

Overspel en het Nederlandse strafrecht

J. de Hullu*

1. Inleiding

De strafbaarstelling van overspel ('de voltooide vereniging van geslachten' van een echtgenoot en een ander¹) in het Belgische Strafwetboek staat ter discussie. Werd in de literatuur door bijvoorbeeld Alain De Nauw de vraag al gesteld of de bestraffing van overspel niet 'eenvoudigweg' opgeheven moest worden², in 1983 werd door de heer Henrion een wetsvoorstel ingediend met de strekking overspel uit het Strafwetboek te schrappen.³ De heer Henrion beantwoordde in de Toelichting de door hem zelf gestelde vraag: 'moet men ermee doorgaan die feiten, die tot de persoonlijke levenssfeer behoren, voor de strafrechter te brengen, aangezien het strafrechtelijk onderzoek in die gevallen meestal alleen moet dienen om een dossier te stofferen dat voor een burgerlijke rechtbank zal worden gepleit?' met kracht ontkennend. Rond zijn wetsvoorstel heeft zich een uitgebreid debat ontsponnen, vooral over de vraag of, en zo ja, hoe de lacune, die zou ontstaan in de mogelijkheden voor vaststelling van overspel (met name ten behoeve van echtscheidingskwesties), opgevuld moet worden. Talrijke amendementen, bijvoorbeeld ten aanzien van het Gerechtelijk Wetboek, werden ingediend. Als ik het goed zie, is de discussie nog niet ten einde.

Ook in de Nederlandse wetgeving heeft de plaats van overspel tot uitvoerige gedachtenwisselingen geleid. Kennisneming van de Nederlandse ontwikkelingen kan naar mijn mening interessant zijn, omdat zowel België als Nederland in de negentiende eeuw hetzelfde juridische vertrekpunt hebben gehad: de Franse strafrechtelijke en civiele wetgeving. Ook kan het, naar ik hoop, voor de gedachtenvorming interessant en nuttig zijn om te zien welke oplossingen men elders heeft gekozen en tot welke gevolgen dat heeft geleid.

In het onderstaande zal ik beschrijven hoe de wettelijke regeling van overspel zich in Nederland heeft ontwikkeld. De nadruk zal daarbij liggen op het strafrecht, hoewel het noodzakelijk is (zoals in het bovenstaande ook al bleek) ook enige aandacht te schenken aan het civiele recht. Ik zal hierbij de belangrijkste deelnemers aan de discussie regelmatig letterlijk citeren, niet alleen vanwege het vaak mooie en bloemrijke taalgebruik, maar ook om op die manier veranderingen in sfeer aan te geven. Tot slot zal ik de beschreven ontwikkelingen in het wat bredere perspectief van de Nederlandse zedenwetgeving proberen te plaatsen.

* Universitair docent straf(proces)recht aan de Rijksuniversiteit te Groningen.

1. Vergelijk Cass., 13 april 1959, *Pas.*, I, 806.

2. DE NAUW, A., 'Bedenkingen over enkele misdrijven tegen de orde der familie', *R.W.*, 1981-82, p. 2345-2370.

3. Wetsvoorstel 792, Zitting 1983-1984 van de Kamer van Volksvertegenwoordigers.

2. Overspel in het Nederlandse strafrecht

2.1. *Het Wetboek van Strafrecht van 1838*

Overspel werd, volgens historische overzichten op dit terrein, sinds het ontstaan van strafwetgeving in Nederland en ook elders doorgaans als een (ernstig) strafbaar feit beschouwd.⁴ In het Nederlandse Wetboek van Strafrecht van 1838, grotendeels een letterlijke vertaling van de Franse Code pénal, werd overspel strafbaar gesteld in de artikelen 336 tot en met 339:

art. 336. Het overspel van de vrouw zal niet aangebracht kunnen worden dan door den man. Dit vermogen zal zelfs ophouden, wanneer hij in het geval van artikel 339 is.

art. 337. 1. De vrouw, die van overspel overtuigd wordt, zal de straf van gevangenzetting voor tenminste drie maanden en ten hoogste twee jaren ondergaan.

2. de man zal meester zijn om de werking dezer veroordeling te doen ophouden, door zijne vrouw vrijwillig terug te nemen.

art. 338. 1. De medepligtige der vrouw in het overspel, zal gestraft worden met eene gevangenzetting voor gelijken tijd en met eene geldboete van honderd tot duizend franken.

2. De eenige bewijzen, die tegen den beklagde van medeplichtigheid (in overspel) toegelaten mogen worden, zijn buiten het betrappen op heeter daad, zoodanige als uit brieven of andere stukken door den beklagde geschreven, voortvloeijen.

art. 339. De man die in het huis door hem met zijne vrouw bewoond, eene bijzit onderhoudt en op de klagt zijner vrouw overtuigd wordt, zal met eene geldboete van honderd tot twee duizend franken gestraft worden.

Deze wat merkwaardige mengelmoes van materieel strafrecht, strafprocesrecht en penitentiair recht⁵ leidde overigens niet tot erg veel veroordelingen: van 1847 (het jaar dat begonnen werd met de samenstelling van de Gerechtelijke Statistiek) tot 1886 werden 47 mannen en 133 vrouwen terzake van overspel veroordeeld.⁶ Deze 'lage score' stemde, zoals zal blijken, de wetgever tot nadenken.

