8 – 9; Pompe 1935, p. 22 – 24; Van Hamel 1913, p. 209 – 210 en Vermunt 1984, p. 182.

¹⁹⁵ Van de Wetering, Eckhardt & Bakker 2018.

¹⁹⁶ Dit wordt gedaan door gebruik te maken van de omschreven beschermd belangen in de Tekst & Commentaar Strafrecht.

¹⁹⁷ Voor een uitgebreidere bespreking van dit schadebeginsel, zie paragraaf 3.1.3.

¹⁹⁸ Indien de vlag buitenshuis wordt verbrandt, kan een ander dit eventueel nog beledigend opvatten.

¹⁹⁹ Zie Machielse 1979, p. 26; Feinberg 1984, p. 62. Zie Haidt 2012 voor een analyse van de menselijke moraal in verband met afgekeurd gedrag en strafbaarstellingen.

²⁰⁰ Zie voor een uitweiding omtrent potentiële schade paragraaf 3.1.3.3.

²⁰¹ Dat er geen schade voortkomt uit extra geld in omloop brengen blijkt ook uit het feit dat banken geld kunnen creëren wanneer zij een lening uitgeven; McLeay, Radia & Thomas 2014. Overigens kan beargumenteerd worden dat deze strafbaarstelling gebaseerd kan worden op de *remote harm* gronden van Simester en Von Hirsch. Ook indien die criteria worden toegepast blijft de vraag wat geschaad wordt.

²⁰² Al is het maar doordat art. 4 onder c Sr de Nederlandse strafwet toepasselijk verklaart op ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan valsmunterij.

De term rechtsgoed – of rechtsbelang – heeft geen eenduidige definitie in de literatuur.²⁰³ In deze scriptie wordt de definitie van de Duitser Von Liszt gebruikt. Een rechtsgoed is een 'Levensinteresse', een belang niet door het recht geschapen, maar door het leven zelf.²⁰⁴ In feite kan alles dus een rechtsgoed zijn: van het recht op leven tot het recht snoepjes te eten. Rechtsgoederen hebben van oudsher twee functies: een legitimerende functie en een faciliterende functie.²⁰⁵ De faciliterende functie – hoewel zij niet verder uitgediept wordt in deze scriptie – onderstreept het belang van de rechtsgoederengedachte.²⁰⁶

4.1.1. EEN WAARDIG RECHTSGOED

De wetgever dient gedragingen enkel strafbaar te stellen als daarmee een – waardig – rechtsgoed wordt beschermd.²⁰⁷ Niet alle belangen kunnen echter voor strafrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Indien dat wel het geval zou zijn, zou de legitimerende functie verwaarloosbaar zijn. De strafrechtelijke bescherming zou immers de legitimiteit opleveren, waardoor elk belang – hoe onwaardig ook – een rechtsgoed zou kunnen worden.²⁰⁸ In deze deelparagraaf worden enkele verschillende stromingen bestudeerd die elk een ander antwoord geven op de opgeroepen vraag: welke rechtsgoederen dienen voor bescherming in aanraking te komen?²⁰⁹

4.1.1.1. De wetgever kiest

Birnbaum en Binding beschouwen alles wat door het Duitse recht ten tijde van schrijven beschermd werd als waardig rechtsgoed.²¹⁰ Ook de Zuidwestduitse school, en juristen zoals Grünhut, geven de wetgever complete autonomie over het bepalen van de te beschermen rechtsgoederen.²¹¹ Deze interpretatie haalt het hierboven beschreven probleem echter niet weg: de wetgever kan nog steeds niet bekritiseerd worden voor de strafbaarstellingen die zij in de wet opneemt.²¹²

4.1.1.2. Peršak

Peršak gaat daarom uit van een andere aanpak. Zij vult de rechtsgoedtheorie in aan de hand van het schadeprincipe, en past dit schadeprincipe vervolgens toe op verschillende rechtsgoederen.²¹³ Om voor bescherming van de wet in aanmerking te komen dient een rechtsgoed belangen te vertegenwoordigen die noodzakelijk zijn voor sociale rust en individueel welzijn.²¹⁴ Het rechtsgoed moet dus direct in verband staan met directe of indirecte schade aan anderen, en het moet noodzakelijk zijn voor sociale rust en individueel welzijn. Peršak waarschuwt voor 'catch-all-notions', zoals 'de bescherming van de openbare orde', omdat deze rechtsgoederen te breed zijn. Deze interpretatie heeft enkele overeenkomsten met die van Binding.²¹⁵ Binding stelt namelijk dat enkel de voorwaarden voor een gezond samenleven beschermd dienen te worden.²¹⁶ Om de voorwaarden van Peršak tastbaarder te maken, kunnen zij getoetst worden aan de twee eerdergenoemde

²⁰³ Deze termen worden grotendeels door elkaar heen gebruikt, met eenzelfde betekenis. Zie Machielse 1979, p. 23, maar ook Cleiren & Ten Voorde 2016, p. 398.

²⁰⁴ Von Liszt 1912, p. 73; Machielse 1979, p. 30. Von Liszt stelt vervolgens dat dit belang pas een rechtsgoed wordt wanneer het de bescherming van de wetgever krijgt. Die nuancering maakt de rest van het hoofdstuk echter onduidelijk. In plaats daarvan zal gesproken worden over rechtsgoederen, en rechtsgoederen die beschermd worden door de wet.

²⁰⁵ Machielse 1979, p. 23.

²⁰⁶ Zie voor een betoog vóór een nadrukkelijker rol van rechtsgoederen in de praktijk Van de Wetering, Eckhardt en Bakker 2018.

²⁰⁷ Machielse 1979, p. 24; Roxin 1994, p. 14; Hassemer 2003, p. 59.

²⁰⁸ Machielse 1979; zie ook Munneke 2015, p. 14-15.

²⁰⁹ Er is gekozen voor drie theorieën met wijd uiteenlopende bronnen: het (oude) continentale recht, een nieuwe aanpak tussen het continentale recht en het Angelsaksische recht, en een Amerikaanse grondwettelijke benadering.

²¹⁰ Amelung 1972, p. 44; Binding 1890, p. 339 e.v.; Binding 1913, p. 113; Machielse 1979, p. 27. Binding vertrekt vanuit het bestaande rechtsgoed en bouwt daarop de norm, en verklaart vervolgens het strafrecht vanuit die norm.

²¹¹ Machielse 1979, 33. De Zuidwestduitse school ziet in feite enkel de faciliterende functie van rechtsgoederen.

²¹² Dit was volgens Machielse problematisch omdat: "Zo een beperkt rechtsgoedbegrip was niet bij machte als kritisch uitgangspunt te dienen bij de beoordeling van het nationaalsocialistische strafrecht" Machielse 1979, p. 34. Zie ook: Hassemer 2014, p. 226 – 227; Swoboda 2010, p. 28 – 29; Von Hirsch 2003, p. 131 Engländer 2015, p. 620 – 622. Zie anders: Dubber 2005, p. 691.

²¹³ Peršak 2007, p. 113 e.v.

²¹⁴ Peršak 2007, p. 107 – 117.

²¹⁵ Binding 1890, p. 342.

²¹⁶ Machielse 1979, p. 29. Helaas werkt Binding deze gedachte niet verder uit, en kijkt hij in plaats daarvan naar hetgeen de wetgever daadwerkelijk strafbaar heeft gesteld, waardoor zijn theorie ook veel overeenkomt met de theorie van paragraaf 4.1.2.1.

voorbeelden: het ontoren van een vlag en valsmunterij. Het beschermen van het vertrouwen in de nationale munt is een rechtsgoed en is noodzakelijk voor de sociale rust. Valsmunterij kan dus volgens Peršak strafbaar gesteld worden. Nationale trots is daarentegen wel een rechtsgoed, maar niet noodzakelijk voor sociale rust of individueel welzijn.²¹⁷ Vlagontering kan dus niet strafbaar worden gesteld.

4.1.1.3. De Amerikaanse benadering

In deze deelparagraaf bestudeer ik de Amerikaanse constitutionele toets voor de legitimiteit van overheidsoptreden. Deze toets kijkt – onder andere – naar het soort belangen waar de overheid voor mag ingrijpen. Dit komt overeen met de continentale rechtsgoederengedachte. Om die rechtsgoederengedachte verdere invulling te geven is het daarom interessant deze toets verder te bestuderen.

Amerikaanse rechters worden geacht in elk individueel geval te toetsen in hoeverre overheidsoptreden gelegitimeerd is.²¹⁸ Zelfs bij algemeen geldende voorschriften dient de overheid aan te tonen dat de inperking van de rechten van de burger gelegitimeerd is. De rechter toetst dit op drie manieren.

- i. Wanneer niet-fundamentele rechten – rechten die niet in de Amerikaanse grondwet zijn opgenomen – worden aangetast door overheidsoptreden, dient dit overheidsoptreden een verband te houden met een legitiem overheidsbelang.²¹⁹
- ii. Indien fundamentele rechten – zoals de vrijheid van meningsuiting, of het recht om wapens te dragen – worden getroffen, dient het overheidsoptreden noodzakelijk te zijn om een ‘compelling governmental interest – een dwingend staatsbelang – te dienen.²²⁰ Daarnaast dient het overheidsoptreden de minst vrijheidsbenemende manier – die specifiek voor dit doel is ontworpen – te zijn om dat te doen.²²¹
- iii. De derde categorie is een tussencategorie voor – kortgezegd – discriminatiezaken en enkele vrijheid van meningsuiting zaken. In deze zaken dient het overheidsoptreden een overheidsbelang te bevorderen, op een manier die substantieel te maken heeft met dat belang.²²²

De eerste toets – voor niet-fundamentele rechten – wordt bijna altijd gehaald.²²³ Dit is niet verbazingwekkend. Het is niet makkelijk om een strafbaarstelling te bedenken die niet – vagelijks – met een overheidsbelang verband houdt. Mijns inziens dient echter – binnen het Amerikaanse systeem – voor elke strafbaarstelling de tweede toets – voor fundamentele rechten – te worden gebruikt. Hoewel het recht op vals geld, of het recht lawaai te maken, geen fundamenteel recht is, is het recht om in vrijheid te leven dat namelijk wel.²²⁴ Dat laatste recht – om in vrijheid te leven – wordt bij elke strafbaarstelling potentieel aangetast. Wanneer een gevangenisstraf opgelegd kan worden is dit evident, maar ook taakstraffen en boetes kunnen tot gevangenisstraf leiden via de vervangende hechtenis. Bij elke strafbepaling dient dan ook gekeken te worden naar de toets voor fundamentele rechten, omdat een grote kans bestaat dat een dergelijk recht geschonden wordt wanneer de strafbepaling wordt toegepast.²²⁵ Dit betekent dat naar de strengere toets moet worden gekeken: noodzakelijk voor een dwingend staatsbelang.

