

IS DE MATERIËLE WEDERRECHTELIJKHEID EEN NUTTIG BEGRIP IN HET BELGISCH STRAFRECHT?

A. De Nauw *

Vreemd genoeg treft men het begrip 'wederrechtelijkheid' slechts zelden in de Belgische rechtsleer aan, terwijl het als een vanzelfsprekende waarheid wordt beschouwd dat alleen wederrechtelijke gedragingen strafbaar kunnen zijn.

Bij de behandeling van het leerstuk van de rechtvaardigingsgronden maken de meeste auteurs, met uitzondering van LEGROS¹, het onderscheid tussen objectieve en subjectieve gronden met rechtvaardiging. Objectieve gronden van rechtvaardiging worden genoemd: omstandigheden die aan een daad principieel strafbaar gesteld door de wet hun strafrechtelijk karakter ontnemen. Subjectieve gronden van rechtvaardiging zijn omstandigheden waardoor daarentegen de schuld van de dader wordt opgeheven. Vandaar dan ook dat ze soms eenvoudigweg schuldopheffingsgronden worden genoemd om de benaming rechtvaardigingsgrond enkel aan de objectieve rechtvaardigingsgronden voor te behouden. In deze zin wordt er ook geargumenteed dat enkel de objectieve rechtvaardigingsgronden deze benaming kunnen dragen, omdat zij alleen het misdrijf uitsluiten. Bij subjectieve rechtvaardigingsgronden of schuldopheffingsgronden is daarentegen het misdrijf *stricto sensu* niet gerechtvaardigd, daar het onwettig blijft.²

Deze wijze van voorstelling is in zeer grote mate overtuigend. Het valt echter op dat hierbij het begrip 'wederrechtelijkheid', dat in de Duitse doctrine centraal staat, niet wordt gebruikt. Het is de enorme verdienste van RUBBRECHT dit begrip ingang te hebben doen vinden in ons land. Zeer duidelijk poneert hij in zijn *Inleiding tot het Belgisch strafrecht* dat de rechtvaardigingsgronden omstandigheden zijn waardoor de wederrechtelijkheid terzijde geschoven wordt. Gedragingen die van buiten bekeken geheel aan de delictsomschrijving beantwoorden, blijken dan geoorloofd en soms zelfs geboden te zijn, omdat onder deze bepaalde omstandigheden de wederrechtelijkheid opgeheven wordt.³

In hun nu reeds befaamd *Handboek Belgisch Strafrecht* situeren Lieven DUPONT en Raf VERSTRAETEN zich in de lijn van RUBBRECHT wat de theorie van het misdrijf betreft. Zij laten dus het begrip wederrechtelijkheid ook niet buiten beschouwing. Doch zij zetten een stap verder dan hun eminente voorganger. RUBBRECHT vond een wettekst overbodig die de wederrechtelijkheid als algemene voorwaarde van de strafbaarheid zou stellen, omdat juist die gedragingen die de wetgever over het algemeen wederrechtelijk acht en wil straffen, door hem tot misdrijven worden gemaakt. De wederrechtelijkheid van een aan de delictom-

* Gewoon hoogleraar V.U. Brussel.

1. LEGROS, R., *Droit pénal*, P.U.B., uitg. 1979-80, II, p. 327-328.

2. BEKAERT, H., *Handboek van studie en praktijk van het Belgisch strafrecht*, nrs. 409 en 440; CONSTANT, J., *Précis de droit pénal*, uitg. 1967, nr. 192; PRINS, A., *Science pénale et droit pénal positif*, nr. 323, TROUSSE, P.E., *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, I, nr. 2445; VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *Belgisch strafrecht*, nr. 348; VAN DEN WIJNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht*, I, p. 192-194.

3. RUBBRECHT, J., *Inleiding tot het Belgisch strafrecht*, p. 97-98.

schrijving beantwoordende gedraging wordt door hem dus verondersteld. Dit standpunt kadert in de formele wederrechtelijkheidsleer: wederrechtelijkheid is strijdigheid van een bepaalde gedraging met een wettelijk verbod of gebod dat in een delictomschrijving besloten ligt en dat in concreto niet door een wettelijke rechtvaardigingsgrond wordt opgeheven. Korter gezegd: wie zich onwettig gedraagt, gedraagt zich tevens wederrechtelijk, tenzij er een rechtvaardigingsgrond bestaat. DUPONT en VERSTRAETEN verduidelijken dat er naast deze formele wederrechtelijkheidsleer een materiële wederrechtelijkheidsleer bestaat, naar luid waarvan de wederrechtelijkheid een constitutief element van het misdrijf is, dat niet enkel formeel, maar ook materieel – d.i. inhoudelijk – opgevat moet worden. De aanhangers van deze leer zijn van oordeel dat het formele wederrechtelijkheidsbegrip berust op een niet te verantwoorden legalistische rechtstheorie die wet en recht met elkaar identificeert. DUPONT en VERSTRAETEN laten impliciet hun voorkeur voor de materiële wederrechtelijkheidsleer kennen, wanneer zij schrijven dat de leer van de wederrechtelijkheid in België de facto een leerstuk over de rechtvaardigingsgronden is en dat er tot dusver al te weinig aandacht werd besteed aan de bepaling van de wederrechtelijkheid als afzonderlijk constitutief element van het misdrijf.⁴ Ook C. VAN DEN WIJNGAERT gebruikt in haar recente handboek het begrip wederrechtelijkheid.^{4bis}

Zonder reeds nu uitspraak te doen ten voordele van de ene of de andere wederrechtelijkheidsleer, kan de laatste opmerking zonder enig bezwaar volmondig worden bijgetreden. Om het verwijt van de auteurs van het knapste Franse hedendaagse handboek van strafrecht aan het begrip wederrechtelijkheid op te vangen lijkt het aangewezen de discussie hierover te laten vertrekken van concrete voorbeelden uit het bijzondere strafrecht. Anders bestaat, zoals MERLÉ en VITU het schrijven, het gevaar dat men een begrip hanteert dat moeilijk kan worden toegepast en dat eerder behoort tot het domein van de rechtsfilosofie.⁵

Alvorens deze concrete voorbeelden uit het bijzondere strafrecht te behandelen, kan het nuttig zijn even te grasduinen in de Nederlandse rechtsleer die het begrip wederrechtelijkheid uit de Duitse doctrine overgenomen heeft, om het met de welbekende pragmatische ingesteldheid van onze Noorderburen te benaderen. Hopelijk zal na een overzicht van de stelling van enkele Nederlandse auteurs (I) en het onderzoek van enkele gevallen uit het Belgische bijzondere strafrecht (II) op zinnige wijze kunnen worden deelgenomen aan de discussie omtrent de materiële wederrechtelijkheid (III).

Terloops zij vermeld dat Michèle-Laure RASSAT in haar handboek over Frans strafrecht bij de studie van de constitutieve bestanddelen van het misdrijf naast de klassieke materiële en morele bestanddelen ook een onrechtmatig bestanddeel toevoegt. Dat onrechtmatig element is volgens haar een negatief bestanddeel dat bestaat in het ontbreken van een grond van rechtvaardiging. Het gaat niet om een louter voorafgaande en externe voorwaarde van het misdrijf doch wel om een effectief bestanddeel, omdat dit onrechtmatig element wel degelijk intern aan het misdrijf is en er in de tijd mee samenvalt. Men kan stellen dat RASSAT in haar

4. DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, nrs. 334-348.

4bis. VAN DEN WIJNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht*, II, p. 191.

5. MERLÉ, R. en VITU, A., *Traité de droit criminel*, I, uitg. 1981, nr. 390.

handboek nauw aanleunt bij de denkbeelden van de materiële wederrechtelijkheid.^{5bis}

I. De Nederlandse rechtsleer

Het begrip 'materiële wederrechtelijkheid' werd door de Nederlandse rechtsleer ontleend aan de Duitse strafrecht dogmatiek. Daar wordt het onderscheid tussen de formele en de materiële wederrechtelijkheid centraal gesteld. Naar luid van het eerste begrip maakt de beantwoording van de gedraging aan de bestanddelen van de wettelijke delictomschrijving de gedraging per definitie strafrechtelijk wederrechtelijk, tenzij er sprake zou zijn van rechtvaardigingsgronden.⁶ Onder 'ontbreken van materiële wederrechtelijkheid' wordt daarentegen verstaan dat de in de delictomschrijving veronderstelde wederrechtelijkheid ontbreekt, hoewel de verdachte zich niet kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond.⁷

Bij het onderscheid tussen de formele en de materiële wederrechtelijkheid is de normenleer van BINDING belangrijk. Volgens hem moet het misdrijf op drieledige wijze worden opgebouwd: het misdrijf is gepleegd (a) als de bestanddelen vervuld zijn; (b) als het gedrag de achterliggende norm heeft geschonden en; (c) als de verdachte toerekeningsvatbaar (schuldig) is.

De eerste vraag is die van de formele wederrechtelijkheid, de tweede die van de materiële.⁸ Deze materiële wederrechtelijkheid komt volgens de leer van ZU DOHNA te ontbreken wanneer de kwalificatieoverschrijding bestempeld kan worden als 'richtiges mittel zum richtigen Zweck'. Zijn stelling is: 'Wo die Rechtsordnung selber ein Verhalten als rechtswidrig bezeichnet, kann niemals ein solches gemeint sein, welches sich im Hinblick auf das Endziel der sozialen Gemeinschaft als rechtes Mittel zu rechtem Zweck darstellt'.⁹

Deze gedachtengang uit de Duitse dogmatiek heeft merkbaar gespeeld bij het in Nederland fel besproken arrest van de Hoge Raad van 20 februari 1933 inzake de Huizense veearts die wetens en willens zeven nog gezonde koeien van een wei in een met mond- en klauwzeer besmette stal liet brengen. Formeel vervulde hij daardoor de delictomschrijving die strafbaar stelde 'het vee opzettelijk in verdachte toestand brengen'. De feitenrechtters zagen geen ruimte om de veearts vrij te spreken omdat 'iemand, die een met straf bedreigde handeling pleegt, in ieder geval strafbaar is wanneer niet de wet zelf met zoveel woorden een strafuitsluitingsgrond aanwijst'. Doch de Hoge Raad overwoog dat 'zich ... het geval kan voordoen, dat de wederrechtelijkheid in de delictomschrijving zelve geen uitdrukking heeft gevonden en niettemin geen veroordeling zal kunnen volgen op grond dat de onrechtmatigheid der gepleegde handeling in het gegeven geval blijkt te

5bis. RASSAT, M.L., *Droit pénal, Collection Droit fondamental*, P.U.F., 1987, nr. 235.