2.2. *Het Wetboek van Strafrecht van 1881*

In 1877 betoogde Thomas nog gloedvol: 'De meeningen over Echtsbreuk zijn voorzeker zeer verschillend naarmate van de beschaving van een volk, doch dit is gewis dat slechts die volken of stammen die op den laagsten trap van ontwikkeling staan, haar volstrekt niet als misdrijf beschouwen. Zoo bijv. de Laplander (...). Dit staat echter vast, dat zoodra bij een volk het zedelijk gevoel enigszins ontwikkeld is, en het morgenrood der beschaving ook maar even doorgebroken is, een zeer billijk gevoel van recht het overspel als eene van de meest onheil aanbrengende misdrijven beschouwt'.⁷ In diezelfde tijd werd gewerkt aan een ontwerp-Wetboek van Strafrecht. In het ontwerp, dat uiteindelijk naar het parlement gezonden werd, kwam een strafbepaling terzake van overspel niet meer voor. Minister van Justitie Modderman betitelde in de Memorie van Toelichting

4. Zie hierover b.v. THOMAS, W.C., *Het overspel strafrechtelijk beschouwd*, Utrecht, 1877, 7-46 en VAN SLOBBE, J.F., 'Zedenmisdrijven voorheen en thans, strafbepalingen — frequentie', *T.S.R.*, 1940, p. 273-280.

5. Voor een nader commentaar op deze bepalingen zie THOMAS, W.C., *o.c.*, p. 47-93.

6. VAN SLOBBE, *o.c.*, p. 280-282.

7. THOMAS, W.C., *o.c.*, p. 94, 95.

dergelijk gedrag weliswaar als 'niet slechts een groot zedelijk kwaad, maar ook een onregt', maar achtte strafbaarstelling niet doelmatig. De mogelijkheid van ambtshalve vervolging immers zou 'wel niemand begeeren; de maatschappij zoude meer lijden door verstoring van huwelijken en huisgezinnen, door bekendmaking van schandalen, door verhindering van vergiffenis en verzoening, dan eene strafvervolging haar ooit kan baten'. Maar ook de mogelijkheid van vervolging uitsluitend op klacht achtte hij niet gewenst. In de eerste plaats zou louter wraakoefening dan teveel op de voorgrond treden, terwijl men daarnaast met het oneigenlijke motief te maken zou krijgen van 'de zucht om op de eenvoudigste en minst kostbare wijze echtscheiding te verkrijgen'. Na ook nog op de zeer geringe effectiviteit van de oude strafbepalingen gewezen te hebben concludeerde hij dat bij overspel 'alleen de burgerlijke wetgever te huis is'.⁸

Het standpunt van de Minister leidde tot heftige discussies. Enkele parlementariërs steunden de Minister, voornamelijk op de grond dat overspel, 'welke ook de eigenaardige physiologische aanleiding tot de handeling zijn moge', slechts 'contractbreuk' oplevert en daarom civielrechtelijk behandeld moet worden.⁹ Een belangrijk deel van de kamerleden was het wel eens met de redenering van de Minister, maar pleitte toch vóór strafbaarstelling, omdat 'het voor de volksovertuiging stuitend zou wezen, wanneer de wetgever het strafwaardig feit niet onder de misdrijven opnam en daardoor den schijn zou op zich laden het niet als misdrijf te erkennen'.¹⁰ Weer een ander gedeelte van de kamerleden vond de strafbaarstelling van overspel, vooral van de vrouw, zonder meer noodzakelijk, nu het een feit betreft 'dat zozeer de maatschappelijke orde aanrandt'.¹¹ 'Gaaf het dan aan, dat in een strafwetboek, dat ernaar streeft ook de geringste regtsovertreding strafbaar te stellen, waarbij zelfs het plagen en mishandelen van een dier als misdrijf wordt gekenschetst, zoodanig feit niet onder de misdrijven wordt gerangschikt?', zo vroeg staatsraad Swart retorisch.¹² Bovendien, zo meende men, een zekere preventieve werking gaat van strafbaarstelling wel dergelijk uit: 'de wet voorkomt reeds veel omdat ze *wet* is'.¹³

Minister van Justitie Modderman liet zich door deze meerderheid overtuigen. Weliswaar vond hij zijn eerdere redenering nog steeds juist, 'uit eerbied voor de volksovertuiging' en vooral om redenen van doelmatigheid wenste hij overspel toch strafbaar gesteld te zien. De doelmatigheid zag hij nu in een breed perspectief. Hij had geconstateerd dat door de kwestie van het overspel het *hele* wetsontwerp 'in eene reuk gekomen is alsof het de vrucht was, niet van ethische beginselen maar van eene 'laxe moraal' en hij vreesde 'dat de straffeloosheid van het overspel groot nadeel zou toebrengen aan den algemeenen zedelijken indruk door het Wetboek te maken'.¹⁴ Onderscheid tussen overspel van man of

8. SMIDT, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Haarlem, 1881, deel II, p. 277-279. In dit boek wordt de wetsgeschiedenis uitgebreid en letterlijk weergegeven. Ik zal het verderop aanhalen als SMIDT, H.J., II.

9. Zie b.v. het liberale Tweede Kamerlid VAN HOUTEN, SMIDT, H.J. II, *o.c.*, p. 286, 287.

10. SMIDT, H.J., II, *o.c.*, p. 283.

11. SMIDT, H.J., II, *o.c.*, p. 280.

12. Idem.

13. SMIDT, H.J., II, *o.c.*, p. 282; daarbij moest men overigens wel erkennen: 'waar de driften koken, schrikt de vrees voor straf dikwijls niet af' (p. 281).