Deze toets is strenger dan de eerste, maar mist helderheid.²²⁶ Miller schrijft dat de Amerikaanse Supreme Court zijn best lijkt te hebben gedaan om geen algemene principes te geven voor de

²¹⁷ Sterker nog, kijkend naar menige voetbalrel lijkt het aannemelijk dat nationale trots de sociale rust eerder schaadt dan baat.

²¹⁸ Miller 2018, p. 1.

²¹⁹ Miller 2018, p. 2.

²²⁰ Miller 2018, p. 2.

²²¹ Miller 2018. Dit doet denken aan het subsidiariteitsbeginsel, zie daarvoor uitgebreider 3.1.2.1.

²²² Miller 2018, p. 2. Aangezien deze toets nauwelijks wordt gebruikt voor strafbepalingen, en mijns inziens daar ook niet voor gebruikt dient te worden, laat ik hem verder onbesproken. Zie ook: Quine 1987, p. 210 – 212.

²²³ Walter 2018, p. 79 – 80.

²²⁴ Al is er misschien nog een argument te maken dat het recht om lawaai te maken op straat onder de vrijheid van meningsuiting valt.

²²⁵ Husak 2008, p. 101 e.v.; Husak 2011, p. 101 – 102; Husak 2019, p. 394 e.v.

²²⁶ Zie bijvoorbeeld Schneider 1988.

invulling van 'een dwingend staatsbelang'.²²⁷ Het is enkel duidelijk dat de Court dit op een individueel niveau bij elke rechtszaak opnieuw toetst.²²⁸ Er zijn wel enkele voorbeelden uit de rechtspraak te ontwaren. Zo is het verkrijgen van een divers studentenbestand in een publieke rechtenuniversiteit een dwingend staatsbelang, net als het bevorderen van gendergelijkheid.²²⁹

4.1.1.4. Conclusie waardig rechtsgoed

In bovenstaande paragrafen zijn drie theorieën bestudeerd om te kijken welke rechtsgoederen door de strafwet beschermd dienen te worden. Deze drie theorieën dienen met elkaar vergeleken, en tegen elkaar afgewogen te worden. De theorie van de Zuidwestduitse school ziet rechtmatigheid in alles wat de overheid doet.²³⁰ Peršak ziet daarentegen rechtmatigheid enkel bij de bescherming van belangen die noodzakelijk zijn voor sociale rust en individueel welzijn. De Amerikaanse toets van 'noodzakelijk voor een dwingend staatsbelang' kan – ook zonder nadere invulling – als tussenweg beschouwd worden. Strafbbaarstelling is volgens deze theorie niet gelegitimeerd enkel omdat de wetgever dat zegt, maar mag ook plaatsvinden bij gedragingen die niet noodzakelijk zijn voor de sociale rust of het individuele welzijn.²³¹

Aangezien de Zuidwestduitse theorie een kritisch uitgangspunt mist, verdienen beide andere theorieën mijns inziens de voorkeur.²³² Peršak's toets verdient vervolgens de voorkeur boven de Amerikaanse toets. De Amerikaanse toets heeft mijns inziens twee nadelen. (i) De toets is te vaag, daardoor ontstaat een risico op schijnlegitimiteit.²³³ (ii) De toets is te breed, daardoor worden te weinig grenzen gesteld aan het optreden van de wetgever. Peršak's toets heeft deze nadelen in veel mindere mate. Hoewel 'sociale rust en individueel welzijn' ook geen concrete begrippen zijn, zijn zij beperkter en helderder dan 'een dwingend staatsbelang'.

4.1.2. CONCLUSIE

In deze paragraaf is een introductie tot rechtsgoederen gegeven. Rechtsgoederen worden gebruikt om het gedrag van de wetgever te legitimeren, en het gebruik van rechtsgoederen brengt enkele voordelen met zich mee ten opzichte van het gebruik van (enkel) het schadebeginsel. De rechtsgoederengedachte kan de wetgever enkel legitimeren wanneer grenzen worden gesteld aan de rechtsgoederen die door de wetgever beschermd mogen worden. Zonder grenzen heeft de legitimerende functie geen waarde. Ik heb in de afgelopen paragraaf drie verschillende theorieën omtrent die grenzen uiteengezet. Mijns inziens biedt de tweede theorie – rechtsbelangen dienen beschermd te worden indien zij noodzakelijk zijn voor sociale rust en individueel welzijn – de voorkeur. Die voorkeur is echter van een persoonlijke aard, in de volgende paragraaf wordt het rechtsgoed 'de openbare orde' dan ook getoetst aan alle drie de theorieën, om ook een beter beeld te geven van de andere theorieën. In de derde paragraaf worden verschillende rechtsgoederen kort bekeken, dan zal enkel gebruik gemaakt worden van Peršak's toets.

4.2. DE OPENBARE ORDE

*"Ten slotte rekent men tot misdrijven van de derde soort, die welke in het bijzonder de openbare orde en de rust van burgers verstoren: geschreeuw en dronkenschap op de openbare weg, die bestemd is voor de handel en wandel van burgers; het houden van opzweepende toespraken, die gemakkelijk de passies van een nieuwgierige menigte opwekken; zij ontleen hun kracht aan een groot aantal toehoorders en roepen een duistere en geheimzinnige vervoering op die meer uitwerking heeft dan een helder en rustig betoog, dat nooit effect heeft op een grote massa mensen."*²³⁴

²²⁷ Miller 2018, p. 3. Er wordt wel uitgebreid ingegaan op 'noodzakelijk' en de relatie tussen het overheidsoptreden en het belang, maar niet op het begrip 'een dwingend staatsbelang'. Zie *Holt v. Hobbs* en *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal*.

²²⁸ Miller 2018, p. 3.

²²⁹ Zie *Roberts v. United States Jaycees* en *Grutter v. Bollinger*. Vanwege de individuele toetsing kan niet te veel waarde worden gehecht aan deze voorbeelden.

²³⁰ Wanneer in deze tussenconclusie verwezen wordt naar de Zuidwestduitse school wordt tevens verwezen naar Birnbaum, Binding en Grünhut.

²³¹ Bijvoorbeeld ook bij het schaden van de nationale trots door een vlag te verbranden.

²³² Machielse 1979, p. 32 – 33.

²³³ Esser 2019, p. 37. Zie ook Witteveen 2014, p. 272 – 279 en Greco 2011.

²³⁴ Beccaria 2016, p. 77.

In deze paragraaf wordt het rechtsgoed 'de openbare orde' aan drie verschillende interpretaties omtrent de legitimerende functie van rechtsgoederen getoetst.²³⁵ Daarvoor wordt een definitie gegeven van het rechtsgoed 'de openbare orde'.

4.2.1. DEFINITIE VAN 'DE OPENBARE ORDE'

De Memorie van Toelichting bij het wetboek van strafrecht definieert de openbare orde bijzonder ruim.²³⁶ De wetgever lijkt in de titel omtrent de openbare orde een restcategorie gevonden te hebben, en de definitie laat daarom voornamelijk zien welke delicten niet onder de openbare orde vallen. Zo worden misdrijven die rechtstreeks tegen de veiligheid van de staat, of tegen het lijf van een bepaald persoon gericht zijn, uitgesloten.²³⁷ Een dergelijke ruime en daarmee vage definitie van een rechtsgoed bergt volgens Esser het inherente risico "*dat aan strafbaarstelling een schijnlegaliteit wordt toegekend, en juist de deur wordt opengezet voor een meer repressief gebruik van het strafrecht, en dat alles dus met een beroep op de systeemeigen termen.*"²³⁸

Om de legitimiteit van strafbaarstellingen gebaseerd op het rechtsgoed openbare orde vast te stellen, is een duidelijke – en engere – definitie dus noodzakelijk. Er bestaat geen eenduidige definitie van het rechtsgoed 'openbare orde' in de literatuur. In de volgende deelparagraaf beschrijf ik drie verschillende definities uit de loop der jaren.

4.2.1.1. Openbare orde als rechtsorde

Enkele auteurs hebben de openbare orde gedefinieerd als rechtsorde. Zij stellen dat zodra een wet is overtreden, en de rechtsorde dus is geschaad, de openbare orde is verstoord. Schilder en Brouwer stellen bijvoorbeeld dat de enkele overtreding van een KNVB stadionverbod op zichzelf al voldoende is om een verstoring van de openbare orde aan te nemen.²³⁹ Ook Van Kooten en Van Noorloos sluiten zich bij deze definitie aan door te stellen dat een schending van 'normen of beginselen die noodzakelijk zijn voor het functioneren van de Nederlandse samenleving', een schending van de openbare orde oplevert.²⁴⁰

Mijns inziens is deze definitie niet nauwkeurig genoeg om het rechtsgoed 'openbare orde' vorm te geven. Niet alleen lijkt het mogelijk om wetsschendingen te hebben die de openbare orde niet aantasten, het lijkt ook mogelijk dat de openbare orde wel wordt verstoord, en het rechtsgoed wel wordt aangetast, maar geen schending van het recht plaatsvindt.²⁴¹

4.2.1.1.1. De openbare orde als normale gang van zaken

Advocaat-Generaal Sjacobs omschrijft de openbare orde als "*De normale gang van het maatschappelijk leven op een bepaalde plaats en onder de gegeven omstandigheden.*"²⁴² Knigge vult deze definitie aan door te schrijven dat de gegeven omstandigheden objectief kenbaar moeten zijn, en dat de openbare orde niet altijd openlijk geschonden hoeft te worden.²⁴³ Van der Meulen geeft een definitie die hier nauw bij aansluit: "*De openbare orde is de - naar tijd en plaats bepaalde - normale gang van zaken op voor het publiek toegankelijke plaatsen, welke gang van zaken wordt gekenmerkt door een overwegende mate van algemene vrijheid deze plaatsen overeenkomstig hun bestemming te gebruiken in veiligheid voor persoon en goed.*"²⁴⁴ Al deze definities sluiten mijns inziens goed aan bij de definitie van Hennekens: "*het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven ter plaats, voor zover dat door menselijk handelen beïnvloed en bepaald wordt.*"²⁴⁵

²³⁵ Zie de vorige paragraaf voor een toelichting op deze drie interpretaties.