6. VAN EIKEMA HOMMES, H.J., 'De materiële wederrechtelijkheid in het strafrecht', in *Strafrecht in perspectief*, Gouda Quint, 1980, p. 163.

7. VAN VEEN, Th., 'Ontbreken van materiële wederrechtelijkheid', *D.D.*, 1975, 190.

8. VAN VEEN, Th., 'Ontbreken van materiële wederrechtelijkheid', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1980, 7-8.

9. VAN EIKEMA HOMMES, H.J., *De elementaire begrippen der rechtswetenschap*, Deventer, Kluwer, 1972, p. 303.

ontbreken' en verder nog dat 'de behandeling op het vee toegepast volgens de Veewet niet kan worden gestraft, niet omdat in de wet zelve een bepaalde strafuitsluitingsgrond met zovele woorden zou zijn te vinden ... maar omdat de onrechtmatigheid van het in verdachte toestand brengen van het vee zou wegval-
len'.¹⁰

Na deze openlijke erkenning van de leer van de materiële wederrechtelijkheid door de Hoge Raad kon aan een doorbraak worden gedacht. In bepaalde maatschappelijk controversiële strafzaken uit de jaren zeventig, zoals het bezetten van onbewoonde woningen en het verlenen van hulp aan weggelopen minderjarigen, beriepen de vervolgte personen zich veelal op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid en op de leer van het richtiges Mittel. Doch de rechtspraak verwierp dit beroep in krakerszaken met de overweging dat het bezetten van de aan een andere toebehorende woning, waardoor diens eigendomsrecht wordt geschonden, niet als een redelijk en geoorloofd middel tot het nagestreefd doel, nl. het protesteren tegen de woningnood, valt aan te merken. Op dezelfde wijze oordeelde de Hoge Raad – in twee arresten m.b.t. verbergen van minderjarigen – dat het gevoerde verweer, dat het verbergen en aan de nasporingen onttrekken een redelijk middel was tot een redelijk doel, namelijk het veilig stellen van de door de verdachte beoogde onmiddellijke behartiging van de belangen van de minderjarige, uit het oog verliest dat de nasporingen ertoe strekten degenen die bij of krachtens de wet met de behartiging van de belangen van de minderjarige belast waren, in staat te stellen deze taak te vervullen. Aldus werd uitdrukkelijk de mogelijkheid verworpen dat onder bijzondere omstandigheden het – zelfs voor korte tijd – verbergen van een minderjarige gerechtvaardigd kon zijn.¹¹

Ondanks de omstandigheid (of misschien precies omgekeerd: *dank zij* de omstandigheid) dat de Hoge Raad zich na 1933 nooit meer in positieve zin heeft uitgelaten over de afwezigheid van materiële wederrechtelijkheid, kreeg dit begrip ruime belangstelling in de rechtsleer. In het bestek van deze studie zal enkel aandacht worden besteed aan de recentste standpunten van hedendaagse auteurs.

VAN EIKEMA HOMMES neemt in de Nederlandse doctrine duidelijk stelling tegen de leer van de formele wederrechtelijkheid. Volgens hem is de traditionele opvatting onhoudbaar dat de vervulling van de bestanddelen van de delictomschrijving een aanwijzing van de formele wederrechtelijkheid is behoudens het bestaan van rechtvaardigingsgronden. De eigenlijke vraag van de wederrechtelijkheid mag niet verplaatst worden naar de leer van de rechtvaardigingsgronden, doch hoort in de leer van de delictomschrijving thuis.¹² Primair moet bij de 'Tatbestandmäßigkeit' het delictkarakter worden vastgesteld. En de vraag of een handeling of een omissie een delict is, kan zonder wederrechtelijkheidsoordeel niet worden uitgemaakt. De vraag van de materiële wederrechtelijkheid heeft dus geen zin als exceptief verweer, d.i. als beroep op een rechtvaardigingsgrond, maar

10. SCHAFFMEISTER, A. en HEYDER, A., 'Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht', in *Bij deze stand van zaken, Bundel van opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem, Gouda Quint, 1983, p. 448-449.

11. TAK, P.J.P., *De positie van de strafrechter tegenover maatschappelijk controversiële vraagpunten in Nederland*, preadvies van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België in Nederland, 1976, nrs. 6.1. en 10.5. – 10.7.

12. VAN EIKEMA HOMMES, H.J., *l.c.*, in *Strafrecht in perspectief*, p. 169.

slechts als vraag naar de strekking van de strafwettelijke delictomschrijving. VAN EIKEMA HOMMES zet zich zo af tegen de normenleer van BINDING, die het onderscheid maakt tussen strafwet en strafnorm. Volgens BINDING moet uitgemaakt worden of een 'tatbestandmäßige' handeling 'normwidrig' of 'normgemäss' is. Volgens VAN EIKEMA HOMMES daarentegen moet de strafwet zelf als norm worden opgevat. Op de meest duidelijke wijze zet hij zich dan ook af tegen de opvatting die de materiële wederrechtelijkheid buitenjuridisch tracht te funderen. Slechts een materieel juridische verklaring komt in aanmerking, met name dat een strafbaar feit een inbreuk is op een publiek rechtsbelang door overschrijding van de strafrechtsnorm die dit rechtsbelang beschermt. Dit impliceert dat er sprake is van een strafbaar feit wanneer de gedraging niet enkel formeel beantwoordt aan de strafwettelijke delictomschrijving, maar tegelijk het door het strafwettelijke voorschrift beschermde publieke rechtsbelang aantast (openbare orde, veiligheid van de staat, eigendom, persoonlijke vrijheid, leven, enz.). Wanneer dus een handeling formeel beantwoordt aan de delictomschrijving maar geen aantasting is van de publieke rechtsbelangen die de Strafwet beoogt te beschermen, dan is er geen delict. Het is dan onjuist om van de veronderstelde strafrechtelijke wederrechtelijkheid uit te gaan en vervolgens te zoeken naar rechtvaardigingsgronden. Er is in werkelijkheid niet aan de delictomschrijving voldaan. De stellingname heeft ook praktische gevolgen. Het O.M. en de rechter moeten zich telkens afvragen of de gedraging, die formeel aan een wettelijke delictomschrijving beantwoordt, materieel een aantasting is van een publiek strafrechtelijk beschermd rechtsbelang. VAN EIKEMA HOMMES is van oordeel dat de Hoge Raad in het hoger vermelde Veearts-arrest ook niet begint met het aannemen van de wederrechtelijkheid op grond van de beantwoording der handeling aan de wettelijke delictomschrijving om vervolgens rechtvaardigingsgronden op te zoeken. Het arrest zegt dat er geen delict is, omdat het door de wet beschermde publieke rechtsbelang, de bescherming van gezond vee, niet was aangetast.¹³

VERMUNT spreekt zich in zijn thesis over *Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrecht dogmatiek* ook gunstig uit over de Veearts-casus. Doch zijn zienswijze komt niet overeen met deze van VAN EIKEMA HOMMES omdat hij net als BINDING van oordeel is dat niet de strafwetgever de normen creëert, maar de normen logisch aan de strafbepalingen voorafgaan. VERMUNT is van oordeel dat het, in weerwil van de rechtsgoedschendende c.q. -aantastende strekking van een handeling, denkbaar is dat niet tot normstrijdigheid ervan mag worden geconcludeerd omdat de desbetreffende 'Normwidrigkeitsmerkmale' in de concrete handeling niet aan te treffen zijn. In dergelijk geval vervallen ook de 'Strafbarkeitsmerkmale', die slechts een modaliteit van de 'Normwidrigkeitsmerkmale' zijn en de handeling valt dan buiten het strafrechtelijk bereik. Al komt VERMUNT m.b.t. het Veearts-arrest tot hetzelfde besluit als VAN EIKEMA HOMMES, met name dat de tenlastegelegde handeling niet als de in de delictomschrijving bedoelde behandeling kan worden aangemerkt, toch is het duidelijk dat hun redeneringen grondig verschillen, vermits VERMUNT de strafnorm van de strafwet onderscheidt.^{13bis}

Ook DE WAARD sloot zich in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging in 1976 bij het Veearts-arrest aan. Hij pleitte er zelfs voor het kind niet

13. VAN EIKEMA HOMMES, H.J., o.c., p. 302 en 307-308.

13bis. VERMUNT, D., *Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrecht dogmatiek*, Gouda Quint, 1984.

met het badwater weg te gooien, doch het alsnog uitdrukkelijk te erkennen en te wettigen. Zijn opvatting verschilde echter toch duidelijk van deze van de twee vorige auteurs, vermits hij voorstelde dat het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid een wettelijke strafuitsluitingsgrond zou worden, naar luid waarvan niet strafbaar is: hij die ten gevolge van bijzondere omstandigheden slechts door het begaan van het feit een zwaarderwegend belang zozeer kan dienen, dat naar algemeen heersend rechtsbewustzijn het feit daardoor wordt gerechtvaardigd.¹⁴ Deze voorgestelde wettelijke consecratie van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid impliceert dat de rechters primair van oordeel zijn dat het gaat om een gedraging die onder een delictomschrijving valt, om niettemin secundair een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid te doen, omdat ze de gedraging materieel gerechtvaardigd achten. In een latere studie is DE WAARD enigszins teruggekomen op zijn preadvies zonder de basisconstructie van zijn ideeën echter te verlaten. Volgens hem zou men twee situaties kunnen onderscheiden, waarin een beroep op ontbreken van materiële wederrechtelijkheid aanvaardbaar voorkomt, namelijk:

a. de situatie waarin hetzelfde rechtsbelang dat door de strafbaarstelling van het tenlastegelegde gedrag wordt beschermd juist door dat gedrag wordt gediend; en

b. de situatie waarin het tenlastegelegde gedrag het door de strafbaarstelling beschermde belang niet raakt.