14. SMIDT, H.J., II, *o.c.*, p. 285-286.

vrouw wilde hij echter niet maken: 'uit een zedelijk oogpunt is er geen onderscheid'.¹⁵

Hoe weinig consensus er over de strafbaarstelling van het overspel bestond blijkt uit de, overigens slecht bezochte, stemming in de Tweede Kamer. Met slechts 28 tegen 23 stemmen werd artikel 241 aangenomen.¹⁶ De Eerste Kamer, die uitsluitend kan stemmen over een geheel wetsontwerp, was ook verdeeld. Een belangrijk aantal kamerleden had bezwaar tegen de strafbaarstelling van overspel en was er 'zoo weinig mee ingenomen, dat zij, ware hij in een afzonderlijk wetsontwerp voorgesteld, dit zonder aarzeling zouden hebben verworpen'.¹⁷ Met het ontwerp voor het Wetboek van Strafrecht als geheel kon zij echter instemmen.

Dit was de wankelende basis, waarop het nieuwe art. 241 Sr. stoelde. Het artikel, dat op 3 maart 1881 in het *Staatsblad*¹⁸ gepubliceerd werd, luidde als volgt:

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden wordt gestraft:

1° de gehuwde die overspel pleegt;

2° de ongehuwde die het feit medepleegt, wetende dat de medeschuldige gehuwd is.

2. Geene vervolging heeft plaats dan op klachte van den beledigden echtgenoot.

3. Ten aanzien van deze klachte zijn de artikelen 64, 65 en 67 niet van toepassing.

4. De klachte kan worden ingetrokken zoolang het onderzoek ter terechtzitting niet is aangevangen.

2.3. *Het gewijzigde Wetboek van Strafrecht van 1886*

De invoering van het in 1881 in het *Staatsblad* gepubliceerde Wetboek liet enkele jaren op zich wachten.¹⁹ Mede naar aanleiding van de ernstige kritiek van de Eerste Kamer op sommige onderdelen van het Wetboek (zoals de regeling van het overspel) werd in deze tussentijd nog wat 'reparatiewetgeving' uitgevoerd. In 1884 werd door Minister van Justitie Du Tour van Bellinchave een wetsontwerp ingediend, dat het in lid van art. 241 Sr. vervatte klachtvereiste wilde vervangen door:

- Geene vervolging heeft plaats dan op klachte van den beledigden echtgenoot, binnen den tijd van drie maanden gevolgd door een eisch tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed op grond van hetzelfde feit (nieuw lid 2).

15. SMIDT, H.J., II, *o.c.*, p. 290; Om het niveau van de discussie enigszins aan te geven geef ik even de volledige overweging van de Minister: 'zegt men dat het overspel van de vrouw erger gevolgen met zich sleept dan dat van de man, gevoelt men dan niet dat men de zaak onmiddellijk kan omkeeren? Door het overspel van de vrouw kan een vreemdeling worden geïntroduceerd in de familie, ik stem het toe. Maar door het overspel van de man kunnen op de vrouw en hare toekomstige kinderen ziekten worden overgeplant die nog veel erger zijn dan een overtollig broertje of zusje. Maar waartoe ons in de materiële gevolgen te verdiepen? Uit een zedelijk oogpunt is er geen onderscheid'.

16. *Handelingen Tweede Kamer*, 1880-1881, p. 216-217.

17. SMIDT, H.J., II, *o.c.*, p. 288-289.

18. De Wet van 3 maart 1881, *Staatsblad*, nr. 35, 'tot vaststelling van een Wetboek van Strafrecht'.

19. De redenen van deze vertraging lagen voornamelijk in de 'bijkomende' wetgeving die gerealiseerd moest worden en in het nog niet gereed zijn van een voldoende aantal cellen om het nieuwe strafstelsel in de praktijk te kunnen verwezenlijken. Men zie hiervoor BOSCH, A.G., *Het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht*, Zwolle, 1965, p. 49-51.

- Aan de klachte wordt geen gevolg gegeven, zolang niet het huwelijk door echtscheiding is ontbonden of het vonnis waarbij scheiding van tafel en bed is uitgesproken, onherroepelijk is geworden (nieuw lid 5).

Voor dit wijzigingsvoorstel werden twee argumenten aangevoerd. In de eerste plaats zou vermeden moeten worden dat 'de toestand geboren zal worden, dat de eene echtgenoot den anderen wegens overspel tot gevangenisstraf laat veroordelen, terwijl hij (of zij) desniettemin met haar (of hem) niet alleen in den band des huwelijks blijft, maar ook blijft samenwonen'.²⁰ De tweede reden was al eerder als bezwaar tegen bepaalde vormen van strafbaarstelling van overspel aangevoerd; 'Men zie daarenboven niet al het bedenkelijke voorbij, waartoe art. 241 ongewijzigd aanleiding zou kunnen geven door aan den echtgenoot, die overspel vermoedt, in de klacht het middel in handen te geven om ter voorbereiding van de burgerlijke rechtsvordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed door het openbaar ministerie en den rechter-commissaris een voorloopig onderzoek en instructie te doen instellen, getuigen te doen hooren, huiszoeking te doen en papieren in beslag te nemen'.²¹