²³⁶ Smidt 1891 eerste deel, p. 11.

²³⁷ Smidt 1891 eerste deel, p. 11.

²³⁸ Esser 2019, p. 37. Zie ook Witteveen 2014, p. 272 – 279 en Greco 2011.

²³⁹ Rechtbank Rotterdam 11 november 2014, AB 2016/68 m.nt. Brouwer & Schilder.

²⁴⁰ Van Kooten 2019, aant. 7.2; Van Noorloos 2011, p. 226.

²⁴¹ Zie voor het eerste: HR 15 juni 2010, NJ 2010/362, waarin bedelen op straat niet zonder meer de openbare orde verstoort. Zie ook Munneke 2015, p. 14-15; zie ten slotte Conclusie AG Timmerman bij HR 26 juni 2009, NJ 2009/396, par. 3.15 en HR 26 juni 2009, NJ 2009/396, par. 3.3 voor enkele civielrechtelijke reacties op dit argument. Denk voor het tweede bijvoorbeeld aan een geoorloofde demonstratie.

²⁴² Conclusie 'sJacob bij HR 29 november 1966, NJ 1967/58.

²⁴³ Conclusie AG Knigge bij HR 30 januari 2007, NJ 2007/96, par. 9, 10 en 15.

²⁴⁴ Van der Meulen 1993, p. 21.

²⁴⁵ Hennekens 2013, p. 8.

De eerste definities worden door Munneke bekritiseerd doordat zij gebruik maken van de term 'normaal', en het onduidelijk is wat daarmee wordt bedoeld.²⁴⁶ Zijn kritiek moet enigszins in perspectief worden geplaatst. Hij vernauwt de definitie immers zelf naar 'situaties die de normale rust en veiligheid van het openbare betreffen'.²⁴⁷ Mijns inziens kunnen deze definities als volgt samengevoegd worden. De openbare orde is de – naar tijd en plaats bepaalde – normale gang van zaken, waaronder het vrijelijke gebruik van openbare plaatsen overeenkomstig hun bestemming, het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven, en de rust en veiligheid van het openbare vallen.

4.2.1.1.2. Openbare orde om wanorde te voorkomen

Ten Voorde schrijft in Tekst & Commentaar dat de misdrijven tegen de openbare orde strafbaar worden gesteld om publieke wanordelijkheden te voorkomen.²⁴⁸ Sackers schrijft dat het rechtsgoed 'openbare orde' waakt tegen een gevaar voor onrust en wanorde in de samenleving.²⁴⁹ Van Bemmelen beschrijft de openbare orde als waakhond tegen revolutionaire woelingen.²⁵⁰ Dit sluit enigszins aan bij de beschrijving van Brants, Kool en Ringnalda die menen dat de openbare orde ook een externe functie heeft, doordat zij ook de openbare democratische orde onder het rechtsgoed 'openbare orde' scharen. Deze openbare democratische orde kan door intolerantie in gevaar komen, en daarvoor dient gewaakt te worden.²⁵¹ Mevis en Verrest menen dat het rechtsgoed 'openbare orde' ook van belang is om de gevoelens van slachtoffers te beschermen, doordat ook enkele uitingsdelicten, zoals holocaustontkenning, onder dit begrip dienen te vallen.²⁵² Langemeijer beschrijft de openbare orde uiteindelijk als een schaal tussen het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven, en de fundamentele beginselen van de rechtsorde.²⁵³ Hoewel deze auteurs niet zozeer een definitie geven van de openbare orde, plaatsen zij het rechtsgoed 'openbare orde' wel in een context die van belang is voor deze paragraaf. Samengevat beschrijven zij dit belang als het tegengaan van onrust en wanorde, en het voorkomen van aanvallen op de openbare democratische orde.

4.2.1.2. Conclusie Definitie van openbare orde

Het rechtsgoed 'openbare orde' verliest mijns inziens haar waarde indien alle strafbare feiten daaronder worden geschaard. De openbare orde dient ook los van de rechtsorde beschermd te worden. De democratische openbare orde valt mijns inziens wél onder het rechtsgoed 'openbare orde', aangezien dit specifiek de manier van samenkomen en het gebruik maken van bepaalde openbare bestemmingen betreft. Concluderend stel ik dat de openbare orde de – naar tijd en plaats bepaalde – normale gang van zaken is, waaronder het vrijelijke gebruik van openbare plaatsen overeenkomstig hun bestemming, het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven, en de rust en veiligheid van het openbare, vallen.

4.2.2. HET TOETSEN VAN DE OPENBARE ORDE AAN ENKELE LEGITIMERENDE THEORIEËN

In paragraaf één zijn drie theorieën besproken die grenzen stellen aan de rechtsgoederen die beschermd dienen te worden door de wetgever. In deze paragraaf wordt het rechtsgoed 'openbare orde', zoals uiteengezet in de afgelopen deelparagraaf, getoetst aan die drie theorieën.

4.2.2.1. Complete autonomie voor de wetgever

Deze theorie redeneert vanuit de status quo: alles wat op dit moment beschermd wordt, mag beschermd worden. Op basis van deze redenering is de wetgever gelegitimeerd om het rechtsgoed 'openbare orde' wettelijk te beschermen, en op basis daarvan verschillende vrijheden van burgers in te perken.

4.2.2.2. Belangen die noodzakelijk zijn voor sociale rust en individueel welzijn

Het rechtsgoed 'openbare orde' is – mijns inziens – een belang wat noodzakelijk is voor de sociale rust en individueel welzijn. Het 'ordelijk verloop van het gemeenschapsleven' en de 'normale gang

²⁴⁶ Munneke 2015, p. 13 – 15.

²⁴⁷ Munneke 2015, p. 14-15.

²⁴⁸ Ten Voorde 2019, inleidende opmerkingen bij Boek II titel V.

²⁴⁹ Sackers 2009, p. 220; Van Stokkum, Sackers & Wils 2007, p. 45.

²⁵⁰ Van Bemmelen 1954, p. 103.

²⁵¹ Brants, Kool en Ringnalda 2007, p. 59.

²⁵² Mevis & Verrest 2013, p. 224.

²⁵³ Conclusie AG Langemeijer bij HR 19 januari 1962, NJ 1962, 107, p. 423.

van zaken' lijken immers allebei noodzakelijk te zijn voor sociale rust. Ook het voorkomen van revoluties en het tegengaan van intolerantie vallen onder de term 'sociale rust'.²⁵⁴

4.2.2.3. Een dwingend staatsbelang

Het rechtsgoed 'openbare orde' dient een dwingend staatsbelang. Hoewel volgens de Amerikaanse rechters het dwingend staatsbelang alleen op individueel niveau getoetst kan worden, ben ik ervan overtuigd dat de staat een groot belang heeft bij het behoud van de openbare orde. Het is immers van groot belang voor een staat dat mensen openbare plaatsen vrijelijk kunnen gebruiken, en dat het gemeenschapsleven ordelijk verloopt. Het voorkomen van wanordelijkheden en verstoringen van de openbare orde kan veelal ook alleen door de overheid gedaan worden, waardoor ook aan het criterium van Miller – een comparative advantage – wordt voldaan.²⁵⁵

4.2.3. CONCLUSIE

In deze paragraaf is een definitie van het rechtsgoed 'openbare orde' gegeven. Deze is opgesteld aan de hand van verschillende juristen uit verschillende beroepsstromingen. Vervolgens is gekeken in hoeverre de openbare orde als rechtsgoed beschermd dient te worden door de strafwet. Op basis van de verschillende theorieën die daarover in paragraaf één van dit hoofdstuk uiteen zijn gezet blijkt dat wetgever gelegitimeerd is als zij wil optreden om de openbare orde te beschermen.

4.3. RECHTSGOEDEREN BIJ DE WETSARTIKELN VAN DE OPENBARE ORDE TITEL

In de vorige paragraaf is geconcludeerd dat de bescherming van het rechtsgoed openbare orde een legitieme grond is voor de wetgever om tot strafbaarstelling over te gaan. Reeds daarvoor is aangegeven dat de indeling van het Wetboek van Strafrecht gebaseerd is op de rechtsgoederen die in elke titel beschermd worden.²⁵⁶ Een simpele conclusie zou kunnen zijn dat de strafbaarstellingen in de openbare orde titel, dus gelegitimeerd zijn. Die conclusie is echter voorbarig. Titel V is opgemaakt uit allerlei – wijd uiteenlopende – strafbepalingen. Zoals in de vorige hoofdstukken is gezien strekken de strafbepalingen zich uit van anti-discriminatiebepalingen tot computervrededreuk.

Deze paragraaf onderzoekt op basis van welke rechtsgoederen de strafbepalingen in de openbare orde titel gelegitimeerd kunnen worden. Daarna wordt kort ingegaan op het belang van titels voor de vaststelling van de legitimiteit van een strafbaarstelling.

4.3.1. DE RECHTSGOEDEREN ACHTER DE WETSARTIKELN

In deze paragraaf ga ik – overwegend op basis van de in Tekst & Commentaar genoemde beschermde belangen – na welke rechtsgoederen beschermd worden in de openbare orde titel.²⁵⁷ De wetsartikelen zijn mijns inziens in zeven groepen te verdelen: (i) artikelen met als rechtsgoed de openbare orde, (ii) artikelen met als rechtsgoed de bescherming van het privéleven of de bescherming van het elektronisch verkeer, (iii), de artikelen met als rechtsgoed de bescherming van het opsporingsonderzoek (de rechtsorde), (iv), de artikelen die gericht zijn op het voorkomen van terroristische aanslagen, (v), de artikelen omtrent kinderen en commercieel draagmoederschap, (vi) de artikelen die het recht op non-discriminatie beschermen, en (vii), de artikelen die het huisrecht beschermen.