Voorbeeld van de situatie a. is het Veearts-arrest, terwijl situatie b. zich volgens DE WAARD voordeed in de casus van de krakerszaken en de hulpverlening aan van huis weggelopen minderjarigen.¹⁵

Men kan zich afvragen of ook 'T HART zijn standpunt omtrent de leer van de materiële wederrechtelijkheid niet enigszins heeft genuanceerd. In zijn boek met BROEKMAN over *Normverlegend gedrag en justitieel beleid*, zag hij als voordeel van deze leer dat hij de strafrechtspleging behoedt voor vervreemding van de maatschappelijke werkelijkheid en dat hij de rechter de mogelijkheid biedt om via het ongeschreven recht nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen in zijn oordeel te verdisconteren.¹⁶

In latere studies acht 'T HART deze mogelijkheid nog altijd gewenst, doch hij construeert zijn standpunt op een andere wijze. Er moet worden afgestapt van de traditionele beschrijving van de triasgedachte dat de strafrechter de strafwet handhaaft met de wil van de wetgever als richtsnoer.¹⁷ Door in de plaats van een legalistische statische rechtsopvatting een mee-evoluerende rechtsopvatting te stellen, moet het mogelijk zijn een volstrekt algemeen geformuleerde regel in de wet in een bijzondere situatie opzij te zetten.¹⁸ Aldus wordt dezelfde uitslag bekomen als deze van de nieuwe wettelijke strafuitsluitingsgrond, verwoord door

14. DE WAARD, R., 'Welke wetswijzigingen zijn wenselijk met betrekking tot activisme en in groter verband begane delicten?', *Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging*, 1976, 352.

15. DE WAARD, R., 'De schuld en wederrechtelijkheid als elementen van het delict', in *Liber Amicorum Th. W. van Veen*, Arnhem, Gouda Quint, 1985, p. 381-399, i.h.b. p. 390-399.

16. BROEKMAN, J. en 'T HART, A.C., *Normverlegend gedrag en justitieel beleid*, Leuven, Acco, 1980, p. 86-87.

17. Verslag van de discussie over het preadvies van Th. W. van Veen, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1980, 204.

18. 'T HART, A.C., *Strafrecht en beleid*, p. 96 en 342.

DE WAARD; doch dit in het kader van de door 'T HART met succes en veel overtuigingskracht gebrachte rechtstheoretische opvatting die meer de nadruk legt op rechtshandhaving dan op wetshandhaving en niet in het kader van de rechtsdogmatische figuur van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid.

Naast die auteurs die in de Nederlandse doctrine het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid in verband brengen met de delictomschrijving of met de rechtvaardigingsgronden zijn er andere auteurs die de problematiek bekijken in het kader van de interpretatie van de strafwet.

Volgens VAN VEEN strookt het meer met de instelling van opposanten tegen de geldende bestaande orde zich te beroepen op een exceptie dan zich te wagen aan een interpretatie van de overtreden bepaling. Het beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid verwoordt gevoelsmatig een ontkenning van de geldigheid van die orde. Naar zijn oordeel gaat het om de vraag of de wetten gehandhaafd moeten worden en om de trouw van de strafrechter aan de wet. Daarom heeft hij bezwaren tegen het aanvaarden van een ongeschreven rechtvaardigingsgrond.¹⁹ VAN VEEN verkiest dan ook duidelijk het interpretatiespoor. De bestanddelen moeten worden uitgelegd naar de bedoeling van de wetgever en gezien de situaties die de wetgever voor ogen moet hebben gehad. Wanneer het gaat om situaties die bekend waren op het moment dat de wet tot stand kwam, kan de rechter door de bedoeling van de wetgever te onderzoeken nagaan of de materiële wederrechtelijkheid inderdaad ontbreekt. De rechter blijft dan ongetwijfeld binnen de hem toevertrouwde grenzen van interpretatie. Wanneer de situatie veranderd is nadat de wet tot stand is gekomen, dan ook zou de rechter, zonder aan het gezag van de wet afbreuk te doen, het beroep kunnen aanvaarden indien hij, zich verplaatsend in de intentie van de wetgever, tot de conclusie komt dat – in dat licht gezien – het tenlastegelegde gedrag gerechtvaardigd moet worden geacht.²⁰

Gezien de verhouding wetgever-strafrechter is het volgens VAN VEEN wel de taak van de rechter na te gaan of de strafbepaling op de tenlastegelegde feiten van toepassing is en of de bestanddelen, juist uitgelegd, te bewijzen zijn. Het is daarentegen niet zijn taak een bewezen delictomschrijving buiten toepassing te verklaren. Nochtans wordt dit van hem verlangd wanneer er beroep wordt gedaan op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.

VAN VEEN komt dus tot het besluit dat de interpretatie van de delictbestanddelen georiënteerd op de wil van de wetgever²¹ in de situaties voorziet waarin een beroep op ontbreken van materiële wederrechtelijkheid kans zou maken.

Ook SCHAFFMEISTER en HEYDER drukken hun voorkeur uit voor de interpretatieve oplossing. Deze oplossing biedt volgens hen talrijke voordelen. De interpretatie bindt de rechter aan de bewoordingen van de wettekst. Ze betekent ook dat de rechter t.a.v. de wetgeving een complementaire functie heeft. De interpretatieve oplossing past tevens goed in de opvatting dat strafrechtelijk gesanctioneerde verboden en geboden strikt uitgelegd moeten worden. Tenslotte gaat die oplossing meer de weg van de rechtsverfijning op dan deze van de uitschakeling

19. VAN VEEN, Th. W., *l.c.*, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1980, 8, 10 en 20.

20. VAN VEEN, Th. W., *l.c.*, *D.D.*, 1975, 288-289.

21. VAN VEEN, Th. W., 'Ongeschreven strafuitsluitingsgronden', *D.D.*, 1978, 515 en 522-523.

van de norm. Op originele wijze concretiseren SCHAFFMEISTER en HEYDER de manier waarop de uitlegging van de bestanddelen moet geschieden. Ze onderscheiden in dit verband drie niveaus:

- a. het niveau van het concrete of ideële belang beschermd door de in de delict-omschrijving geïmpliceerde norm;
- b. het niveau van de regeling van de geschonden norm en haar interpretatie in het rechtsgebied waar ze vandaan komt;
- c. het niveau van de maatschappelijke context van de regel.²²

REMMELINK laat ook zijn voorkeur voor de interpretatieve oplossing blijken. De leer van de materiële wederrechtelijkheid vertoont volgens hem het gevaar dat de wet op de tweede plaats wordt gesteld en dat de vaststelling van de subsocialiteit door de rechter primeert, hetgeen in strijd is met de constitutionele verhoudingen. Er bestaan grote bezwaren tegen het jurisprudentiële plaatsvervangende wetgeven, dat sterk zou toenemen door deze leer. De methode van de creatieve interpretatie is volgens REMMELINK beter. Weliswaar is het verschil met de verworpen leer van de afwezigheid van materiële wederrechtelijkheid niet levensgroot. Ook hier treedt de rechter tot op zekere hoogte op als plaatsvervangende wetgever. Toch is er bij deze oplossing volgens REMMELINK meer zekerheid dat de rechter niet al te gauw een maatschappelijke of politieke oplossing gaat kiezen. Er zal eerder steun worden gezocht in de ratio van de bepaling en de wetsgeschiedenis. Deze voorkeur van REMMELINK voor de interpretatieve oplossing betekent echter niet dat hij het standpunt van SCHAFFMEISTER en HEYDER deelt, die naast de strijdigheid met de door straf gesanctioneerde norm ook eisen dat positieve schadelijkheid van het door dat recht beschermde belang zou moeten blijken. Volgens REMMELINK gaat het voordeel van de duidelijkheid en de vastheid verloren als andere gegevens die niet in de tekst genoemd zijn ook meetellen. Daarbij doet REMMELINK opmerken dat men met de stelling van SCHAFFMEISTER en HEYDER ook verveeld zit bij abstracte gevaarsdelicten, waarbij de schadelijkheid in concreto zich niet laat aantonen, terwijl de handhaving van de norm eist dat zij bij ontdekking in het algemeen worden gestraft. Al ontkent REMMELINK niet dat de formele wederrechtelijkheidsleer in zeer bijzondere gevallen een onbevredigend resultaat kan hebben, toch geeft hij er de voorkeur aan en ziet hij voor deze bijzondere gevallen een oplossing in de uitleg van de wettekst die zo ver mogelijk gaat in de typering van het onrecht dat de wetgever kenmerkend heeft willen bestrijden.²³

II. Enkele gevallen uit het bijzondere strafrecht

Na het onderzoek van de Nederlandse doctrine omtrent het begrip wederrechtelijkheid, is het nodig aandacht te besteden aan concrete gevallen uit het Belgische strafrecht, waarin zonder beroep te doen op de rechtvaardigingsgronden van gebod van de wet of bevel van de overheid, wettige verdediging of noodtoestand, ge-

22. SCHAFFMEISTER, D. en HEYDER, A., *Lc.*, in *Bij deze stand van zaken, Bundel van opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem, Gouda Quint, 1983, p. 457, 471 en 474.

23. HAZEWINKEL-SURINGA, D., herwerkt door J. REMMELINK, *Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht*, 10^e druk, p. 108-110 en 292 en 302.

oordeeld wordt dat hij die zich in strijd met een wettelijk verbod of gebod gedraagt, niettemin geen misdrijf pleegt.