Ook nu werd bij de parlementaire behandeling van dit ontwerp de strafrechtelijke regeling van het overspel weer hevig betwist. Van verscheidene kanten werd gewezen op het ongelukkige tijdstip van het wijzigingsvoorstel: men vond het daarvoor te vroeg en wilde liever even de praktijk van het al aangenomen art. 241 Sr. afwachten.²² Daarnaast treft men ten dele een herhaling aan van de rond 1881 gevoerde discussie, bijvoorbeeld t.a.v. de gelijkstelling van de overspelige man en vrouw.²³ Uiteindelijk werd dit wijzigingsvoorstel door de Tweede Kamer met 36 tegen 25 stemmen aanvaard.²⁴ Na de goedkeuring door de Eerste Kamer trad het aldus gewijzigde art. 241 Sr. op 1 september 1886 in werking.²⁵

2.4. Conclusie

De strafbaarstelling van overspel in het eerste, 'echt' Nederlandse Wetboek van Strafrecht heeft een moeizame ontstaansgeschiedenis gekend, zo bleek in het voorafgaande. Consensus over het onderwerp bestond er uiteindelijk ook bepaald niet. De strafbepaling paste eigenlijk ook niet goed bij de overige zedemisdrijven, waarvan de regeling steeds als betrekkelijk liberaal is gekenschetst.²⁶ Slechts de schending van de publieke eerbaarheid leverde in het algemeen een grond voor strafbaarstelling op, hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit het bekende

20. SMIDT, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Haarlem, 1886, deel V, p. 52. In dit deel V worden de perikelen vermeld van de periode tussen de aanneming van het wetboek in 1881 en de inwerkingtreding ervan in 1886. Ik zal het verderop aanhalen als SMIDT, H.J., V.

21. SMIDT, H.J., V., *o.c.*, p. 53.

22. B.v. SMIDT, H.J., V., *o.c.*, p. 53 en 57.

23. Men zie hiervoor in samenvallende zin SMIDT, H.J., V., *o.c.*, p. 51-60.

24. *Handelingen Tweede Kamer*, 1885-1886, p. 329.

25. De wijziging was verwerkt in de Wet van 15 januari 1886, *Staatsblad*, nr. 6.

26. In deze zin ook STRIJARDS, G.A.M., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, na de codificatie*, in *Gedenkboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem, 1986, p. 40 en DE HULLU, J., *Strafrechtelijke en sociaal-wetenschappelijke gronden voor strafbaarstelling van pornografie*, Arnhem, 1984, p. 16, 17.

standpunt van Minister van Justitie Modderman uit 1881: 'Tegen vrijwillig eigen zedenbederf de individuen te beschermen behoort niet tot de taak der strafwet'²⁷

Het gevolg van dit alles was een wat halfslachtige regeling: weliswaar was overspel strafbaar gesteld, maar de voorwaarden, die vervuld moesten zijn voordat terzake van overspel veroordeeld kon worden, waren zo talrijk en omvangrijk dat een succesvolle vervolging niet snel mogelijk was. Ik stip bij wijze van voorbeeld alleen even het vereiste aan dat de civiele vordering *na* de klacht moest worden ingediend.²⁸ Op één punt was de regeling duidelijk: het primaat van het civiele recht. Mede om te voorkomen dat het strafrecht werd 'misbruikt' ten behoeve van het civiele recht, was er pas enige plaats voor het strafrecht indien het overspel tot civielrechtelijke consequenties had geleid. Daarom richten wij nu in het kort onze aandacht op het civiele recht.

3. Overspel in het Nederlandse civiele recht

3.1. *Het Burgerlijk Wetboek van 1838*

Overspel speelde een rol bij verschillende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (B.W.) van 1838. Zo werd in art. 89 B.W. bepaald: 'Een persoon, die bij regterlijk vonnis van overspel is overtuigd, mag nimmer met den medepligtige aan dat overspel in het huwelijk treden'. In art. 264 B.W. werd overspel als één van de vier limitatief omschreven gronden genoemd 'welke de echtscheiding kunnen ten gevolge hebben'. Ik zal me tot overspel als echtscheidingsgrond beperken omdat daarvan immers mogelijke strafrechtelijke stappen afhankelijk waren.

Het B.W. van 1838 bood geen mogelijkheid voor echtscheiding door onderlinge toestemming. Eén van de echtgenoten moest bij de civiele rechter op één of meer van de in de wet genoemde gronden echtscheiding vorderen.²⁹ De grond, die hierbij verreweg de belangrijkste rol speelde, was het overspel.³⁰ Deze belangrijke rol is in ieder geval mede veroorzaakt door een bekend arrest van de Hoge Raad van 22 juni 1883, waarbij in echtscheidingszaken een bekentenis van de gedaagde als voldoende bewijs voor overspel werd aanvaard.³¹ Zo was *de facto* echtscheiding op grond van onderlinge toestemming mogelijk geworden. In dit verband werd doorgaans gesproken over 'de grote leugen'.³²

27. Zie SMIDT, H.J., II, *o.c.*, p. 276.

28. Zie hierover ook NOYON, T.J., *Het Wetboek van Strafrecht*, zesde druk, bewerkt door LANGEMEIJER, G.E., Arnhem, 1954, aantekening 8 op art. 241 Sr. Daar wordt er ook op gewezen dat de klacht en de vordering *hetzelfde* overspel moeten betreffen.