Hieronder wordt per groep uiteengezet welke artikelen daaronder vallen, en in hoeverre dat rechtsgoed aangemerkt kan worden als een te beschermen rechtsgoed aan de hand van de toets van Peršak: is het noodzakelijk voor de sociale rust en het individueel welzijn.²⁵⁸ Deze uiteenzetting

²⁵⁴ Dit laatste geldt enkel indien de democratische openbare orde onderdeel uitmaakt van het rechtsgoed 'openbare orde'. Hierbij dient opgemerkt te worden dat Peršak expliciet waarschuwt voor het gebruik van 'catch-all notions', zoals de bescherming van de openbare orde. Het is de hoop dat hierboven vastgestelde definitie niet als zodanig aangemerkt wordt. Peršak 2007, p. 107. Zie ook Hefendehl 2003, p. 121.

²⁵⁵ Miller 2018, p. 3 – 5.

²⁵⁶ Smidt 1891 tweede deel, p. 1; Machielse 2001, aant. 5.

²⁵⁷ Het beschermd belang uit de Tekst & Commentaar is telkens als uitgangspunt gebruikt. Bij verschillende artikelen is daar vanaf geweken omdat een ander rechtsgoed passender was.

²⁵⁸ Zie paragraaf 4.1.1.4.

is minder uitgebreid dan hiervoor omtrent de openbare orde is gedaan, maar biedt een eerste indruk van de legitimiteit van deze andere artikelen.²⁵⁹

4.3.1.1. De openbare orde

Het gros van de artikelen is – volgens Tekst & Commentaar – gericht op de bescherming van de openbare orde.²⁶⁰ In bovenstaande paragrafen is uiteengezet dat de openbare orde aangemerkt kan worden als een te beschermen rechtsgoed, deze wetsartikelen zijn in zoverre dus gelegitimeerd. Enkele artikelen beschermen ook een ander rechtsgoed. Zo lijken art. 145 en 146 Sr – omtrent het verstoren van een religieuze vergadering – mede gericht op de bescherming van een vrije uitoefening van het geloof. Dit doet niet af aan de legitimiteit van strafbaarstelling op basis van de openbare orde.

4.3.1.2. Recht op privéleven of de bescherming van het elektronisch verkeer

Verschillende artikelen zijn gericht op de bescherming van het privéleven, onder meer door de bescherming van het (privé) elektronisch verkeer.²⁶¹ Getoetst dient te worden of het recht op privéleven noodzakelijk is voor de sociale rust en het individueel welzijn. Het recht op privéleven is zowel noodzakelijk voor individueel welzijn, als voor de sociale rust.²⁶² De democratische rechtsstaat veronderstelt immers participatie van vrije en mondige burgers, wat niet mogelijk is zonder dat het privéleven gewaarborgd wordt.²⁶³ Dat het recht op privéleven zich uitstrekt tot het recht op privé elektronisch verkeer wordt onder meer duidelijk gemaakt in de preambule van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).²⁶⁴

4.3.1.3. Bescherming van het opsporingsonderzoek

Art. 151 Sr – het verbergen van een lijk om de oorzaak van het overlijden te verhelen – lijkt te zien op de bescherming van het opsporingsonderzoek. Een goed verloop van het opsporingsonderzoek is noodzakelijk voor de sociale rust – al is het maar om eigenrichting te voorkomen.

4.3.1.4. Voorkomen van toekomstige strafbare feiten

Art. 135 Sr – het opzettelijk nalaten een strafbare samenspanning te vermelden – en 140 Sr – het deelnemen aan een criminele organisatie – zien op het voorkomen van toekomstige strafbare feiten. In hoeverre dat een te beschermen rechtsbelang is, hangt voornamelijk af van het misdrijf wat voorkomen wordt. Het voorkomen van toekomstige strafbare feiten is dan ook niet *an sich* een te beschermen rechtsgoed. Het is echter mogelijk – zelfs aannemelijk – dat de strafbaarstellingen van art. 135 en 140 Sr noodzakelijk zijn om toekomstige zware misdrijven – zoals bijvoorbeeld moord of mensenhandel – te voorkomen.²⁶⁵ Indien dat het geval is kunnen deze artikelen toch gelegitimeerd worden vanuit de rechtsgoederengedachte, omdat de artikelen dan zien op te beschermen rechtsgoederen.²⁶⁶

4.3.1.5. Terrorisme

De artikelen 134a, 136 en 140a Sr zien op het voorkomen van terrorisme. Dat het waken voor terrorisme noodzakelijk is voor sociale rust en individueel welzijn is evident.

4.3.1.6. Kinderen en commercieel draagmoederschap

²⁵⁹ In deze scriptie wordt tevens niet (uitgebreid) ingegaan op de noodzaak van verschillende wetsartikelen om het genoemde rechtsgoed te beschermen. Dat is immers overwegend een politieke of persoonlijke vraag.

²⁶⁰ De artikelen 131, 132, 134, 139, 141, 141a, 142, 143, 145, 146, 148, 149, 150 Sr.

²⁶¹ De artikelen 138ab, 138b, 138c, 139a, 139b, 139c, 139d, 139e, 139f, 139g, en 139h.

²⁶² Aangezien het recht op privéleven verankert is in art. 8 EVRM, kan betoogd worden dat de wetgever een positieve verplichting heeft tot strafbaarstelling ter bescherming van mensenrechten. In hoeverre dat voor deze artikelen geldt wordt hier niet bekeken. Zie Cleiren & Ten Voorde 2019, p. 437; of (uitgebreid) Van Kempen 2008.

²⁶³ Zie bijvoorbeeld de Travaux Préparatoires, art. 8 EVRM, 1956.

²⁶⁴ Richtlijn 95/46/EG, 27 april 2016, zie onder meer overweging 1.

²⁶⁵ Zo zou men kunnen beargumenteren dat door de meldplicht sommige zware misdrijven voortijdig gemeld worden, en door de strafbaarstelling van criminele organisaties vroegtijdig ingegrepen kan worden voordat een organisatie (ergere of andere) misdrijven pleegt.

²⁶⁶ Ervan uitgaande dat moord (recht op leven) en mensenhandel (recht op vrijheid van uitbuiting) strafbaar te stellen rechtsgoederen zijn. Zie onder meer Esser 2019.

De artikelen 151a, 151b en 151c Sr zien op de bescherming van kinderen en de strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap. Artikel 151a Sr – het bevorderen dat een kind zonder toestemming van de kinderbescherming als pleegkind wordt opgenomen – beoogt onder meer het kind te beschermen tegen verwaarlozing of overlijden.²⁶⁷ Artikelen 151b en 151c Sr – de strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap – zien op de bescherming van het kind en de draagmoeder tegen onder andere emotionele problemen en identiteitsproblemen.²⁶⁸ Het rechtsbelang van het emotionele en fysieke welzijn van kinderen en moeders lijkt in ieder geval noodzakelijk voor individueel welzijn, en eventueel ook voor sociale rust.²⁶⁹

4.3.1.7. Het recht op non-discriminatie

De artikelen 137c, 137d, 137e, 137f en 137g Sr beschermen het recht om niet-gediscrimineerd te worden, oftewel het recht op een gelijke behandeling. Dat discriminatie het individueel welzijn aantast behoeft geen betoog. Het recht is tevens noodzakelijk voor de sociale rust, onder meer omdat discriminatie tot een kloof in de samenleving kan leiden.²⁷⁰

4.3.1.8. Huisrecht

Artikel 138 en artikel 138a beschermen het huisrecht, en daarmee onder meer het eigendomsrecht. Eigendomsrecht wordt overwegend beschouwd als noodzakelijk voor individueel welzijn en sociale rust.²⁷¹

4.3.1.9. Conclusie

Bovenstaande toont dat het rechtsgoed 'openbare orde' niet het enige, of zelfs maar het voornaamste, rechtsgoed is wat beschermd wordt door de wetsartikelen de openbare orde titel. De overige artikelen kunnen echter grotendeels wel gelegitimeerd worden aan de hand van andere rechtsgoederen. In de volgende deelparagraaf wordt gekeken naar het belang van de plaats van wetsartikelen in het wetboek.

4.3.2. HET BELANG VAN TITELS

De onderverdeling van titels in het Wetboek van Strafrecht is nooit sluitend geweest. Toch heeft de Wetgever van oudsher rekening gehouden – tijdens het plaatsen van een nieuw wetsartikel – met de titel waarin dit artikel thuishoort. Dit komt onder andere omdat de titel waarin een artikel staat gebruikt wordt voor de wetsuitleg.²⁷² Dit leerstuk – *rubrica est lex* – heeft altijd enige waarde gehad.²⁷³ Deze waarde komt hoofdzakelijk doordat de titel het rechtsgoed wat beschermd wordt weerspiegelt.²⁷⁴ Het rechtsgoed heeft immers – naast de hierboven omschreven legitimerende functie – ook een faciliterende functie die veelvuldig gebruikt wordt in de praktijk.²⁷⁵

Zowel de waarde van het leerstuk *rubrica est lex*, als de zelfstandige waarde van rechtsgoederen wordt verminderd indien in een titel niet meer overwegend eenzelfde rechtsgoed wordt gebruikt, of indien het rechtsgoed wat de titel beoogt te beschermen te vaag geformuleerd is. Belangrijker voor deze scriptie is echter dat ook de legitimerende functie van rechtsgoederen vervaagt wanneer een titel niet voldoende specifiek is in de bescherming van een – duidelijk – rechtsgoed. Men krijgt dan immers te maken met een schijnlegaliteit, waarin de wetgever stelt het algemene rechtsgoed van

²⁶⁷ Zie *Kamerstukken II*, 1953-54, 3530 nr. 3, p. 7 – 8.

²⁶⁸ Zie *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21968, nr. 3, p. 1.

²⁶⁹ Zie *Kamerstukken II*, 1953-54, 3530 nr. 3, p. 8.