In de eerste plaats moet er worden opgemerkt dat de wetgever zelf ofwel van meetaf aan ofwel op een gegeven ogenblik het strafbaar karakter van de handeling kan opzij schuiven. Artikel 245, lid 2 Sw. bepaalt uitdrukkelijk dat het misdrijf van belangenneming door ambtenaar, omschreven in het eerste lid, *niet toepasselijk* is op hem die in de gegeven omstandigheden zijn private belangen door zijn betrekking niet kon bevorderen en openlijk heeft gehandeld. Bij de Besluitwet van 25 mei 1945 heeft de wetgever bepaald dat het misdrijf van hulp aan de vijand omschreven in artikel 115, lid 4 Sw. op hem die in het door de vijand bezette grondgebied verblijft, *alleen dan toepasselijk* is in een reeks gevallen, *zelfs indien* de bezetter er rechtstreeks of onrechtstreeks baat bij gehad heeft. In deze beide gevallen sluit de wetgever zelf het misdrijf uit, al valt de gedraging onder de delictomschrijving.

Aandacht moet echter vooral worden besteed aan de gevallen waar de rechter een algemeen geformuleerde strafbaarstelling uit de wet zelf opzij heeft gezet:

a. de artikelen 383 en 385 Sw. bestraffen de zedenschennis door het verspreiden van schunnigheden of door handelingen. Het aanstootgevend karakter van handelingen die in andere omstandigheden ingaan tegen het algemeen seksueel gedragspatroon verdwijnt, volgens de rechtspraak, wanneer het gaat om kunst en wetenschap of ook ten gevolge van het evolutief karakter van het algemeen seksueel gedragspatroon, wanneer het gaat om sport, spektakel, toneel en het familieleven b.v. In deze gevallen is de schennis van de zeden uitgesloten. Men kan echter bezwaarlijk voorhouden dat deze *uitsluitingsgronden* tot de categorie van de gronden van rechtvaardiging of van schuldopheffing behoren. Nochtans wordt door die uitsluitingsgronden aan de feiten het karakter van misdrijf ontnomen²⁴;

b. artikel 458 Sw. stelt de personen strafbaar die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd, en deze bekendmaken buiten het geval dat zij geroepen worden om in rechte getuigenis af te leggen en buiten het geval dat de wet hen verplicht die geheimen bekend te maken. M.b.t. dat misdrijf heeft de rechtspraak talrijke omstandigheden erkend die de strafbaarheid die in normale omstandigheden aan de geïncrimineerde gedraging verbonden is, *neutraliseren*. Zoals b.v. de persoonlijke verdediging van de geheimhouder, de uitvoering van de opdracht van deskundige, het delen van het geheim met personen die eveneens tot geheimhouding verplicht zijn. In deze omstandigheden wordt er gesproken over bijzondere gronden van rechtvaardiging, buiten de traditionele gronden²⁵;

c. artikel 375 Sw. stelt de verkrachting strafbaar. Tot een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 21 juni 1979²⁶ bestond er unanimité dat er *geen sprake kan zijn* van verkrachting wanneer de echtgenoot zijn wettige vrouw, die tegenstribbelt, ertoe dwingt met hem normale geslachtsbetrekkingen te hebben omdat

24. DE ZEGHER, J., *Openbare zedenschennis*, in *A.P.R.*, nrs. 139-142.

25. LAMBERT, P., *Le secret professionnel*, p. 112 en 134; MERLÉ, R. en VITU, A., *Droit pénal spécial*, II, nr. 2001.

26. Brussel, 21 juni 1979, *R.D.P.*, 1980, 272, noot MARCHAL, A., zie ook Corr. Namen, 11 september 1986, *Jur. Liège*, 1986, 685, *J.T.*, 1987, 317; Corr. Charleroi, 1 maart 1988, *J.T.*, 1989, 32.

ze aan het wezen zelf van het huwelijk beantwoorden.²⁷ TROUSSE bracht dat geval waar de strafbaarstelling opzij werd geschoven duidelijk in verband met de gronden van rechtvaardiging en meende te dezen dat die gronden zich ook buiten het strafrecht kunnen bevinden. Aldus mochten volgens hem de regels m.b.t. de plichten van de echtgenoten de tenlastelegging van verkrachting uitsluiten wanneer de echtgenoot aan zijn vrouw met behulp van geweld normale geslachtsbetrekkingen opdringt²⁸;

d. artikel 369bis Sw. straft de vader of de moeder die door een handeling of een verzuim tekortkomt aan de verplichting het kind af te geven aan wie het het krachtens een rechterlijke beslissing is toevertrouwd. Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat aldus strafbaar is de vader of de moeder die, nadat hij/zij de bewaaring over het kind bij rechterlijke beslissing heeft verkregen, behoudens *bijzondere omstandigheden*, niets doet om die beslissing door het kind te doen naleven, wat betreft het aan de andere ouder toegekende bezoekrecht.²⁹ Penalisten en civilisten zijn het eens om te stellen dat de rechtspraak door het begrip bijzondere omstandigheden aanneemt dat de strafbaarheid van de daad of van de dader opgeheven kan worden buiten de grenzen van de noodtoestand of van de morele dwang, die m.b.t. deze strafbaarstelling reeds veelvuldig werden toegepast.³⁰ Deze rechtspraak is des te interessanter omdat vroeger het Hof van Cassatie een uitspraak m.b.t. hetzelfde misdrijf onwettelijk achtte omdat het de tenlastelegging bewezen had verklaard, doch de beklaagde had vrijgesproken om een reden die geen door de wet bepaalde grond van rechtvaardiging uitmaakte.³¹ Thans worden daarentegen bijzondere omstandigheden buiten de traditionele rechtvaardigingsgronden aanvaard;

e. de artikelen 193 e.v. Sw. houden een reeks strafbaarstellingen in m.b.t. valsheid in geschriften. De rechtspraak heeft in een aantal gevallen aangenomen dat geschriften niet door de wet worden beschermd omdat ze zich niet aan het openbaar vertrouwen opdringen.³² De uiterste grens van de strafbare valsheid wordt dus bepaald door de mate waarin de valsheid de openbare trouw schendt of dreigt te schenden. Het toepassingsgebied van de strafbepalingen inzake valsheid in geschriften moet dus worden vastgesteld, rekening houdend met de mate waarin de collectiviteit gerechtigd is de akte of het juridisch feit, vastgesteld in het geschrift, voor waar te houden.³³ Valsheid in geschriften zoals omschreven in de artikelen

27. DELVA, J., *Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting*, in *A.P.R.*, nr. 234; zie ook RIGAUX, M. en TROUSSE, P.E., *Les crimes et les délits du Code pénal*, V, p. 33; POUPART, J.M., in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nr. 6185; BILTRIS, N., 'L'attentat à la pudeur et le viol', *R.D.P.*, 1925, p. 1036, nr. 57.

28. TROUSSE, P.E., 'L'interprétation des lois pénales', *R.D.P.*, 1952-53, 411-446, i.h.b. 437.

29. Cass., 22 oktober 1980, *A.C.*, 1980-81, 198; 22 september 1981, *A.C.*, 1981-82, 115 en 21 oktober 1986, *A.C.*, 1986-87, 234.

30. DE GAVRE, J., 'A propos de l'arrêt du 22 octobre 1980 de la Cour de cassation et de l'article 369bis alinéa 4 du Code pénal', in *Mélanges offerts à Robert Legros*, p. 151-164, i.h.b. nr. 14; Zie ook MESSINE, J. en HIRSCH, M., 'Propos sur le délit de non-représentation d'enfant' in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, II, 633-645.

31. Cass., 9 juli 1951, *Pas.*, 1951, I, 777, *A.C.*, 1951, 674.

32. Zie b.v. Corr. Hasselt, 23 oktober 1985, *R.W.*, 1985-86, 2356, met noot DUPONT, L.

33. VANHALEWIJN, J., 'Valsheid in geschriften, misdrijf tegen de openbare trouw', in *Recht in beweging, Opstellen aangeboden aan Mr. Ridder René Victor*, 1185-1190.

193 e.v. is dus *uitgesloten* wanneer de openbare trouw niet in het gedrang kan komen;

f. Artikel 228 Sw. bestraft hij die in het openbaar een kledij, een uniform, een ereteken, een lint of andere onderscheidingstekens van een orde draagt, die hem niet toekomen. De rechtspraak heeft geweigerd deze bepaling toe te passen op personen die gedurende ludieke stoeten bepaalde kledij droegen die hun niet toekwamen.³⁴ De fictie is immers een gebied dat in grote mate in het strafrecht *geïmmuniseerd* is. Weliswaar zijn er ook voor stoutmoedigheden bepaalde perken die niet mogen worden overschreden. Doch er mag geen verwarring worden gesticht tussen bestraffing van ficties en bestraffing van de werkelijkheid.³⁵

Daar de rechtspraak en in grote mate de rechtsleer het begrip wederrechtelijkheid niet hanteren, kan men zich afvragen hoe ze er toe gekomen zijn in deze gevallen de strafbaarheid van de gedraging te ontkennen.