29. Art. 264 B.W. noemde: 'Overspel; Kwaadwillige verlating; Veroordeeling wegens misdrijf tot eene vrijheidsstraf van vier jaren of langer, na het huwelijk uitgesproken; Zware verwondingen of zoodanige mishandelingen, door den eenen echtgenoot jegens den anderen gepleegd, waardoor diens leven wordt in gevaar gebracht, of waardoor hem gevaarlijke verwondingen zijn toegebracht'.

30. Zie b.v. WIJSMAN, J.H., *Echtscheidingsgronden*, Amsterdam, 1946, p. 54-89 en de Memorie van Toelichting bij de Herziening van het echtscheidingsrecht, Bijlage, *Handelingen Tweede Kamer*, 10.213, nrs. 1-3, p. 9.

31. H.R., 22 juni 1883, *Weekblad van het Regt*, 4924 (27 augustus 1883); zie hierover uitgebreid ASSER, C., *Natuurlijke personen en familierecht*, achtste druk, bewerkt door WIARDA, J., Zwolle, 1957, p. 373-379.

32. Zie b.v. PITLO, A., *Het personenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, vijfde druk, mede bewerkt door MEIJLING, G., Haarlem, 1970, p. 204.

Blijkens de rechtspraak kwam het overigens dikwijls voor dat er geen onderlinge overeenstemming was. De rechter werd dan regelmatig geroepen tot een antwoord op de vraag wanneer er nu precies sprake was van overspel. De Hoge Raad vatte in 1950 de rechtspraak nog eens samen: voor overspel is vereist dat er 'vleselijke gemeenschap van man en vrouw door vereniging van beider geslachtsdelen (is) en (dat) deze vereniging niet aanwezig is, wanneer het geslachtsdeel van den man met dat van de vrouw slechts in uitwendige aanraking is geweest'.³³ Dat de bewijsvoering af en toe pijnlijk geweest zal zijn, laat zich raden. Overspel werd in ieder geval betrekkelijk restrictief uitgelegd. Ook de, wat men noemde, tegennatuurlijke ontucht leverde volgens de rechtspraak geen overspel op. 'Een oordeel, dat niet geheel van enig formalisme is vrij te pleiten', zo meende Pitlo.³⁴

Mede vanwege het bovenstaande werd dit echtscheidingsrecht in toeneemende mate als onbevredigend ervaren.³⁵ Uiteindelijk zou dit leiden tot een herziening van het echtscheidingsrecht van 1971.

3.2. *Het nieuwe echtscheidingsrecht van 1971*

Op 12 juli 1969 werd bij de Tweede Kamer na uitvoerige voorbereidingen een wetsontwerp ingediend tot herziening van het echtscheidingsrecht.³⁶ De kern van het wetsontwerp bestaat er uit dat slechts één echtscheidingsgrond erkend wordt: 'de duurzame ontwrichting van het huwelijk' (art. 151 boek 1 B.W.). In plaats van de in art. 264-oud genoemde *gedragingen* van de echtgenoten staat derhalve in de ontworpen regeling de *toestand* van het huwelijk centraal. Een tweede belangrijke verandering is dat voorgesteld wordt om echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek mogelijk te maken. De aangewende grond zal ook dan 'duurzame ontwrichting van het huwelijk' moeten zijn (art. 154, 1 boek 1 B.W.). De rechter zal die grond bij een gemeenschappelijk verzoek moeten aanvaarden, omdat men er van uit gaat dat 'als twee volwassen mensen stellen dat hun huwelijk duurzaam ontwricht is, moet worden aangenomen dat zij daarmee de werkelijkheid weergeven'.³⁷

Het wetsontwerp wordt welwillend ontvangen: 'ook wanneer vele (kamer)-leden uitgaan van het feit, dat in ons land een huwelijk in beginsel door vrijwel iedereen wordt gesloten voor het leven, dan moeten zij toch erkennen, dat mislukking van een huwelijk tot de reële mogelijkheden behoort met alle daarmee gepaard gaande verdrietelijkheden voor de beide huwelijkspartners en voor de kinderen'.³⁸ Een belangrijk punt van kritiek was echter het schrappen van de echtscheidingsgrond overspel. Men was beducht voor de mogelijkheid dat de

33. H.R., 23 juni 1950, *N.J.*, 1950, 600.

34. PITLO, A. (1970), *o.c.*, p. 206, waaraan hij — voor mij nogal raadselachtig — toevoegt: 'Maar toegegeven, als we in het recht *alles* op verstandige wijze zouden oplossen, komt de humor er tekort bij - en dat mag vooral niet'. Zie ook ASSER/WIARDA, *o.c.*, p. 363-367.

35. Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp tot herziening van het echtscheidingsrecht, Bijlage, *Handelingen Tweede Kamer*, 1968-1969, 10.213, nrs. 1-3, p. 8-12.

36. Wetsontwerp 10.213, Bijlage, *Handelingen Tweede Kamer*, 1968-1969, nrs. 1-3.

37. PITLO, A., *Het personenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek*. zevende druk, bewerkt door VAN DER BURGHT, G.K., Arnhem, 1985, p. 356. Op de p. 353-357 vindt men een korte beschrijving van het nieuwe echtscheidingsrecht.