²⁷⁰ Deze artikelen zijn in de openbare orde titel geplaatst omdat zij gericht waren op de bescherming van de sociale rust. Zie Ten Voorde 2019 en Van Noorloos 2011, p. 197.

²⁷¹ Zie onder meer art. 1 van het Eerste Protocol van het EVRM.

²⁷² Zie Machielse 2001, aant. 7.

²⁷³ Zie Nijboer 1987 voor een uiteenzetting van het belang van de systematische grondslag van het wetboek van strafrecht. Het leerstuk *rubrica est lex* wordt ook in de rechtspraak aangehaald. Zie bijvoorbeeld HR 19 februari 2013, Gst. 2013, 57 m.nt. Hennekens.

²⁷⁴ Zie bijvoorbeeld Feenstra 2017.

²⁷⁵ Zie bijvoorbeeld over rassendiscriminatie: HR 22 april 2014, NJ 2014/336; over opruiing: Conclusie AG Machielse bij HR 3 juli 2012, NJ 2012, 656 (Hofstad II); en over lijkschennis: HR 28 februari 2012, NJ 2012/557. Daarnaast wordt het rechtsgoed in de praktijk gebruikt bij de behandeling van samenloop en de beoordeling van *ne bis in idem*. Vgl. EHRM 16 juni 2009, EHRC 2009, 99, m.nt. Luja; HR 20 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1111, m. nt. J.M. ten Voorde, r.o. 2.7.

de titel te beschermen, maar daar elk soort strafbepaling in kan zetten.²⁷⁶ Zonder de wetgever van mogelijk misbruik te verdenken, is dit problematisch omdat de legitimizeitsvraag daardoor niet meer uitgebreid beantwoord hoeft te worden: de wetgever hoeft in feite minder goed na te denken.

Het risico op een dergelijke schijnlegaliteit bestaat bij de openbare orde titel. Zoals reeds gebleken is deze titel is dusdanig onsamenhangend dat bovenstaande problemen opdoemen. Mulder stelt dat in deze titel niet van één rechtsgoed gesproken kan worden, maar van drie, die als enige overeenkomst hebben dat zij niet elders in het wetboek thuis horen.²⁷⁷ Hij noemt het waken tegen rechtsschendingen, het veroorzaken van gevaarlijke gebeurtenissen en de openlijke geweldpleging.²⁷⁸ Zoals gezien ben ik voor een andere onderverdeling gegaan, onder meer omdat het wetboek sinds het artikel van Mulder uit 1986 enkel onsamenhangender is geworden.

4.4. CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is een beschrijving gegeven van de rechtsgoederengedachte, en zijn enkele theorieën voor de afbakening van de legitimerende functie van die rechtsgoederengedachte uiteengezet. In paragraaf twee is het rechtsgoed 'openbare orde' uitgewerkt, en is aangetoond dat de wetgever gelegitimeerd is om het rechtsgoed 'openbare orde' wettelijk te beschermen. In de laatste paragraaf is aangetoond dat de wetsartikelen uit openbare orde titel verschillende rechtsgoederen beogen te beschermen. Hoewel deze rechtsgoederen overwegend beschermd dienen te worden, wekt de plaatsing van deze wetsartikelen dus verbazing. Hoewel de plaatsing in deze titel de strafbaarstellingen in de titel niet illegitiem maakt, is het voor de helderheid en bruikbaarheid van de wet aan te raden om de wetsartikelen elders te huisvesten.

²⁷⁶ Zie ook Witteveen 2014, p. 272 – 279.

²⁷⁷ Mulder 1986, p. 370.

²⁷⁸ Mulder 1986, p. 370 e.v.

5. Bevindingen

De doelstelling van deze scriptie was het opstellen van een steeds fijnmaziger denkschema voor de legitimering van strafbaarstellingen, door elementen te combineren van de theorie van het sociaal contract, de criteria voor strafbaarstelling, en de rechtsgoederengedachte. In de voorgaande hoofdstukken heb ik op basis van deze drie verschillende theorieën telkens een denkschema opgesteld. Dit denkschema is vervolgens toegepast op de wetsartikelen in de openbare orde titel. In dit – relatief korte – hoofdstuk worden de verschillende denkschema's met elkaar gecombineerd, om zo tot het fijnmazige denkschema te komen wat beoogd was in de inleiding. Ook dit samengevoegde denkschema wordt toegepast op de wetsartikelen in de openbare orde titel.

5.1. SAMENGEVOEGD DENKSHEMA

Een uitgebreide behandeling van de verschillende stappen kunt u vinden in het desbetreffende hoofdstuk. Vragen naar aanleiding van de samenvoeging van stappen worden hier apart behandeld.

- i. Kan de wetgever haar burgers beschermen tegen een 'oorlog van allen tegen allen'?
- ii. Is de wet voor iedereen gelijk en voor iedereen kenbaar?
- iii. Is het kerkelijke recht van het maatschappelijke recht gescheiden?

Deze drie vragen worden rechtstreeks overgenomen uit hoofdstuk twee, en zijn geformuleerd op basis van de theorie van het sociaal contract.

- iv. Is sprake van (potentiële) schade aan een – te beschermen – rechtsgoed?²⁷⁹

De vierde vraag van het samengevoegde denkschema is een samenstelling van vragen uit hoofdstuk drie en hoofdstuk vier. In hoofdstuk drie is uitgebreid aandacht besteed aan het schadebeginsel, in hoofdstuk vier komen (andere) rechtsgoederen aan bod. Zoals in paragraaf 4.1 uiteengezet heeft het schadebeginsel als uitgangspunt voor strafbaarstellingen twee problemen. Door in het samengevoegde denkschema gebruik te maken van de rechtsgoederengedachte kan mijns inziens een betere balans worden gevonden tussen de rechtsstatelijke gedachte en het democratische uitgangspunt: er kan meer strafbaar worden gesteld dan indien enkel gebruik wordt gemaakt van het schadebeginsel, maar er worden ook grenzen gesteld aan de waan van de dag.

- v. Is strafbaarstelling proportioneel?
- vi. Is strafbaarstelling praktisch mogelijk en wenselijk?
- vii. Is strafbaarstelling de meest optimale remedie?

Deze drie vragen worden rechtstreeks overgenomen uit hoofdstuk drie, en zijn geformuleerd op basis van de criteria van strafbaarstelling.

- viii. Is de strafbaarstelling in de juiste titel opgenomen?

Deze achtste vraag is niet zozeer een legitimerende vraag: strafbaarstelling kan legitiem zijn indien het wetsartikel in een onlogische titel is opgenomen. Toch wordt de vraag opgenomen omdat de wetgever, vanwege reeds uiteengezette redenen, bedacht dient te zijn op het belang van titels. Zo kan onder meer eenvoudiger getoetst worden wat het te beschermen rechtsgoed van een wetsartikel is.

Aan de hand van deze acht vragen kan vastgesteld worden of een strafbaarstelling legitiem is. Het schema kan gebruikt worden als leidraad in het wetgevingsproces om na te gaan welke vragen bij voorbaat beantwoord dienen te worden. Sommige van deze vragen zijn inhoudelijk ingewikkelder dan anderen. Ook zal het antwoord op enkele vragen telkens hetzelfde zijn; zo zal de Nederlandse wetgever altijd in staat zijn een 'oorlog van allen tegen allen' te voorkomen.

²⁷⁹ Er is sprake van een – te beschermen – rechtsgoed indien de wetgever dat beslist heeft, het rechtsgoed noodzakelijk is voor sociale rust of individueel welzijn, of het rechtsgoed een dwingend staatsbelang beschermd. Mijn voorkeur gaat uit naar de tweede toets.

5.2. TOEPASSING OP DE OPENBARE ORDE TITEL

In voorgaande hoofdstukken is het denkschema telkens toegepast op de wetsartikelen in de openbare orde titel. Dit is gedaan om het belang van het denkschema – en de feitelijke uitwerking daarvan – inzichtelijker te maken. Ook voor het samengevoegde denkschema heeft dit waarde. Daarom worden de wetsartikelen in de openbare orde titel ook in het licht van dit schema bekeken. Dit wordt niet – zoals in voorgaande hoofdstukken – gedaan door elke stap achtereenvolgens te toetsen, maar door de eerder uitgelichte probleemgevallen nogmaals te bekijken vanuit het samengevoegde denkschema.

5.2.1. EEN GELIJKE WET

In paragraaf 2.3.2 is uiteengezet dat de wetsartikelen omtrent discriminatie tegen de gelijkheidsgedachte ingaan.²⁸⁰ Niet omdat het tegen de gelijkheidsgedachte is om enkele onveranderlijke karakteristieken van specifieke wettelijke bescherming te voorzien, maar omdat die wettelijke bescherming niet voor elke seksuele gerichtheid geldt.

5.2.2. EEN HELDERE WET

In paragraaf 3.3.3.1 is uiteengezet dat de wetsartikelen omtrent computervredebreuk niet helder en hanteerbaar zijn.²⁸¹ Doordat – met uitzondering van art. 138b Sr – nauwelijks gebruik is gemaakt van IT-terminologie is het niet duidelijk onder welk wetsartikel welke vorm van 'hacken' valt, terwijl tegelijkertijd andere vormen van 'hacken' buiten het bereik van deze artikelen lijken te vallen.

5.2.3. RECHTSGOEDEREN OF HET SCHADEBEGINSEL

In paragrafen 3.3.1.1 en 3.3.1.4 is overwogen dat de strafbaarstellingen van het verstoren van een vergadering door middel van wanorde of het maken van geruis,²⁸² en het verbergen van een lijk met het oogmerk de oorzaak van het overlijden te verhelen,²⁸³ niet gelegitimeerd konden worden vanuit het schadebeginsel. Aangezien – zoals reeds uiteengezet – strafbaarstellingen vanuit de rechtsgoederengedachte in plaats van (enkel) het schadebeginsel bekeken dienen te worden, is een heroverweging op zijn plaats.