De meest uiteenlopende rechtsfiguren werden hiervoor ingeroepen. M.b.t. het dragen van een kledij die de dader niet toekomt (art. 228 Sw.) werden, zoals RIGAUX en TROUSSE het terecht doen opmerken, strengere eisen gesteld m.b.t. het morele bestanddeel van het misdrijf.³⁶ Om de draagwijdte van de uitzondering op de belangenname door ambtenaren te omschrijven werd er beroep gedaan op het begrip van gronden van verschoning.³⁷ Inzake de valsheden in geschriften werd de ratio legis van doorslaggevend belang beschouwd om de uiterste grens van het toepassingsgebied van de strafbepalingen terzake vast te stellen.³⁸ De gevallen waarin, ondanks de bekendmaking van geheimen vastgesteld of toevertrouwd in de uitoefening van een beroep, de tenlastelegging van schending van het beroepsgeheim – buiten de twee gevallen bepaald in artikel 458 Sw. – uitgesloten werd, werden op verschillende gronden gemotiveerd: de noodtoestand, het algemeen rechtsbeginsel van de rechten van de verdediging, de verplichting mede te werken aan de rechtsbedeling.³⁹ M.b.t. de incriminatie van zedenschennis werden de uitsluitingsgronden gerechtvaardigd door soms het bestaan van het materieel bestanddeel van zedenschennis of van openbaarheid te ontkennen, soms van een redelijk belang te gewagen, soms de eerlijke beweegredenen van de dader erbij te betrekken⁴⁰, soms door een reeks excepties m.b.t. het familieleven, de sport, de kunst en de wetenschap, het spektakel en het toneel in het leven te roepen.⁴¹ Voor de uitsluiting van de tenlastelegging van artikel 369bis Sw. werd er geschermd met het begrip 'bijzondere omstandigheden'. Wat de niet strafbaarheid

34. Cass., 1 mei 1893, *Pas.*, 1893, I, 208.

35. RIGAUX, M. en TROUSSE, P.E., *o.c.*, IV, p. 119-120.

36. RIGAUX, M. en TROUSSE, P.E., *o.c.*, IV, p. 119-120.

37. Cass., 8 december 1965, *Pas.*, 1966, I, 487.

38. Zie noot 33.

39. De auteurs verdedigen hieromtrent soms uiteenlopende standpunten. Zie m.b.t. de persoonlijke verdediging van de geheimhouder CONSTANT, J., 'L'état de nécessité en droit belge', in *Rapports belges au VII^e Congrès International de Droit Comparé* gehouden te Pescara van 29 augustus tot 5 september, 1970, p. 761-777, nr. 22, die het begrip 'noodtoestand' inroept, wat verworpen wordt door MERLÉ, R. en VITU, A., *o.c.*, II, nr. 2012.

40. LAHAYE, N., 'Outrage aux mœurs, infraction à contenu variable', in *Les Notions à contenu variable, études publiées par Ch. PELMAN en R. VANDER ELST*, 1984, p. 69-73.

41. Noot DE ZEGHER, J., onder Cass., 20 december 1976, *R.W.*, 1977-78, 451.

van verkrachting tussen echtgenoten betreft werd een oplossing zelf buiten het strafrecht gezocht: het wettige doel van het huwelijk.

De vraag rijst echter of een groot aantal van deze gevallen geen treffende gelijkenis vertonen.

Het doel van de wetgever in het geval van het misdrijf van belangenenneming door ambtenaar (art. 245 Sw.) is enerzijds de ambtenaar te beveiligen tegen bekeringen die zouden kunnen ontstaan door een vermenging van het openbaar belang en van zijn privaat belang en anderzijds de uitoefening van openbare ambten te beschermen tegen elk vermoeden van ontrouw. Het dubbele doel nagestreefd door de wetgever helpt ons de draagwijdte van het lid 2 van artikel 245 Sw. te verstaan: deze alinea is slechts een nadere bepaling van de grenzen van de tenlastelegging omdat in de erin gemelde gevallen het tweeledige rechtsbelang beoogd door de wetgever niet geraakt is.⁴²

Het rechtsgoed van artikel 369bis Sw. is het belang van het kind veilig te stellen door de naleving af te dwingen van burgerrechtelijke beslissingen, die vermoed worden dit belang voor ogen te hebben.⁴³ Het kan echter niet totaal uitgesloten zijn dat – in wat de rechtspraak bijzondere omstandigheden noemt – de strakke eerbiediging van deze burgerrechtelijke beslissingen het gestelde rechtsdoel niet beschermt.

De opvatting van de wetgever bij de afkondiging van het Strafwetboek de misdrijven tegen de openbare zedelijkheid te verbinden aan de misdrijven tegen de orde der familie kon motiveren dat bij de verkrachting tussen echtgenoten het beschermde rechtsbelang van de rust van de familie⁴⁴ niet in het gedrang gebracht werd. Doch deze bewering staat op losse schroeven wanneer men het beoogde rechtsbelang opvat als de bescherming van de wilsvrijheid van de burger in de inrichting van haar of zijn seksuele leven. De nieuwe strekking van de klassieke strafbaarstelling verzet zich tegen het maken van uitzonderingen al naar gelang van de echtelijke relatie die tussen dader en slachtoffer kan bestaan.⁴⁵ Deze tendens werd uitdrukkelijk bekrachtigd door de Wet van 4 juli 1989 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf verkrachting, zodat voortaan verkrachting tussen echtgenoten strafbaar is.^{45bis}

De talrijke uitsluitingsgronden terzake schennis van de goede zeden houden op analoge wijze verband met gevallen waarin de in het algemene of collectieve bewustzijn van het ogenblik levende opvattingen aangaande de waarden die de goede zeden inhouden, en die deswege door de wet zijn beschermd, niet gekrenkt zijn.⁴⁶

Sommige gevallen waarin zonder wettekst de kwalificatie van schending van het beroepsgeheim wordt geweerd hebben betrekking op omstandigheden waarin

42. RIGAUX, M. en TROUSSE, P.E., o.c., IV, p. 272.

43. DE GAVRE, J., l.c., in *Mélanges offerts à Robert Legros*, nr. 2.

44. NIJPELS, J., *Législation criminelle*, III, p. 7, nr. 1.

45. Zie in dit verband VAN DER NEUT, H., 'Het eindrapport van de adviescommissie zedelijkheidswetgeving', *D.D.*, 1981, 520-534 wat Nederland betreft.

45bis. HUTSEBAUT, F., 'De nieuwe wetgeving op de verkrachting', *Panopticon*, 1990, 32-54, i.h.b. 39.

46. Zie de opmerkelijke evolutie in de recente rechtspraak m.b.t. het beschermde rechtsgoed terzake Cass., 28 september 1977, *A.C.*, 1978, 134, *R.D.P.*, 1978, 89, conclusie KRINGS, E., en Cass., 24 november 1981, *R.W.*, 1981-82, 1815, conclusie JANSSENS DE BISTHOVEN, B.

de terzake geldende rechtsbelangen niet worden aangetast: noch het belang dat de geheimgerechtigde heeft (dat geheimen die hij toevertrouwde door de geheimhouder zouden geëerbiedigd worden), noch het belang van bepaalde beroepen (dat de betrouwbaarheid gewaarborgd moet blijven met het oog op een degelijke uitoefening).

Ook de gevallen waarin de delictomschrijvingen van valsheid in geschriften en het onrechtmatig dragen van een kledij, uniform of ereteken werden opzij geschoven houden verband met omstandigheden waarin er geen aantasting bestaat van het rechtsbelang waaruit de wetgever vertrekt bij het strafbaar stellen van valsheid in geschriften, met name het vertrouwen in de waarachtigheid van een geschrift, of bij het strafbaar stellen van het onrechtmatig dragen van een kledij, uniform of ereteken, met name het vertrouwen in een reeks van tekens toegekend door de overheid.

Men kan dus stellen dat in menig van deze gevallen het door de strafbaarstelling beoogd *rechtsbelang niet wordt geraakt of zelfs wordt gediend*. In de Nederlandse rechtsleer zou men gewagen van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid.

Opmerkelijk is dat daarbij de rechtspraak blijkbaar stilzwijgend rekening houdt met verschuivingen in deze rechtsbelangen, zoals terzake openbare zedenschennis en verkrachting tussen echtgenoten en dat hierdoor wijzigingen in de richting zowel van de niet strafbaarheid als van de strafbaarheid van de daad kunnen intreden.

III. De discussie omtrent de materiële wederrechtelijkheid

1. DE VERSCHILLENDE BENADERINGEN VAN HET BEGRIP

Aan de hand van de Nederlandse doctrine en van de concrete voorbeelden uit het bijzondere strafrecht moet het thans mogelijk zijn te onderzoeken hoe het begrip materiële wederrechtelijkheid kan benaderd worden:

a. Wanneer juristen tegenover een begrip staan dat in hun eigen nationale recht niet of minder goed gekend is, dan is hun neiging groot om een houvast te zoeken bij vertrouwde begrippen. De vraag kan dan ook gesteld worden of de gevallen waarin het door de strafbepaling beschermde rechtsbelang niet door de gedraging wordt geraakt of juist wordt gediend niet kunnen (1) aansluiten bij de weliswaar ongeschreven doch toch algemeen aanvaarde rechtvaardigingsgrond van de noodtoestand ofwel (2) niet ingepast kunnen worden in de interpretatievrijheid van de rechter:

1. de bekoring om beroep te doen op de noodtoestand om de materiële wederrechtelijkheid te benaderen is zeker groot. Zoals FORIERS in zijn thesis duidelijk uiteenzette gaat het in de noodtoestand om de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de strafwet van gedragingen die zonder hun begeleidende omstandigheden strafbaar zouden zijn. Dat men hier dicht bij de materiële wederrechtelijkheid is, blijkt uit de volgende tekst van FORIERS: 'Il existe ... une frontière au-delà

de laquelle, bien que les conditions *formelles* du délit soient réunies, il n'est plus possible de parler d'infraction'.⁴⁷

In feite houdt 'noodtoestand' verband met een zekere hiërarchie van belangen. J. DE ZEGHER is in zijn boek over *Openbare zedenschennis* van oordeel dat in de gevallen die tot de categorie van uitsluitingsgronden van deze incriminatie worden gerekend de dader in feite handelt met een in de gemeenschap aanvaard objectief redelijk belang, dat meebrengt dat er geen strafbaar feit is. Telkens dient afgewogen te worden of dit belang (de wetenschap; de cultuur; de sport en de hygiëne; het spektakel, het kabaret of het toneel e.a.) opweegt tegen de strafbepaling en of het aanstotelijk karakter van de gedraging uitgesloten wordt. Het gaat zoals in de noodtoestand om de afweging van twee objectieve criteria.⁴⁸

Nochtans wordt het vlug duidelijk dat het begrip noodtoestand een betrekkelijk begrensde notie is. Als voorwaarden van de noodtoestand gelden (a) dat de aantasting van het beschermde belang niet mag opgelegd worden; (b) dat de aantasting van het beschermde belang actueel, zeker en ernstig dient te zijn; (c) dat er geen andere mogelijkheid bestaat om de aantasting van het beschermde belang te verhinderen, en (d) dat het beschermde belang een hogere waarde moet hebben dan het opgeofferde belang of minstens van gelijke waarde moet zijn.⁴⁹ H. BOSLY heeft m.b.t. misdrijven, gepleegd in het kader van collectieve arbeidsgeschillen, zoals b.v. wegneming van bedrijfsdocumenten, duidelijk aangetoond dat in dergelijke gevallen het zeer twijfelachtig is of de tweede en de derde voorwaarden vervuld zijn.⁵⁰ A fortiori mag men in de hoger vermelde gevallen, waarin het door de strafbepaling beschermde rechtsbelang niet wordt geraakt of juist wordt gediend, twijfelen aan de voorwaarde van het bestaan van een uitzonderlijke toestand en aan de afwezigheid van andere middelen. In deze gevallen lijkt er meestal geen acute situatie te zijn waarin iemands leven of goederen worden bedreigd. Evenmin kan in al deze gevallen de schending van de strafbepaling redelijkerwijze het enige aanvaardbare middel geacht worden ter verwezenlijking van een belangrijk doel.