38. Voorlopig Verslag, Bijlage, *Handelingen Tweede Kamer*, 1970-1971. 10.213, nr. 5, p. 6.

rechter, ondanks vaststaand overspel, in sommige gevallen zou beslissen dat er toch geen duurzame ontwrichting was. 'De beledigde echtgenoot moet bevoegd blijven tot het zelf nemen van de uiteindelijke beslissing of gepleegd overspel echtscheiding rechtvaardigt', zo meende men.³⁹

In de Memorie van Antwoord merkt Minister van Justitie Polak allereerst op 'dat hier een zeker vertrouwen in het gezonde verstand van de rechter past'. Daarnaast maakt hij de toch wel verrassende opmerking dat door de beledigde echtgenoot onoverkomelijk geacht overspel *steeds* duurzame ontwrichting oplevert, nu 'de ene echtgenoot een bepaalde gedraging (...) van de ander (overspel) niet wenst te tolereren en de samenleving wil verbreken'. Het opnemen van overspel als echtscheidingsgrond in de wet vond hij dan ook 'overbodig'. Bovendien, zo merkte hij op, 'zodra het woord overspel in de wet voorkomt, hoe ook de desbetreffende bepaling wordt geformuleerd, kunnen en zullen opnieuw onverkwalijkte procedures ontstaan'.⁴⁰ Met dit antwoord stemde men in. Het wetsontwerp werd aangenomen en het nieuwe echtscheidingsrecht trad op 1 oktober 1971 in werking.⁴¹

Deze gebeurtenis noopte tot een wijziging van art. 241 Sr. Vervolging terzake van overspel was immers onder meer afhankelijk gesteld van een geslaagde vordering tot echtscheiding *op grond van hetzelfde feit*. Nu overspel als wettelijke echtscheidingsgrond verdwenen was en plaats had gemaakt voor de duurzame ontwrichting van het huwelijk, was het oude art. 241 Sr. onhanteerbaar geworden. Wij keren daarom nu terug naar het strafrecht.

4. Overspel uit het Nederlandse strafrecht

4.1. Artikel 241 Sr. in de periode 1886-1971

Al eerder is opgemerkt dat tot 1886 het misdrijf overspel tot weinig veroordelingen leidde. Dit aantal werd nog geringer onder de werking van het Wetboek van Strafrecht van 1886. Het aantal veroordelingen wegens overspel was zo minimaal dat ze niet apart in de gerechtelijke statistieken zijn opgenomen, maar gerubriceerd werden onder de overige zedenmisdrijven.⁴² Bij een onderzoek in 1968 in de archieven werden voor de periode 1886-1968 *in totaal* 15 veroordelingen terzake van overspel gevonden (waarvan er vanwege een mysterieuze oprisping zes in 1951 vielen).⁴³ Ook de jaren 1968 tot en met 1971 leverden geen veroordelingen meer op.⁴⁴ Vanaf 1957 zijn ook sepotcijfers geregistreerd. Dat levert weliswaar meer gevallen op, maar erg veel zijn het er nog steeds niet: gemiddeld

39. Idem; zie ook p. 7 van het Voorlopige Verslag.

40. Memorie van Antwoord, Bijlage, *Handelingen Tweede Kamer*, 1970-1971, 10.213, nr. 6, p. 3-5.

41. Wet van 6 mei 1971, *Staatsblad*, nr. 290 (nog gewijzigd bij de Wet van 9 juni 1971, *Staatsblad*, nr. 380).

42. Zo werd mij meegedeeld door het Centraal Bureau voor de Statistiek.

43. *Delicten betreffende de seksualiteit*, Deventer, 1968, p. 47.

Zie ook de Memorie van Toelichting bij wetsontwerp 11.164, dat straks ter sprake komt; daar werd voor de periode 1894-1966 een aantal van twaalf veroordelingen genoemd.

44. Zie hiervoor NOYON, T.J. en LANGEMEIJER, G.E., *Het Wetboek van Strafrecht*, 7e druk, bewerkt door REMMELINK, J., Arnhem, (losbladig), deel III, *Misdrijven tegen de zeden*, aantekening 4.

vijf per jaar.⁴⁵ Er werden derhalve ook maar weinig klachten ingediend. Bij deze gevallen is overigens niet duidelijk of het om technische sepots gaat (veroordeeling wordt door het Openbaar Ministerie niet haalbaar geacht) dan wel om beleidssepots (vervolgning en veroordeling wordt niet wenselijk geacht). Hoe dan ook, geconstateerd kan mijns inziens in ieder geval worden, dat de strafrechtelijke regeling van art. 241 Sr. niet erg 'geleefd' heeft.

Ook in de juridische literatuur leidt art. 241 Sr. in deze periode een kwijnend bestaan. Er wordt nauwelijks iets over gemeld, op zijn hoogst wordt gewezen op de vermoedelijk enorme discrepantie 'tussen de werkelijkheid en de strafrechtelijke reactie'.⁴⁶ Van Proosdij vond in 1930 dat er verandering moest komen in die situatie: 'Het is mijn bedoeling niet, hier het wegvallen van het klachtvereiste bij art. 241 Sr., plus een razzia tegen alle min of meer publieke overspel zonder meer te verdedigen. Maar, zoo goed als het gewenscht is, dat het aantal echtscheidingen vermindert, even goed is het gewenscht dat een bespotting van het recht, als ons tegenwoordig art. 241 Sr. (...) gewijzigd worde'.⁴⁷ Een dergelijke wijziging kwam er niet.