In paragraaf 4.3.1.1 is overwogen dat de eerstgenoemde wetsartikelen beogen het rechtsgoed 'openbare orde' te beschermen. Daarvoor – in paragraaf 4.2 – was geconcludeerd dat het rechtsgoed 'openbare orde' een te beschermen rechtsgoed is. In paragraaf 4.3.1.3 is overwogen dat het verbergen van een lijk met het oogmerk de oorzaak van het overlijden te verhelen het belang van het onderzoek beschermd, en dat ook dit een te beschermen rechtsgoed is. Hoewel de strafbaarstelling van deze artikelen dus niet gelegitimeerd kunnen worden aan de hand van het schadebeginsel, kan dat wel aan de hand van de rechtsgoederengedachte.

5.2.4. PRAKTISCHE ASPECTEN DENKSCHEMA

Zoals reeds bij de behandeling van het proportionaliteitsbeginsel (3.3.2), de praktische wenselijkheid van een strafbaarstelling (3.3.3) en het optimum remedium (3.3.4) besproken, kunnen verschillende aspecten van dit denkschema niet goed onderzocht worden zonder uitgebreider (empirisch) onderzoek. Het is dan ook niet uitgesloten dat ook andere wetsartikelen niet gelegitimeerd zijn op basis van dit denkschema.²⁸⁴

5.2.5. DE JUISTE TITEL

De plaatsing van een wetsartikel in een onlogische titel tast de legitimiteit van dat wetsartikel niet fundamenteel aan. De plaatsing in de juiste titel heeft echter de voorkeur. Zoals uiteengezet in 4.3.1 dienen de meeste wetsartikelen in de openbare orde een ander rechtsbelang te beschermen dan de openbare orde. Het is raadzaam deze wetsartikelen te verplaatsen.

²⁸⁰ Art. 137c, 137d, 137^e en 137f Sr.

²⁸¹ Art. 138ab, 138b en 138c Sr.

²⁸² Art. 144 en 146 Sr.

²⁸³ Art. 151 Sr.

²⁸⁴ Het is de hoop dat de wetgever die gebruik zou maken van een vergelijkbaar denkschema dit empirische onderzoek wél zou (kunnen) uitvoeren.

5.3. **CONCLUSIE**

Het samenvoegen van de denkschema's uit de vorige hoofdstukken levert een fijnmazig denkschema op voor de legitimering van strafbaarstellingen. De acht vragen van dit denkschema bieden samen een goed beeld van de legitimeringsvereisten van de drie besproken theorieën – de theorie van het sociaal contract, de criteria voor strafbaarstelling, en de rechtsgoederengedachte. Door de verschillende theorieën samen te voegen blijkt dat enkele wetsartikelen die hiervoor niet gelegitimeerd werden geacht, toch aan de legitimizeitsvereisten voldoen. Tegelijkertijd kan worden geconcludeerd dat enkele wetswijzigingen nog steeds vereist zijn om tot een volledig gelegitimeerde wet te komen.

6. Uitleiding

Enkele verontrustende verschijnselen in de wereldpolitiek vormden de aanleiding voor deze scriptie. In de inleiding beschreef ik mijn zorgen over de druk die door democratisch verkozen regeringsleiders wordt uitgeoefend op de rechtsstaat, en de wens van veel burgers om meer gedrag strafbaar te stellen. Ik heb vervolgens onderzocht wanneer de wetgever gelegitimeerd is om tot strafbaarstelling over te gaan: wanneer dient gehoor te worden gegeven aan de wens van burgers en regeringsleiders, en wanneer dienen de belangen van de rechtsstaat voor te gaan.

Om dit te onderzoeken heb ik drie rechtstheorieën, die elk op andere momenten en manieren aan de basis van het strafrecht hebben gestaan, uitgekozen en nader bestudeerd. Verschillende aspecten van deze theorieën zijn gecombineerd om tot iets beters te komen dan de som der delen.

In hoofdstuk twee is de theorie van het sociaal contract onderzocht. Deze theorie is uitgekozen omdat zij aan de basis van het moderne strafrecht staat. Het gedachtegoed van twee filosofen – Hobbes en Beccaria – is onder de loep genomen. Beiden hebben zich voornamelijk gericht op de legitimiteit van de wetgever in het algemeen, en niet de legitimiteit van individuele strafbepalingen. Toch zijn enkele belangrijke stappen voor het uiteindelijke denkschema naar voren gekomen: de overheid dient in staat te zijn haar burgers te beschermen, de wet dient voor iedereen gelijk en voor iedereen kenbaar te zijn, en het kerkelijk recht dient van het maatschappelijke recht gescheiden te zijn. Na de wetsartikelen in de openbare orde titel te bestuderen vanuit deze ideeën kon geconcludeerd worden dat slechts beperkte aanpassingen nodig zouden zijn om tot een volledig gelegitimeerde titel te komen, wat betreft de theorie van het sociaal contract.

In hoofdstuk drie zijn de criteria van strafbaarstelling onderzocht, voornamelijk aan de hand van de criteria die ontwikkeld zijn door De Roos en Hulsman. Ook uit dit hoofdstuk kwamen vragen voor het uiteindelijke denkschema. Er dient gekeken te worden naar de proportionaliteit en de praktische mogelijkheid en wenselijkheid van strafbaarstelling, net als naar de vraag of het strafrecht een optimum remedium biedt voor de strafbaarstelling. Geconcludeerd kon worden dat mijn (studenten)studeerkamer niet de optimale plaats was om dergelijke afwegingen te maken, maar dat dit na meer empirisch onderzoek dient te gebeuren. Hoewel in dit hoofdstuk ook het schadebeginsel uitgebreid aan bod is gekomen, komt dit beginsel – door overwegingen uit hoofdstuk vier – niet terug in het uiteindelijke denkschema.

In hoofdstuk vier is gekeken naar de rechtsgoederengedachte. Aan de hand van drie verschillende interpretaties van te beschermen rechtsgoederen – de Zuidwestduitse school, Nina Peršak, en de Amerikaanse constitutionele benadering – is geconcludeerd dat het rechtsgoed 'openbare orde' beschermd dient te worden door de strafwet. Vervolgens is onderzocht welke rechtsgoederen door de wetsartikelen in de openbare orde titel worden beschermd. Daaruit kon geconcludeerd worden dat in deze titel veel meer rechtsgoederen worden beschermd dan enkel de openbare orde. Het verdient mijns inziens de aanbeveling om die wetsartikelen in andere titels thuis te brengen.

In het vijfde hoofdstuk zijn de ideeën en bevindingen van de voorgaande hoofdstukken samengevoegd tot een enkel denkschema. Daarmee kwam ik terug op de doelstelling die ik gezet had in hoofdstuk een: het opstellen van een steeds fijnmaziger denkschema voor de legitimering van strafbaarstellingen, door elementen te combineren van de theorie van het sociaal contract, de criteria voor strafbaarstelling en de rechtsgoederengedachte.

Mijn verontrusting is niet weggenomen door deze scriptie; de rechtsstaat staat nog steeds onder druk. Het is ook niet erger geworden; de bestudering van de strafbaarstellingen in de openbare orde titel laat zien dat er nauwelijks wetsartikelen zijn die in het geheel niet gelegitimeerd kunnen worden op basis van de bestudeerde strafrechtstheorieën. Het belang van een solide legitimering van strafbaarstellingen is mij wel nog duidelijker geworden. Juist in een wereld met minder respect voor rechtsstatelijke waarden is het belangrijk dat de wetgever aan banden kan worden gelegd. Dat is enkel mogelijk door criteria op te stellen op basis waarvan strafbaarstelling mag plaatsvinden.

De criteria die in deze scriptie zijn onderzocht zijn niet de eerste die een dergelijke rol proberen te vervullen, noch zullen zij de laatste zijn. Ik hoop in deze scriptie een aanvulling te hebben gegeven aan het arsenaal van rechtstheoretische wapens om op te staan tegen toekomstige demagogische strafwetten.

Bronnenlijst

Amelung 1972

K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Göttingen 1972

Austin 1832

J. Austin, *The province of jurisprudence determined*, 1832.

Beccaria 2016

C. Beccaria, *Over misdaden en Straffen*, opnieuw vertaald en toegelicht door S.A.M. Stolwijk, Bju 2016.

Binding 1890

K. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. 1, Leipzig 1890.

Binding 1913

K. Binding, *Grundriss des Deutschen Strafrechts AT*, Leipzig 1913.

Boekhoorn & Tolsma 2015

P. Boekhoorn & J. Tolsma, *De aangifte van delicten bij de 'multichannelstrategie' van de politie*, Nijmegen: 2015.

Boersema 1998

D.A.A. Boersema, *Mens Mensura Iuris: over rechtsbewustzijn, gelijkheid en mensenrechten* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

Boogaard & Uzman 2015

G. Boogaard & J. Uzman, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming.', *AA* 2015, p. 61-67.

Brants, Kool & Ringnalda 2007

C. Brants, R. Kool en A. Ringnalda, *Strafbare discriminatie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Brongers 2013

D. Brongers, *De wet in gewoon Nederlands*, 2013.

Buruma 2005

Y. Buruma, *De dreigingsspiraal*, Den Haag: Bju 2005.

Buruma 2008

Y. Buruma, *Schuld, Boete, Risico, Drama. 8 colleges over de cultuurgeschiedenis van het strafrecht*, Nijmegen CD reeks 2008.

Buruma 2016

Y. Buruma, *Wat is een goede rechter? Een mentaliteitsgeschiedenis (1900 – 2020)*. CPO Radboud Universiteit 2016.

Cleiren 1989

C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken* (diss.), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Cleiren 2005

C.P.M. Cleiren, 'Tot hier ... en toch verder. Op en over de grens van het regulier strafrechtelijk instrumentarium', in: R.H. Haveman, H.C. Wiersinga (red.) *Langs de randen van het strafrecht*, Meijers-reeks nr. 91, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 111 – 128.

Cleiren 2009

C.P.M. Cleiren, 'Zorgen voor morgen. Bescherming van privacy in het strafrecht in een veranderend veiligheidslandschap', *Strafblad* 2009/2, p. 112 – 121.

Cleiren 2012

C.P.M. Cleiren, 'Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht.' In: Cleiren C.P.M., Kunst M.J.J., Leun J.P. van der, Schoep G.K., Voorde J.M. ten (red.) *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*. Meijers-reeks nr. 206 Den Haag: Boom Lemma 2012, p. 7 – 24.