2. Een andere benadering m.b.t. gedragingen die het door de strafbepaling beschermde rechtsbelang niet raken of zelfs dienen is deze van de interpretatievrijheid van de rechter.

In zijn klassieke artikel 'L'antijuridicité' koos de straftheoreticus JIMENEZ DE ASUA in 1958 voor de teleologische methode om het beschermde rechtsbelang te ontdekken en om vervolgens aan de hand van het aldus ontdekte rechtsbelang het misdrijf en de bestanddelen ervan te interpreteren.⁵¹ Deze werkwijze werd in de reeks van gevallen uit het bijzondere strafrecht b.v. gebruikt om de uiterste grens van de strafbaarheid van valsheid in geschriften te bepalen.

47. FORIERS, P., *De l'état de nécessité en droit pénal*, 1951, nrs. 491-494.

48. DE ZEGHER, J., *o.c.*, nrs. 141-142.

49. VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *Belgisch strafrecht*, II, nrs. 876-879; DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *o.c.*, nrs. 388-389; VAN DEN WIJNGAERT, C., *o.c.*, p. 203-206; DE NAUW, A., 'La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité', *R.C.J.B.*, 1989, 593-630, i.h.b. 600-604.

50. BOSLY, H., 'Droit pénal, conflits collectifs du travail et conflits de valeurs', in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, X^e Journées Jean Dabin, 1982, 510.

51. JIMENEZ DE ASUA, L., 'L'antijuridicité', *R.I.D.P.*, 1951, 273-318, i.h.b. 297-298.

Men zou ook het probleem van de materiële wederrechtelijkheid nog op een andere wijze, doch steeds langs de interpretatie kunnen benaderen. Wordt er aangenomen dat het in feite gaat om een rechtvaardigingsgrond, dan moet er mee rekening worden gehouden dat deze gronden niet enkel ruim, extensief, doch bij analogie worden uitgelegd.⁵² Aldus aanvaardt de rechtspraak bij analogische uitbreiding van artikel 71 Sw. de noodtoestand en de onoverkomelijke dwaling. Een verdere stap zou het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid kunnen zijn.

De interpretatie kan dus als methode worden gebruikt om de materiële wederrechtelijkheid in aanmerking te nemen op het vlak van de rechtvaardigingsgronden door een analogie bonam partem te doen of – op het vlak van het misdrijf – door rekening te houden met het beschermde rechtsbelang. Deze laatste methode staat niet volledig los van enkele bedenkingen die Marc VAN HOECKE in zijn schitterende thesis over *De interpretatievrijheid van de rechter* formuleerde. Alhoewel dit proefschrift vooral steunt op voorbeelden uit het privaatrecht, zijn zijn bedenkingen over de 'prima facie' en de 'werkelijke' betekenis van de wet ook bruikbaar in de hier bestudeerde materie. VAN HOECKE meent duidelijk dat men het doel van de wet (lees hier: het beschermde rechtsbelang) niet mag beschouwen als een soort meta-norm t.o.v. de norm die in de wettekst zelf besloten ligt. Het gaat niet op te gewagen van een prima facie betekenis van de wet, die vervolgens wordt opzij geschoven ten voordele van de zgn. werkelijke betekenis van de wet. Vertaald naar de materiële wederrechtelijkheid, houdt deze algemene stelling in dat niet beweerd kan worden dat het beschermde rechtsbelang niet wordt geschonden of zelfs wordt gediend en dat strikt wettelijk het strafbare feit voorhanden is, om later de strafbepaling niet toepasselijk te achten, gelet op de geest van de wet. Volgens VAN HOECKE moet de wettekst worden geïnterpreteerd in het licht van het doel van de wet en mag het doel niet beschouwd worden als een meta-norm t.o.v. de norm. Bij het toekennen van de betekenis van een delictomschrijving moet er in feite dus rekening worden gehouden met een zo ruim mogelijke interpretatiecontext, i.h.b. met het beschermd rechtsbelang.⁵³

Deze interpretatiebenadering wekt bij sommige auteurs echter bedenkingen op. Naar hun oordeel worden de grenzen van het interpretatief werk, dat typisch tot de rechterlijke functie mag worden gerekend, overschreden wanneer een bepaalde rechtsnorm buiten toepassing wordt gelaten. De uitsluiting van een strafbepaling wordt aangemerkt als een voorbeeld van rechtsvorming en niet van rechtsvinding. Rechtsvorming heeft wat eerder dan rechtsvinding een politiek karakter en behoort dus tot het domein van de wetgever en niet tot dat van de rechter.⁵⁴

b. Men kan het ook over een volledig andere boeg gooien en de materiële wederrechtelijkheid benaderen als een exceptief verweer of als een bestanddeel van het misdrijf.

52. LEGROS, R., 'Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal', *R.D.P.*, 1966-67, 3-35, i.h.b. 32. Deze stelling wordt sterk genuanceerd door OST, F. en VAN DE KERCHOVE, M., *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Brussel, Bruylant, 1989, 197-204.

53. VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, 1979, 296-299.

54. ENSCHEDE, Ch. J., 'Rechtsvinding en rechtsvorming door de strafrechter', *D.D.*, 1973, 513-517.

1. Zoals de cassatierechtspraak m.b.t. het dwarsbomen van maatregelen van bewaring van minderjarige kan men spreken van bijzondere omstandigheden die een algemeen geformuleerde regel uit de wet opzijshuiven, wanneer het door deze regel beschermde rechtsbelang niet geraakt of zelf gediend is. Het beroep op ontbreken van materiële wederrechtelijkheid moet dan aangemerkt worden als een exceptie, die de wederrechtelijkheid weg zou nemen, als een nieuwe rechtvaardigingsgrond.⁵⁵ Hoger werd immers aangetoond dat de bijzondere omstandigheden, die de rechtspraak m.b.t. artikel 369bis Sw. in aanmerking neemt om de strafbaarheid van de daad weg te nemen, buiten de grenzen van de traditionele rechtvaardigingsgronden liggen.

De stelling van L. DE WILDE m.b.t. de uitsluitingsgronden van de zedenschennis moet in het kader van die benadering worden geplaatst. Zoals bij iedere openbare zedenschennis zijn de feiten ab initio zedenschennend, maar de verdachte kan een exceptie inroepen b.v. gegrond op het familieleven. Vanaf het ogenblik dat deze exceptie waar schijnt te zijn, zal het openbaar ministerie moeten bewijzen dat deze exceptie als ongegrond moet worden afgewezen.⁵⁶ De gelijkenis met de rechtspraak betreffende het bewijs van rechtvaardigingsgrond is treffend. Volgens een constante rechtspraak van het Hof van Cassatie moet het openbaar ministerie, de burgerlijke partij of de vervolgende partij, wanneer de beklaagde een rechtvaardigingsgrond inroept en wanneer deze bewering niet ontbloomt is van elk element van geloofwaardigheid, de onjuistheid ervan bewijzen.

JIMINEZ DE ASUA heeft gewezen op de nadelen van deze benadering. De huidige lijst van rechtvaardigingsgronden vertoont leemten, die men vooreerst poogt aan te vullen door de aanvaarding van ongeschreven rechtvaardigingsgronden en later door de wettelijke consecratie ervan. Naar zijn oordeel worden enkele problemen aldus alleen gedeeltelijk gesteld of opgelost door een toename van de rechtvaardigingsgronden.⁵⁷

Deze zienswijze klinkt enigszins overtuigend. De algemene aanvaarding van de noodtoestand als rechtvaardigingsgrond b.v. heeft zoals, hoger aangetoond, niet alle problemen opgelost m.b.t. situaties waarin het delict erkend kan worden als een minder kwaad t.o.v. een zwaarder wegend belang. Het is derhalve de vraag of de bekrachtiging van de nieuwe rechtvaardigingsgrond van ontbreken van materiële wederrechtelijkheid, door bepaalde auteurs voorgesteld, werkelijk een oplossing biedt voor alle situaties.

2. Er zou ook kunnen aangevoerd worden dat de materiële wederrechtelijkheid een bestanddeel van elk strafbaar feit is en dat bij iedere toepassing van een strafbepaling telkens moet nagegaan worden of er een inbreuk is op het door die strafbepaling beschermde rechtsbelang.