4.2. De afschaffing van de strafbaarstelling van overspel in 1971

Zoals ik al eerder opmerkte, noopte de herziening van het echtscheidingsrecht op zijn minst tot een technische verandering van art. 241 Sr. In een wetsontwerp 'tot wijziging van de wetgeving naar aanleiding van de herziening van het echtscheidingsrecht' werd onder meer voorgesteld art. 241 Sr. te doen vervallen, zoals dat in die jaren ook al in de literatuur bepleit was.⁴⁸

Gesteld voor de vraag 'technische aanpassing of algehele afschaffing' wordt voor het laatste gekozen. In de eerste plaats omdat het artikel 'nagenoeg een dode letter gebleven' is, maar ook vanwege de plaats van het strafrecht in deze materie. 'De normen van moraal en recht betreffende de huwelijkstrouw, die door overspel worden geschonden, heeft de wetgever erkend en verankerd in het Burgerlijk Wetboek. Deze erkenning impliceert echter niet, dat ook de strafwet die normen moet onderstrepen. De wetgever behoort zeer voorzichtig te zijn met het stellen van strafsancities op gedragingen binnen de persoonlijke levenssfeer', zo wordt in de Memorie van Toelichting opgemerkt. Hieraan wordt overigens toegevoegd: 'Hoewel misschien ten overvloede, zij hierbij met nadruk opgemerkt, dat deze conclusie uitsluitend de *strafbaarheid* van overspel raakt, en niet het morele oordeel daarover'.⁴⁹

Het is opvallend dat er nu wel consensus over (de afschaffing van) het overspel bleek te bestaan: er werd geen opmerking over het voorstel gemaakt! Zowel in de Tweede als in de Eerste Kamer werd het wetsontwerp 'zonder beraadsla-

45. Idem.

46. Om het zo maar eens te noemen; vgl. bijvoorbeeld VAN SLOBBE, *o.c.*, p. 281.

47. VAN PROOSDIJ, A.C.G., 'Onze echtscheidingsprocessen', *N.J.*, 1930, p. 20.

48. Zie b.v. LANGEMEIJER, G.E., in *Delicten betreffende de seksualiteit*, Deventer, 1968, p. 31-33 en de in de Memorie van Toelichting bij wetsontwerp 11.164 op p. 5 genoemde werken.

49. Zie hierover de stukken van het betreffende wetsontwerp, dat op 23 februari 1971 bij de Tweede Kamer werd ingediend (Bijlage, *Handelingen Tweede Kamer*, 1970-1971, 11.164, nrs. 1-3).

ging en zonder hoofdelijke stemming' aanvaard.⁵⁰ Alleen het Eerste Kamerlid Van Wijk van de Pacifistisch Socialistische Partij hield, zoals hij het zelf noemde, 'een korte begrafenis toespraak': 'Sr. 241, dat overspel tot klachtdelict maakte, was — zoals betaamt aan een rechtschapen relict — niet alleen al lang dood, maar zelfs doodgeboren, maar om onverklaarbare redenen nog nooit begraven. (...) In elk geval vindt thans de begrafenis plaats, onder dankzegging voor de zeer weinige den volke bewezen diensten'.⁵¹ Zo verdween art. 241 Sr. — tesamen met wijzigingen van onder meer de Spoorwegpensioenwet in één wet verpakt — roemloos uit het Nederlandse Wetboek van Strafrecht.⁵²

5. Slotopmerkingen

In het voorafgaande is de moeizame ontwikkeling van de Nederlandse wettelijke regeling van het overspel beschreven, die uiteindelijk uitmondde in een betrekkelijk geruisloze verdwijning. Het begrip overspel komt nu niet meer in de Nederlandse wetgeving voor. Er lijkt in Nederland grote overeenstemming te bestaan over de wenselijkheid om overspel geen plaats in de wet meer toe te kennen. Dit mag naar mijn mening opvallend heten in een land, waarin het 'streng-christelijke volksdeel' hecht georganiseerd is en ook een vaste plaats in de volksvertegenwoordiging kent en waarin bovendien zowat altijd wel strafbaarstelling van bepaald gedrag door een groepering bepleit wordt. De huidige plaats van overspel buiten het Wetboek van Strafrecht en het Burgerlijk Wetboek lijkt echter onomstreden en lijkt bovendien niet tot enige praktische problemen aanleiding te geven. Vermoedelijk speelt overspel (en dan ruim opgevat als seksuele handelingen door een echtgenoot met een ander) nog wel een bescheiden rol in echtscheidingsprocedures ter adstructie van de duurzame ontwrichting van het huwelijk. Dat het overspel niet meer 'wettelijk geregeld' is, brengt echter geen moeilijkheden met zich mee. In de strafrechtspleging is overspel geheel buiten beeld gebracht.

Wanneer we ons verder beperken tot het strafrecht, dan kan geconstateerd worden dat overspel ook niet meer past in de huidige Nederlandse strafwetgeving t.a.v. de zeden. Deze zedenwetgeving is in sterke mate in beweging en wordt de laatste jaren geheel herzien.⁵³ In 1970 werd de Commissie Zedelijkheidswetgeving (naar haar latere voorzitter meestal de commissie Melai genoemd) benoemd, die tot taak had de zedendelicten door te lichten. De commissie bracht een viertal rapporten uit. Aan overspel wordt hierin geen enkele aandacht besteed, hetgeen tekenend is voor de hierover bestaande opvattingen.