Cleiren & Ten Voorde 2016

C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, 'Prostitutie en souteneurschap in het strafrecht: rechtsbelangen in beweging', *AA* mei 2016, p. 398 – 405.

Cleiren & Ten Voorde 2019

C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, 'Verbeeld leed: Strafbbaarstelling van het maken van beeldmateriaal van verkeersongevallen en van slachtoffer', *AA* juni 2019, p. 433 – 440.

Cleiren, Ten Voorde & Van Waas 2019

C.P.M. Cleiren, J.M. ten Voorde & W. van Waas, 'Strafbbaarstelling van sexchatting en sextortion onder de loop: De meerwaarde van een empirisch perspectief', *Strafblad* 2019/2, p. 69 – 76.

Corstens 1984

G.J.M. Corstens, *Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving* (Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 1984-I), Zwolle: Tjeenk Willink 1984.

Corstens 1995

G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Crijns 2012

J. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaisch desideratum?', *AA* 2012, p. 11 – 18.

De Hullu 1988

J. de Hullu, 'Boekbesprekingen. Recensie van Strafbbaarstelling van economische delicten: een crimineel-politieke studie van Th. A. de Roos', *Recht en kritiek* 1988, 14, p. 90-93.

De Hullu 2018

J. de Hullu, *Materiaal Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018.

Dubber 2005

M.D. Dubber, 'Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law', *Am. J. Comp. L.* 2005, afl. 3, p. 679 – 708.

De Jong 2016

F. de jong, *Symbolische en diabolische krachten in het strafrecht*, Den Haag 2016.

De Roos 1987

Th. A. de Roos, *Strafbbaarstelling van economische delicten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Engländer 2015

A. Engländer, 'Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?', *ZStW* 2015, afl. 3, p. 616 – 634.

Esser 2017

L.B. Esser, 'Het schadebeginsel 2.0. Het gebruik van het schadebeginsel als analytische tool', *Strafblad* 2017/6, p. 71 – 78.

Esser 2019

L.B. Esser, *De Strafbbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2019.

Feenstra 2017

A.A. Feenstra, 'What's in a name?', *Strafblad* 2017/6.

Feinberg 1984

J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 1, Harm to Others*, New York: Oxford University Press, 1984.

Feinberg 1985

J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 2, Offense to Others*, New York: Oxford University Press, 1985.

Feinberg 1986

J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 3, Harm to Self*, New York: Oxford University Press, 1986.

Feinberg 1988

J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 4, Harmless Wrongdoing*, New York: Oxford University Press, 1988.

Foqué & 't Hart 1990

R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Antwerpen/Arnhem: Kluwer rechtswetenschappen/ Gouda Quint 1990.

Gaede 2003

K. Haede, 'Kraft und Schwäche der systemimmanenten Legitimationsfunktion der Rechtsgutstheorie am Beispiel des Subventionsbetruges', in: R. Hefendehl, A. von Hirsch & W. Wohlers (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 183 – 195.

Giesen 2020

P. Giesen, 'Het impeachmentproces geeft een verontrustend beeld van de Amerikaanse rechtsstaat', *de Volkskracht* 2 februari 2020.

Greco 2011

L. Greco, 'Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?', in: M. Heinrich e.a. (red.), *Strafrecht als scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin/New York: De Gruyter 2011.

Groenewegen 2006

F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming*, Den Haag: BJu 2006.

Groenhuijsen 1991

M.S. Groenhuijsen, 'Het wetsvoorstel computercriminaliteit bezien vanuit het gezichtspunt van een behoorlijk wetgevingsbeleid op strafrechtelijk gebied', in: F.P.E. Wiemans (red.), *Commentaren op het wetsvoorstel computercriminaliteit*, Maastricht: Cipher Management 1991.

Groenhuijsen 1993

M.S. Groenhuijsen, 'Criteria voor strafbaarstelling', *DD* 1993, p. 1-6.

Groenhuijsen 2002

M.S. Groenhuijsen, 'Enkele centrale denkbeelden van Montesquieu en van Beccaria in relatie tot het legaliteitsbeginsel in strafzaken' In: K. Boonen, C.P.M. Cleiren, R. Foqué, Th. A. de Roos (red.) *De weg van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*. Deventer: Kluwer 2002, p. 21 – 48.

Groenhuijsen 2008

M.S. Groenhuijsen, 'Strafrechtelijk stromenland anno 2008', *DD* 2008, p. 1093 – 1112.

Groenhuijsen & Ouwerkerk 2013

M.S. Groenhuijsen & J. Ouwerkerk, 'Ultima ratio en criteria voor strafbaarstelling in Europees perspectief', in: M.S. Groenhuijsen, T. Kooijmans, J. Ouwerkerk (red.) *Roosachtig Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 249 – 279.

Haentjes 1978

R. Haentjes, *De ontwikkeling van een strafbaarstelling, toegelicht aan de hand van het ontstaan van de warenwet*, (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink, 1978.

Haidt 2012

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

Van Hamel 1913

G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, Haarlem/Den Haag: De Erven F. Bohn/Gebr. Belifante 1913.

Hamilton 1788

A. Hamilton, *The Federalist papers*, no. LXXI, New York: 1788.

Hassemer 2003

W. Hassemer, 'Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?', in: R. Hefendehl, A. von Hirsch & W. Wohlers (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 57 – 64.

Hassemer 2014

W. Hassemer, 'The Harm Principle and the Protection of 'Legal Goods' (Rechtsgüterschutz): a German Perspective', in: A.P. Simester e.a. (red.), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andrew von Hirsch*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2014.

Haveman 1998

R. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998

Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1989,

J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989.

Hefendehl 2003

R. Hefendehl, 'Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm', in: R. Hefendehl, A. von Hirsch & W. Wohlers (red.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003, p. 119 – 132.

Hegel 1820

G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820.

Hennekens 2013

H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orderecht*, Deventer: Kluwer, 2013.

Von Hirsch 2003

A. von Hirsch, 'Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle"', in: R. Hefendehl, A. von Hirsch & W. Wohlers (red.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003.

Hobbes 1968

T. Hobbes, *Leviathan*, met redactie en introductie door C.B. MacPherson, Penguin Classics 1968.

Huisman 2018

C. Huisman, 'sticker met framenummer maakt het professionele fietsendieven te gemakkelijk vindt Fietsersbond', *de Volkskrant* 27 december 2018.

Hulsman 1972

L.H.C. Hulsman, 'Kriteria voor strafbaarstelling', in: D. Chapman, E.A. de la Porte, C.I. Dessaur (red) *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn: Uitgeverij in den Toorn 1972, p. 80-92.

Husak 2008

D. Husak, 'Why Criminal Law: A Question of Content?', *Criminal Law, Philosophy* 2008/2, p. 99 – 122.

Husak 2011

D. Husak, 'Reservations about *overcriminalization*', *New Criminal Law Review* 2011 14/1, p. 97 – 107.

Husak 2019

D. Husak, 'Wrongs, Crimes and Criminalization', *Criminal Law, Philosophy* 2019/13, p. 393 – 407.

Janse 2002

R. Janse, 'Was Hobbes een rechtspositivist?', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2002/2, p. 58 – 84.

Jones 1995

C. Jones, 'Crack and Punishment: Is Race the issue?', *The New York Times* 28 oktober 1995.

Kahneman 2011

D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, 2011.

Kelk/De Jong 2016

C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Kempen 2008

P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad en Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 31-37;

Kristen 2010

F. Kristen, 'Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht', *AA* 2010, p. 641 – 644.

Lindeman 2003

J.M.W. Lindeman, 'Waarom tóch het strafrecht?', *Juncto* 2003/04, p. 33 – 37.

Locke 1789

J. Locke, *Two Treatises of Government*, 1689.

Lohberger 1968

I.K. Lohberger, *Bkankettstrafrecht und Grundgesetz* (diss.), München 1968.

Machielse 1979

A.J.M. Machielse, 'Enige opmerkingen over het rechtsgoed', *DD* 1979, p. 24 – 43.

Machielse 2001

A.J.M. Machielse, 'Tweede Boek Misdrijven', in: J.W. Fokkens, E.J. Hofstee & A.J.M. Machielse (red.), *Wetboek van Strafrecht – Noyon, Langemeijer, Remmelink*, Deventer: Wolters Kluwer 2001.

Marat 1780

J.P. Marat, *Plan de législation criminelle*, Neufchâtel 1780.

McLeay, Radia & Thomas 2014

M. McLeay, Amar Radia en Ryland Thomas, *Money creation in the modern economy*, 2014.

Van der Meulen 1993

B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving, actoren, instrumenten en waarborgen* (diss. VU), Deventer: Kluwer 1993.

Mevis & Verrest 2013

P. Mevis & P. Verrest, 'Enkele gedachten over rechtsvorming en inhoud van strafbaarheid van uitingsdelicten na Hoge Raad 10 maart 2009', in: J.W. Fokkens e.a., *Ad hunc modum. Opstellen over materieel strafrecht* (Liber amicorum A.J. Machielse), Deventer: Kluwer 2013, p. 217-232

Michiels 1971

J.M. Michiels, *Cesare Beccaria Over misdaden en straffen*, ingeleid en vertaald door Michiels, Antwerpen Zwolle 1971.

Mijatović 2019

D. Mijatović, 'The independence of judges and the judiciary under threat', *Human Rights Comments of the Commissioner for Human Rights at the Council of Europe*, 3 september 2019.

Mill 1836

J.S. Mill, 'On the Definition of Political Economy, and on the Method of Investigation Proper to It' *London and Westminster Review*, October 1836.

Mill 1859

J.S. Mill, *On Liberty*, 1859.

Miller 2018

R.T. Miller, 'What is a Compelling Governmental Interest?', *Universiteit van Iowa. Legal Studies Research Paper*, 2018.

Montesquieu 2006

C. Montesquieu, *Over de geest van de wetten* (vertaald door J. Holierhoek), Amsterdam: Boom 2006.

Mulder 1986

A. Mulder, 'Aantasting van de openbare orde', in: *Gedenkboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Goude Quint 1986, p. 365-377

Munneke 2015

S.A.J. Munneke, 'Grondslag en reikwijdte van openbare-ordebevoegdheden', in: A.E.M. van den Berg, J. van der Grinten, J. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orderecht*, Nijmegen: Ars Aequi 2015, p. 1-26.