Deze stellingname werd enigszins genuanceerd in de Italiaanse doctrine, gerapporteerd door JIMINEZ DE ASUA: 'L'antijuridicité n'est pas un élément du délit, mais un caractère de celui-ci. On ne la trouve pas en décomposant le délit

55. VAN VEEN, Th. W., *L.c.*, *D.D.*, 1975, 285.

56. DE WILDE, L., bij een boekbespreking in *R.W.*, 1963-64, 2045-2046.

57. JIMINEZ DE ASUA, L., *L.c.*, *R.I.D.P.*, 1951, 273-318, i.h.b. 288-289.

dans ses éléments ..., mais on la perçoit dans chacun d'eux et dans l'ensemble du délit'.⁵⁸

Zoals VAN VEEN schrijft m.b.t. het Veearts-arrest: er wordt betoogd dat de wet niet is geschreven voor de tenlastegelegde situatie. De feiten zijn wel bewezen maar naar de bedoeling van de wetgever leveren zij niet de delictomschrijving op die formeel wel zou passen op wat tenlastegelegd is.⁵⁹ Het gaat in feite om situaties waarin een beroep wordt gedaan op de 'ware' inhoud van de in het geding zijnde strafbepaling. Door de opwerping dat de materiële wederrechtelijkheid ontbreekt worden de betekenis, de strekking en de reikwijdte van de strafbepaling ter sprake gebracht.⁶⁰ Men kan in dit verband gerust terugdenken aan de gevallen uit het bijzondere strafrecht, zoals b.v. inzake de zgn. schending van het beroepsgeheim of het onrechtmatig dragen van een kledij.

Deze laatste genuanceerde opvatting sluit in feite dicht aan bij het interpretatiespoor.

Er kan in het korte bestek van deze studie geen keuze tussen deze verschillende benaderingen worden gemaakt. Met het oog hierop zou een diepgaand onderzoek vereist zijn. Het is niet van belang ontbloot te melden dat deze verschillende benaderingen aan de oppervlakte in ons land zijn gekomen wanneer het erop aankwam de draagwijdte te bepalen van de hoger geciteerde Besluitwet van 25 mei 1945, waarbij de toepassing van de vierde alinea van artikel 115 Sw. in het geval van vijandelijke bezetting werd bepaald. Uitgaande van het Verslag aan de Regent hebben bepaalde auteurs gemeend dat deze Besluitwet de theorie van de noodtoestand bekrachtigt en tegelijk de perken van de toepassing ervan omschrijft.⁶¹ In dit Verslag wordt immers rekening gehouden met de noodzaak van een door de vijand bezet land om een economische bedrijvigheid in stand te houden, wanneer dat voor 's lands bevolking een klaarblijkelijk levensbelang oplevert, zelfs indien de overweldiger er onvermijdelijk, rechtstreeks of onrechtstreeks, baat bij heeft. Een andere mening is dat de Besluitwet van 25 mei 1945 de bestanddelen van de misdaad van verschaffing van hulp aan de vijand heeft gewijzigd en een nieuw misdrijf in het leven heeft geroepen, zonder het beroep op de noodtoestand buiten de gevallen bepaald door de Wet uit te sluiten.⁶² Een derde benaderingswijze is dat de Besluitwet van 25 mei 1945, een interpretatieve wet die de woorden van de vierde alinea 4 van artikel 115 Sw. slechts bepaalt, de toepassing ervan beperkt tot de personen die in het door de vijand bezette grondgebied verblijven en de omstandigheden preciseert waarin het verschaffen van leveringen strafbaar is. Deze wijze van benadering werd aangekleefd door sommige krijgsgerechten n.a.v. betwistingen omtrent de toepasselijkheid van deze Besluitwet in de tijd.⁶³

58. Idem, i.h.b. 312-313.

59. VAN VEEN, Th. W., *l.c.*, D.D., 1975, 281 en 287-288.

60. VAN VEEN, Th. W., *l.c.*, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1980, 17.

61. GILISSEN, J., CASSIERS, P. en DEBROUX, F., 'Crimes et délits contre la sûreté de l'Etat', in *Les Nouvelles, Droit pénal*, II, nr. 394.

62. FORIERS, P., *o.c.*, nr. 366.

63. FORIERS, P., *o.c.*, nr. 347, noot 2.

Dit geval betreft een situatie waarin de wetgever het misdrijf uitsluit, al valt de gedraging formeel onder de delictomschrijving. Over de juridische aard van dit geval ontstaan er reeds meningsverschillen. Het is derhalve niet verwonderlijk dat er ook geen consensus bestaat wanneer de rechter een wettelijke strafbaarstelling opzijzet.

2. DE GEVAREN VERBONDEN AAN HET BEGRIP

Welke ook de benaderingswijze van het begrip 'materiële wederrechtelijkheid' moge zijn, het staat vast dat men ermee in een gevaarlijk vaarwater dreigt terecht te komen.

Het hanteren van het beroep van materiële wederrechtelijkheid als rechtvaardigingsgrond heeft iets van een daad van verzet tegen de geldende wet.⁶⁴ Wellicht ligt hierin de reden van de afwijzing van de materiële wederrechtelijkheid door de rechtspraak in Nederland. Het komt niet aan de rechter toe de wet buiten toepassing te laten. Ook wanneer de leer van de materiële wederrechtelijkheid in verband wordt gebracht met de delictomschrijving, wordt ze afgewezen door bepaalde auteurs. Naar hun mening laat deze leer de grondslag van het positieve recht los. Deze auteurs zijn van oordeel dat de vaststelling der wederrechtelijkheid in hoge mate van het subjectieve inzicht van de rechter en van ongeschreven regels afhankelijk wordt gemaakt.⁶⁵ Het beroep op rechtsbeginselen kan de deur openlaten voor rechterlijk activisme.⁶⁶ Dat gevaar bestaat ook wanneer men de materiële wederrechtelijkheid benadert langs de interpretatieweg, vooral zo men zoals SCHAFFMEISTER en HEYDER de wederrechtelijkheid niet enkel invult door het door de delictomschrijving beschermde concrete of ideële belang maar ook door verbods- of gebodsvoorschriften die niet noodzakelijk in de delictomschrijving blijken.⁶⁷ Het erbij betrekken van buiten het strafrecht geldende materiële normen en van de maatschappelijke context verhoogt het gevaar dat de rechter, soms bij gebrek aan betere informatie, zijn persoonlijke opvattingen of de heersende waarden en normen in zijn onmiddellijke sociale omgeving als algemeen geldend gaat beschouwen.⁶⁸ Dat gevaar is zeker niet afgenomen door de veralgemening van de instelling van de alleenrechtsprekende rechter. Zelfs bij een zuiver juridische interpretatiemethode rijst nog steeds de vraag of de interpretatiebenadering niet aan de praktische behoeften van het ogenblik wordt aangepast.⁶⁹

Men kan zich echter afvragen of VAN EIKEMA HOMMES niet op overtuigende wijze de gevaren van de notie 'materiële wederrechtelijkheid' heeft weten op te vangen door dit begrip enkel in verband te brengen met materieel strafrechtelijke beginselen en de daarin opgenomen publieke rechtsbelangen, zoals openbare orde, goede zeden, verkeersveiligheid, koninklijke waardigheid, de integriteit van eigendommen, menselijk leven, eer e.d. Dit betekent dat voor de bepaling der

64. VAN VEEN, Th. W., *L.c.*, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1980, 10.

65. VAN EIKEMA HOMMES, H.J., *L.c.*, in *Strafrecht in perspectief*, p. 164.

66. T HART, A.C., *o.c.*, p. 280.

67. SCHAFFMEISTER, D. en HEYDER, A., *L.c.*, in *Bij deze stand van zaken, Bundel van opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, p. 471.

68. VAN HOECKE, M., *o.c.*, p. 276.

69. *Idem*, p. 205.

materiële wederrechtelijkheid ook geen beroep mag worden gedaan op niet juridische of buitenjuridische normen. Tegen de leer van BINDING in, zegt VAN EIKEMA HOMMES duidelijk: 'de strafwet zelf is de strafnorm. En deze strafnorm is niet impliciet, stilzwijgend, maar expliciet, uitdrukkelijk door de wetgever geformuleerd. Het zijn de uitdrukkelijke bewoordingen van de strafwet, waarin het strafrechtelijk verbod of gebod is neergelegd'.⁷⁰ Deze duidelijke stelling houdt de verwerping in van standpunten die pogen de inhoudelijke kant van strafrechtsnormen te ontleen aan buitenjuridische sociaal-normatieve maatstaven, m.a.w. die trachten de juridische vormgeving in de strafwet te dejuridiseren. VAN EIKEMA HOMMES ziet in zijn geschriften wel in dat het rechtsaspect in de sociale werkelijkheid innerlijk verbonden is met niet juridische structuren. Het rechtsleven kan niet losgemaakt worden van de cultuurhistorische ontwikkeling, van de sociale omgangsverhoudingen, van het economisch leven, van de positieve moraal, van de godsdienstige opvattingen e.d. in een bepaalde samenleving. Maar dit betekent niet dat het rechtsaspect zelf gedejuridiseerd wordt. Het gaat in het rechtsleven om de intrinsieke juridische kant van het sociale leven, waarin de materieel-juridische beginselen en rechtsbelangen nu eenmaal een essentiële rol vervullen. Daarom besluit VAN EIKEMA HOMMES dat de materiële wederrechtelijkheid eerder ontleend moet worden aan materiële strafrechtelijke beginselen en de daarin opgenomen publieke rechtsbelangen, die voor strafwettelijke bescherming in aanmerking komen, dan aan buitenjuridische normen.⁷¹

Deze belangwekkende gedachtengang kan ongetwijfeld toegepast worden na omschrijving van het door de strafbepaling beschermde publieke rechtsbelang op enkele hoger aangehaalde gevallen van bijzonder strafrecht, zoals de valsheid in geschriften, het onrechtmatig dragen van een kledij, het dwarsbomen van de maatregelen van bewaring van een minderjarige de openbare zedenschennis of de schending van het beroepsgeheim. De schending van deze strafbepalingen moet gekoppeld worden aan de inbreuk op het publiek rechtsbelang, dat door die strafbepalingen wordt beschermd: het vertrouwen in de waarachtigheid van een geschrift of in een reeks van tekens toegekend door de overheid, het belang van de minderjarige, het op het ogenblik levende collectieve bewustzijn omtrent de openbare zedelijkheid, de vertrouwelijkheid waarop de geheimgerechtigde en bepaalde beroepen aanspraak kunnen doen.