De commissie heeft zich beziggehouden met de vraag welke rol het strafrecht toekomt op het gebied van de zeden.⁵⁴ Als eerste principiële uitgangspunt

50. Zie *Handelingen Tweede Kamer*, 1970-1971, p. 3614 en *Handelingen Eerste Kamer*, 1970-1971, p. 1130-1131.

51. *Handelingen Eerste Kamer*, 1970-1971, p. 1102.

52. De Wet van 6 mei 1971, *Staatsblad*, nr. 291.

53. Zie hierover uitgebreid DE HULLU, J. en VAN DER NEUT, J.L., *Zedelijkheidswetgeving in beweging*, Nijmegen, 1985.

54. Zie vooral het Tweede Interimrapport, p. 11 (als bijlage gevoegd bij wetsontwerp 15.836, nr. 4) en het eindrapport, Den Haag, 1980, p. 9; zie hierover ook DE HULLU, J. en VAN DER NEUT, J.L., *o.c.* p. 137-139.

werd de leidraad van Minister van Justitie Modderman uit 1881 gekozen: 'wees voorzichtig — de straf is een ultimum remedium, laat het middel niet erger zijn dan de kwaal'. Na deze aansporing tot terughoudendheid werden de uitgangspunten voor de zedelijkheidswetgeving vervolgens ingebed in de internationale verdragen over de rechten van de mens. Als hoofdgedachte werd hieruit gedestilleerd 'dat in een democratische samenleving de pretenties van de staat tegenover de burger beperkt dienen te blijven.(...) De erkenning van een voor de overheid in beginsel onaantastbare privé-sfeer van de burger houdt tevens de erkenning in dat de uitingen welke in die sfeer aan de beleving van de eigen seksualiteit worden gegeven zich aan de waardering daarvan door de staat of zijn organen behoort te onttrekken'. Deze centrale plaats van de wilsvrijheid mondt uit in de opvatting dat er strafrechtelijke bepalingen dienen te bestaan ter 'bescherming van de wilsvrijheid van de burger bij het aangaan of afwijzen van seksuele relaties' en ter bescherming in de openbaarheid 'tegen aanstoot of kwetsing als gevolg van de verregaande seksuele vrijmoedigheid van anderen'. Dit vooropstellen van de bescherming van de wilsvrijheid impliceert bovendien dat de wetgever 'normen zal moeten stellen ter bescherming van rechtsgenoten, wier vermogen tot seksuele zelfbepaling onvolkomen is'. Deze ideeën van de commissie Melai vonden betrekkelijk algemeen instemming, ook in het Parlement dat enkele op deze adviezen stoelende strafbepalingen goedkeurde.⁵⁵ Nu, zeker ten aanzien van volwassenen, de wilsvrijheid centraal staat op het terrein van de zeden, ligt het voor de hand dat overspel buiten beschouwing gelaten wordt bij de vormgeving van de Nederlandse strafwetgeving.

Er valt nog een andere tendens op het terrein van wettelijke regeling van de zeden waar te nemen, die overspel buiten de wet houdt. Ik zou dit willen omschrijven als een sterk verminderde aandacht en zelfs een zekere afkeer van het openbare onderzoek naar de seksuele details van het betrokken gedrag. Zo wordt er b.v. t.a.v. aanranding en verkrachting voor gepleit om te komen tot één delictsoomschrijving, waarbij de nadruk ligt op het begrip 'seksuele handelingen tegen de wil van het slachtoffer'. Welke handelingen dan precies verricht zijn is in deze optiek veel minder relevant dan het feit dat de handelingen *tegen de wil* van het slachtoffer geschieden. Deze 'globale benadering' van het gedrag vermijdt ook allerlei pijnlijke, maar minder belangrijke bewijskwesaties en maakt daardoor de rechtsgang voor het slachtoffer minder belastend.⁵⁶ In dit opzicht leent in ieder geval het klassieke overspel zich niet voor een plaats in de wet, nu slechts op betrekkelijk willekeurige wijze één, heteroseksuele handeling binnen de definitie valt. In dit verband kan ook de eerder aangehaalde opmerking van Minister van Justitie Polak uit 1970 bij de echtscheidingswetgeving gezien worden: 'Zodra het woord overspel in de wet voorkomt, hoe ook de desbetreffende bepaling wordt geformuleerd, kunnen en zullen opnieuw onverkwikkelijke procedures ontstaan'.⁵⁷

De conclusie kan getrokken worden dat het buitengewoon waarschijnlijk is dat overspel voorlopig geen plaats in de Nederlandse wetgeving meer zal krijgen, en in mijn ogen is dat een goede zaak.

55. Zie hierover uitgebreider DE HULLU, J. en VAN DER NEUT, J.L., *o.c.* p. 14 en 137-139. Het Parlement stemde tot nu toe in met nieuwe strafbepalingen terzake van openbare schennis van de eerbaarheid en pornografie, zie de Wet van 3 juli 1985, *Staatsblad*, 385.

56. Zie hierover DE HULLU, J. en VAN DER NEUT, J.L., *o.c.* p. 83, 84.

57. Bijlage, *Handelingen Tweede Kamer*, 1970-1971, 10.213, nr. 6, p. 5.