Nijboer 1987

J.F. Nijboer, *De Doolhof van de Nederlandse strafwetgeving: De systematische grondslag van het algemeen deel van het W.v.Sr*, Deventer: Wolters Kluwer 1987.

Pastoret 1790

C.E. Pastoret, *Des lois pénales*, Paris 1790.

Peršak 2007

N. Peršak, *Criminalising Harmful Conduct. The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, New York: Springer 2007.

Pompe 1935

W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandsche strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1935.

Porret 1997

M. Porret, *Beccaria et la Culture Juridique des Lumières*, Genève: Droz 1997.

Quine 1987

W.V. Quine, *Quiddities*, 1987.

Rawls 1971

J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1971.

Redactie Trouw 2018

Redactie van de Trouw, 'Commentaar: De nipt aangenomen basiswetten van Netanyahu maken van Israëliëse Palestijnen officieel tweederangsburgers', *Trouw* 23 juli 2018.

Rodríguez 2016

J.M. Rodríguez, 'Queer Politics, Bisexual Erasure: Sexuality at the Nexus of Race, Gender and Statistics', *Lambda Nordica* 1-2/2016.

Rosling, Rönnlund & Rosling 2018

H. Rosling, A.R. Rönnlund & O. Rosling, *Factfulness: Ten Reasons We're Wrong About the World – and Why Things Are Better Than You Think*, 2018.

Rousseau 1762

J. Rousseau, *Du contrat social; ou Principes du droit politique*, 1762.

Roxin 1994

C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1994.

Rutgers 1992

M. Rutgers, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen* (diss.), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Sackers 2009

H.J.B. Sackers, 'Art. 137c Sr, godsdienstkrenkingen en het publieke debat', *Strafblad* 2009, p. 220-232.

Scheltens 1973

D.F. Scheltens, 'The Social Contract and the Principle of Law', *International Philosophy Quarterly*, 17 (1977): 317 – 338.

Scheltens 1983

D.F. Scheltens, 'Grotius' Doctrine of the Social Contract', *Netherlands International Law Review* 1983 30/1, p. 43 – 60.

Schneider 1988

C.E. Schneider, 'State-Interest Analysis in Fourteenth Amendment "Privacy" Law: An Essay on the Constitutionalization of Social Issues', *Law and Contemporary Problems* 1988 Vol. 51/1.

Schweigman 1929

F.A.A. Schweigman, *De eigendomsphilosophie van Hugo de Groot*, 1929, Nijmegen: De Gelderlander.

Simester & Von Hirsch

A.P. Simester & A. von Hirsch, *Crimes, harms, and wrongs. On the principles of criminalisation*, Oxford: Hart Publishing 2014.

Smidt 1891, Eerste deel

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, tweede druk, herzien en aangevuld door J.W. Smidt, Eerste deel Haarlem: H.D. Tjeenk Willink, 1891.

Smidt 1891, Tweede deel

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.* Tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Stijnen 2011

R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011.

Strijards 1986.

G.A.M. Strijards, 'Geschiedenis van het wetboek van strafrecht na de codificatie' In: Balkema, J. P., Corstens, G. J. M., Fijnaut, C. J. C. F., Keijzer, N., Melai, A. L., Rüter, C. F., & Strijards, G. A. M. (Eds.) *Gedenkboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*. Arnhem: Gouda Quint 1986.

Swoboda 2010

S. Swoboda, 'Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen', *ZStW* 2010, afl. 1, p. 24 – 50.

Ten Voorde 2009

J.M. ten Voorde, 'Beccaria: Dei delitti e delle pene (Over misdaden en straffen) (1764)', *AA* 2009, 342.

Ten Voorde 2012

J.M. ten Voorde, 'Het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme getoetst aan criteria voor strafbaarstelling in de voorfase', *DD* 2012/2, p. 94 – 112.

Ten Voorde 2017

J.M. ten Voorde, 'Schade in de virtuele wereld: de casus virtuele grooming', *Journal of Legal Philosophy* 2017 (46) 2, p. 177 – 195.

Ten Voorde 2019

J.M. ten Voorde, in: T&C Strafrecht, Inleidende opmerkingen bij Boek II titel V.

Taylor 1998

C. Taylor, *De malaise van de moderniteit*, Kampen/ Kapellen: Kok Agora/Pelckmans 1998.

Van Bemmelen 1954

J.M. van Bemmelen, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht. Deel II. Bijzondere delicten*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1954.

Van Bemmelen 1973

J. van Bemmelen, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 1 -14

Van de Wetering, Eckhardt en Bakker 2018.

V.E. van de Wetering, S.A. Eckhardt & S.R. Bakker, 'De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van de strafwaardigheid van gedrag', *DD* 2018/2, p. 138 – 167.

Van Lent 2008

L. van Lent, *Externe openbaarheid in het strafproces* (diss.), Den Haag: BJu 2008.

Van Kooten 2019

Van Kooten, 'art. 3:40', in: J. Hijma (red.) , *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Van Noorloos 2014

M. van Noorloos, *Strafbaarstelling van 'belediging van geloof: Een onderzoek naar mogelijke aanpassing van de uitingsdelicten in het Wetboek van Strafrecht, mede in het licht van internationale verdragsverplichtingen'* Den Haag: Boom Lemma 2014.

Van Stokkom, Sackers & Wils 2007

B. van Stokkom, H. Sackers en J.P. Wils, *Godslastering, discriminerende uitlatingen wegens godsdienst en haatuitingen*, Den Haag: WODC 2007

Van Veen 1972

Th.W. van Veen, 'Alternatieve justitiebegroting', *NJB* 1972, p. 1123 – 1130.

Verhofstadt 2014

D. Verhofstadt, 'De negen strafrechtelijke principes van Cesare Beccaria', *Strafblad* oktober 2014, p. 299 – 305.

Vermunt 1984

D.J.P.M. Vermunt, *Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1984.

Villamor 2018

F. Villamor, 'Duterte Says, 'My Only Sin Is the Extrajudicial Killings'', *New York Times* 27 september 2018.

Von Liszt 1912

F. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlijn 1912.

Walter 2018

N. Walter, 'The Utility of Rational Basis Review', *Villanova Law Review*, Vol. 63/1 2018.

Withnall 2020

A. Withnall, 'UN human rights chief launches unprecedented legal action against Indian government over citizenship protests', *the Independent* 3 maart 2020.

Witteveen 2003

W.J. Witteveen, 'Hobbes en de gekunsteldheid van het gezag', *RegelMaat* 2003/3, p. 113 – 117.

Witteveen 2014

W.J. Witteveen, *De wet als kunstwerk. Een andere filosofie van het recht*, Amsterdam: Boom 2014.

Rapporten

CCV 2010

Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid, *De Tafel van Elf*, 2010.

Democracy at Risk: Threats and Attacks against media Freedom in Europa 2019

Annual Report by the Partner Organisations to the Council of Europe Platform to Promote the Protection of Journalism and Safety of Journalists 2019.

Inspectie Veiligheid en Justitie 2012

Inspectie Veiligheid en Justitie, *Aangifte doen: de burger centraal?*, 2012.

LECD rapport 2015

Landelijk Expertise Centrum Discriminatie van het OM, *Strafbare Discriminatie in Beeld: overzicht Discriminatiecijfers Openbaar Ministerie 2011 – 2015*, 2015.

LHBT-monitor 2018

G. van Beusekom & L. Kuyper, LHBT- monitor 2018. Te vinden op:

<https://www.scp.nl/publicaties/monitors/2018/11/21/lhbt-monitor-2018>.

Slachtofferschap van huiselijk geweld 2018.

WODC-rapport, *Slachtofferschap van huiselijk geweld*, 2018.

Strategisch handhavingkader zorg 2015

Strategisch handhavingkader zorg van de Nederlandse zorgautoriteit, de directie Opsporing van de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de Inspectie voor de Gezondheidszorg, de Fiscale Inlichtingen en Opsporingsdienst, het Functioneel Parket van het Openbaar Ministerie en Zorgverzekeraars Nederland, onder regie van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport; april 2015.

World Organisation Against Torture 2019

Statement van de World Organisation Against Torture over de kandidatuur van Brazilië voor de VN mensenrechtenraad.

Officiële documenten

Kamerstukken II, 1953-54, nr. 3.

Kamerstukken II, 1990-1991, 21968, nr. 3.

Kamerstukken II 2015/16, 29 279, nr. 334.

Travaux Préparatoires, art. 8 EVRM, 1956, DH (56) 12.

Richtlijn 95/46/EG, 27 april 2016.

Jurisprudentie

Rechtbank Rotterdam 11 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9161; AB 2016/68 m.nt. Brouwer & Schilder.

Hoge Raad der Nederlanden

HR 14 februari 1916, NJ 1916, 681;

AG Langemeijer bij HR 19 januari 1962, NJ 1962, 107;

AG sJacob bij HR 29 november 1966, NJ 1967/58;

HR 18 november 1997, NJ 1998/225;
HR 31 oktober 2000 (*Krulsla*);
HR 2 juli 2002, NJ 2003, ECLI:NL:HR:2002:AE4767;
AG Knigge bij HR 30 januari 2007, NJ 2007/96;
HR 20 februari 2007, NJB 2007, 603 (Samir A.);
HR 26 juni 2009, NJ 2009/396;
HR 15 juni 2010, NJ 2010/362;
HR 31 januari 2012, ECLINL:HR:2012:BW9251 (*Runescape*);
HR 19 februari 2013, Gst. 2013, 57 m.nt. Hennekens;
HR 22 april 2014, NJ 2014/336;
AG Machielse bij HR 3 juli 2012, NJ 2012, 656 (Hofstad II);
HR 28 februari 2012, NJ 2012/557;
HR 10 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:264;
HR 20 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1111, m. nt. J.M. ten Voorde;
HR 9 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:560.

Supreme Court of the Unites States of America

Holt v. Hobbs;

Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal;

Roberts v. United States Jaycees;

Grutter v. Bollinger.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Ruotsalainen vs. Finland, EHRM 16 juni 2009, EHRM 2009, 99, m.nt. Luja;

Baka t. Hongarije, EHRM 27 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0527JUD002026112.