Het standpunt van VAN EIKEMA HOMMES leunt in feite aan bij dit van JIMENEZ DE ASUA wanneer hij schrijft: 'la notion supra-légale de l'injuste n'est en aucune manière métajuridique, puisqu'elle part du bien juridique, avec le but du précepte de la loi, dans chaque cas concret'.⁷²

Men kan zich afvragen zoals M. VAN HOECKE het schreef m.b.t. de interpretatievrijheid van de rechter of de rechter aldus niet gebonden wordt aan de doelstellingen die in het rechtssysteem besloten liggen. Zelfs wanneer de door de wetgever vooropgestelde doeleinden enigszins achterhaald zijn door maatschappelijke ontwikkelingen, zoals dit in de lijst van voorbeelden uit het bijzondere strafrecht het geval was met de verkrachting tussen echtgenoten en het geval is met bepaalde zedenschennende handelingen, dan beschikt de rechter weliswaar over

70. VAN EIKEMA HOMMES, H.J., o.c., p. 299-300.

71. VAN EIKEMA HOMMES, H.J., l.c., in *Strafrecht in perspectief*, p. 175-177.

72. JIMENEZ DE ASUA, L., l.c., *R.I.D.P.*, 1951, 305-306.

een duidelijke interpretatievrijheid, doch steeds binnen relatief beperkte grenzen.⁷³ M.b.t. het laatste voorbeeld en de aangenomen uitsluitingsgronden mag b.v. de redengeving niet berusten op de subjectieve beoordeling van de rechter, maar moet zij berusten op de in het collectief bewustzijn van het ogenblik levende opvattingen die de goede zeden inhouden en die deswege *door de wet* zijn beschermd.

Besluit

In het korte bestek van deze bijdrage kon niet gekozen worden voor de ene of de andere benadering van het begrip 'materiële wederrechtelijkheid'. Er werd enkel gepoogd het belang van deze notie aan te tonen. De materiële wederrechtelijkheid is in het Belgisch strafrecht een braakliggend terrein, dat zich zeker leent voor een grondig onderzoek met een ongetwijfeld praktisch nut. Dergelijk onderzoek betreft tevens bepaalde grondslagen van het recht, o.m. het legaliteitsbeginsel, de positie van de rechter tegenover de wet, de rechtstheorie.

Dat de materiële wederrechtelijkheid in verband moet worden gebracht met het legaliteitsbeginsel is duidelijk, welke ook de gekozen benadering moge zijn. Door ruimte te creëren voor interpretatie, voor beoordeling van de delictomschrijving en van haar bestanddelen naar het beschermd rechtsbelang of voor ongeschreven rechtvaardigingsgronden, stapt men enigszins af van een dogmatisch systeem van begrippen en rechtvaardigingen, dat ongetwijfeld teruggaat tot de XIX^e eeuw, de eeuw van de codificaties. Sedertdien is de visie op het legaliteitsbeginsel echter geëvolueerd. In zijn voorwoord tot de thesis van P. FORIERS schreef M. PHILONENKO dat tegenover de regel 'nullum crimen sine lege' geen voorschrift 'nulla absolutio sine lege' bestaat.⁷⁴

A.C. T HART heeft in Nederland duidelijk gemaakt dat de betekenis van het legaliteitsbeginsel kan geherformuleerd worden door twee aspecten ervan te onderscheiden:

a. het beschermingsaspect, waarbij de rechtsonderhorige, dankzij de wet, wordt beveiligd tegen willekeur; en

b) het instrumentele aspect, waarbij de rechter de wet gebruikt als een werktuig dat uitgelegd en toegepast moet worden voor het doel waarvoor hij is gemaakt.⁷⁵

Naast het streven naar rechtszekerheid houdt het legaliteitsbeginsel volgens deze visie ook de bevoegdheid van de rechter in om de strafwet niet toe te passen in bijzondere omstandigheden, waarin het beschermd rechtsbelang niet geschon- den is of zelf gediend is door de handeling.

Het begrip 'materiële wederrechtelijkheid' raakt ongetwijfeld ook het probleem van de positie van de rechter tegenover de wet, vooral wanneer het begrip benaderd wordt als een ongeschreven grond van rechtvaardiging. VAN VEEN heeft zeer terecht de nadruk gelegd op het verschil met schulduitsluitingsgronden, die alleen betrekking hebben op de verwijtbaarheid van de beklaagde die terecht-

73. VAN HOECKE, M., o.c., p. 342.

74. PHILONENKO, M., Woord vooraf tot o.c. in noot 47, p. VIII.

75. T HART, A.C., o.c., p. 204-205.

staat. Deze gronden zijn persoonsgebonden. Wat aan de ene beklaagde niet te verwijten is, kan aan een andere in eenzelfde situatie wel te verwijten zijn. Mits de rechter zich beperkt tot specifieke omstandigheden, die het te berechten geval beheersen en die zich in eenzelfde constellatie niet licht weer zullen voordoen, vormt dan een ontslag van rechtsvervolgning geen ernstige bedreiging voor het gezag van wet en overheid. De wederrechtelijkheidsuitsluitingsgrond is daarentegen feitengebonden. De rechter, die vaststelt dat onder bepaalde omstandigheden een anders strafbaar feit niet strafbaar is, verklaart dat de wet niet geldt voor alle feiten, onder die bepaalde omstandigheden gepleegd.⁷⁶ Neemt de rechter straffeloosheid aan, dan heeft zijn uitspraak derhalve precedentenwerking voor soortgelijke situaties en daarom kan die precedentenwerking neerkomen op het uitschakelen van de strafbedreiging voor deze situaties. Daarmee beperkt de rechter de werking van de strafbepaling binnen de grens die de wetgever door de formulering van de delictomschrijving heeft gesteld.⁷⁷ VAN VEEN is van oordeel dat gevaar schuilt in de situatie dat de rechter ertoe overgaat de wet op zijn rechtvaardigheid, zijn innerlijke waarde te toetsen, omdat de trouw van de strafrechter één van de pijlers van de parlementaire democratie is. Volgens 'T HART daarentegen is de eis van trouw van strafrechter aan de wet niet het discussiepunt. De vraag is hoe die trouw moet worden ingevuld. Bij iedere jurist is een legalistische grondhouding in mindere of meerdere mate aan te treffen. Doch naar het oordeel van 'T HART wordt thans het etatistisch legalisme verlaten ten voordele van de kernvraag: wat is de positie van de rechter tegenover de wet? De rechter is wel gebonden aan de wet maar heeft desalniettemin een eigen ruimte. De simpele legalistische opvatting van de rechter als een haast mechanische wetstoepasser gaat niet langer op.⁷⁸

Wegens de bezwaren, verbonden aan het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als rechtvaardigingsgrond, koos VAN VEEN resoluut voor de benadering van dit begrip langs het interpretatiespoor. De vraag kan dan echter gesteld worden of ook langs deze weg het begrip 'materiële wederrechtelijkheid' de jurist niet confronteert met fundamentele vragen, zoals diens visie op de rol van de rechter, op de verhouding rechter-wetgever, op de rol van het recht in de samenleving, kortom met een geheel van rechtstheoretische en rechtsfilosofische opvattingen.

M. VAN HOECKE heeft op overtuigende wijze aangetoond dat in bepaalde gevallen de nadruk gelegd op de normativiteit van de wetgeving ten koste gaat van de maatschappelijke functionaliteit van het recht. Het gaat hier om het in bepaalde literatuur gemaakte onderscheid tussen law-in-the-books en law-in-action. De klemtoon gelegd op de normativiteit van de wetgeving biedt in bijzondere omstandigheden geen waarborg op een betere maatschappelijke functionaliteit van het recht, doch kan eerder leiden tot een verstoring van een goede rechtsorde dan tot een bevordering ervan.

Voorbeelden uit de lijst van het bijzondere strafrecht kunnen VAN HOECKES bewering bevestigen, b.v. inzake openbare zedenschennis en schending van het

76. VAN VEEN, Th. W., l.c., *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1980, 11 en 17.

77. VAN VEEN, Th. W., l.c., *D.D.*, 1975, 279.

78. 'T HART, A.C., l.c., *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1980, 204 en o.c. in noot 18, p. 237.

beroepsgeheim kan de normativiteit van de wetgeving leiden tot absurde of onbillijke gevallen.

Ook wanneer de antinomieën optreden als gevolg van de ontwikkeling van de opvattingen van de wetgever in de loop der jaren, zoals inzake verkrachting door de echtgenoot of de uitsluitingsgronden van de tenlastelegging van openbare zedenschennis, moet de rechter met het oog op het behoud van de functionaliteit van het recht, ermee rekening houden; zoals hij tevens de interpretatie ongewijzigd dient te laten wanneer b.v. blijkt dat wijzigingen van de betrokken strafbepaling door de wetgever werden verworpen.⁷⁹

Men kan zich afvragen of het de moeite wel loont zoveel aandacht te besteden aan de materiële wederrechtelijkheid omdat het vanzelf spreekt dat gedragingen waardoor het door de delictomschrijving beschermde rechtsbelang niet wordt geschonden of zelf wordt gediend weinig of niet door het openbaar ministerie zullen worden vervolgd. Op grond van het opportuniteitsprincipe zullen – wat genoemd mag worden – grensgevallen worden geseponeerd. Doch het is ook denkbaar dat het openbaar ministerie precies vervolgingen instelt om door de rechter de vraag te doen beantwoorden of het tenlastegelegde feit strafbaar is en in vele hogervernoemde voorbeelden is het ook ver van uitgesloten dat een benadeelde als burgerlijke partij niet het initiatief neemt om de strafvordering op gang te brengen. De vervolgingsbeslissing lost dus niet al de fundamentele vragen op waarvoor het begrip 'materiële wederrechtelijkheid' de jurist plaatst en waaromtrent een meer grondige reflectie bijzonder boeiend zou kunnen zijn.

79. VAN HOECKE, M., *o.c.*, p. 29, 82-83, 243-245.