

DE HEERSCHAPPIJ VAN HET STRAFRECHT

DOOR P. VAN HEIJNSBERGEN.

Er is geen deel van het recht, dat zoo machtig, zoo scherpgewapend en tot dwingen in staat is als het strafrecht. Het is geen gids, die met zachte hand wil leiden tot vreedzaam verkeer, gelijk het privaatrecht; geen bewindsman, die organiseert, regelt, bestuurt en nauwelijks sanctie behoeft, gelijk het staatsrecht; geen nieuw opgroeiend recht, zooals het volkenrecht, dat schroomvallig om handhaving vraagt: het is louter hardheid, die dreigt, gebiedt en gehoorzaamheid eischt op straffe van meedoogenloos leed.

Voorzichtigheid met het scheppen van zulk een recht is voor den wetgever het eerste gebod: wanneer hij verzekert, dat het onmisbaar is voor handhaving van de rechtsorde, voor handhaving van het gezag, is ons antwoord, dat het aandoen van leed, het aanranden van des burgers vermogen, vrijheid, eer, het leven zelf, een ultimum remedium is, dat alleen noode mag worden aangewend en dat het oude woord, volgens hetwelk het strafrecht is een arsenaal, waarvan het geschut met zuinigheid bediend moet worden, niet is verouderd. De grenzen van het strafrecht, waaraan G. A. van Hamel bij de aanvaarding van zijn hoogleeraarsambt in 1880 zulk een schoone redevoering wijdde, zijn verschoven. Leert de geschiedenis, dat in den loop der eeuwen een inkrimping heeft plaats gevonden ten aanzien van de zware delicten, anderzijds heeft in de laatste halve eeuw een sterke uitbreiding plaats gehad, waardoor vooral de overtredingen „in tal en last” gegroeid zijn.

Het is aan de strafrechtshervorming in de tweede helft der achttiende eeuw, die schoone, krachtige, succesvolle beweging, die als een van de glorierijkste verschijnselen in de geschiedenis der beschaving mag worden geroemd, te danken geweest, dat het strafrecht in felheid getemperd, in omvang beperkt werd. Het was zeker een merkwaardig verschijnsel, dat de publieke opinie, die tot dusver vóór een felle bestrijding van de misdadigheid was geweest en van sympathie voor het geboefte geen blijk had gegeven, zich levendig voor den misdadiger ging interesseeren en zelfs veelal hem beklagde als een slachtoffer van de hardvochtige justitie. De beweging van die dagen, tot overdrijving, tot het sentimenteële

geneigd, was een reactie tegen de onhoudbare bestaande toestanden der rechtspleging, een bestrijding van het heerschend strafstelsel, van de ongebreidelde macht der justitie, van de practijk met haar wreedheid, willekeur en onrecht, die verontwaardiging en verbittering wekten, een protest tegen de miskennen van de rechten van het individu. Zij was geboren uit den geest der humaniteit, gevoed en gekoesterd door de wijsbegeerte der verlichting. In Frankrijk, waar zij haren oorsprong vond, het land, waar het meest behoefte was aan hervorming, hebben de verlichte denkbeelden van Montesquieu, Rousseau, Voltaire en de Encyclopaedisten den weg gebaad en verbreed. In Duitschland was Frederik de Groote blijkens zijn geschriften en zijn daden hun geestverwant, in Oostenrijk von Sonnenfels, in ons vaderland waren invloedrijke professoren als Cras en Pestel aanhangers van de nieuwe richting, in Italië was het de markies van Beccaria, die hare denkbeelden propageerde en wiens met vuur geschreven werk „*Dei delitti e delle pene*” (1764) den laatsten stoot gaf tot de hervorming.

Tot de belangrijkste verbeteringen, die uit de hervormingsbeweging zijn voortgekomen, behoort het maken van een scherpe scheiding tusschen recht en moraal, tusschen misdaad en zonde, tusschen recht en godsdienst.

De nieuwere wijsbegeerte had zich verzet tegen de strafbaarheid van handelingen tegen den godsdienst en tegen de al te strenge bepalingen op het gebied der onkuischheid. De verlichte schrijvers hebben hunne scherpe pijlen afgeschoten niet alleen op de strafbaarheid van tooverij en hekserij (Thomasius, Montesquieu, Voltaire), maar ook op het strafbaar stellen van ketterij en apostasie, terwijl men ook, meestal met eenige beperking, ijverde voor het straffeloos laten van het atheïsme. Hier werd men gedreven door de natuurrechtelijke leer van de vrijheidsrechten van het individu, welke, vereenigd met de opvatting, dat de godsdienst nuttig is voor de staatsgemeenschap, tot erkenning van de geloofsvrijheid en gelijkstelling van alle door den staat gedoogde confessie's heeft geleid.¹⁾ Met deze vrijere opvattingen omtrent den godsdienst kreeg ook de godslastering, vroeger het zwaarste van alle delicten, dat zoowel in Roomsche-Katholieke als in Protestantsche landen met den dood bedreigd was, een volkomen andere positie. Men voerde tegen de strafbaarheid van godslastering aan, dat door de straf, op haar gesteld, de belangen van de Godheid niet beschermd worden, vermits het wereldlijke recht en de wereldlijke gerechten Gods belangen niet beschermen kunnen, alsmede, dat God door menschen

¹⁾ Von Rohland. Historische Wandlungen der Religionsverbrechen, Freiburger Festschrift zum 50-jährigen Regier. Jub., 1902, bl. 136—138.

niet gekwetst kan worden. Zoo leest men in de „Abhandlung von der Kriminalgesetzgebung” (1783) van von Globig en Huster: „Welch Unternehmen... dem Schöpfer Genugthuung zu verschaffen, der gar nicht beleidigt werden kann!”¹⁾ Ook Montesquieu bestreed de straf op godslastering. „Le mal est venu de cette idée,” schrijft hij in *L'Esprit des Lois*, „qu'il faut venger la divinité. Mais il faut faire honorer la divinité et ne pas la venger jamais... Si les lois des hommes ont à venger un être infini, elles se régleront sur son infinité et non pas sur les faiblesses, sur les ignorances, sur les caprices de la nature humaine.”²⁾ Hiermede samenhangend is de nieuwere opvatting omtrent den meineed, die niet meer als een misdaad tegen God werd beschouwd, maar als een soort van valsheid of bedrog,³⁾ als schending van het vertrouwen (*publica fides*) in de verklaring onder eede afgelegd en dus een lichtere straf wet-tigde. Ook diefstal in de kerk, vanouds met den dood gestraft, werd tot een minder ernstig misdrijf, den eenvoudigen diefstal, teruggebracht. Filangieri had er niet tevergeefs op gewezen, dat dit misdrijf voor den rechterstoel der rede veel minder ernstig is dan de daad van hem, die een ongelukkige ontrooft, wat hij noodig heeft voor het onderhoud van zijn gezin.⁴⁾ Eveneens werd het oordeel over sexueele misdrijven lichter en bestreed men de talloze zeer uitgebreide en veel te zware strafbepalingen tegen ontucht. Men denke aan de strenge strafbepalingen tegen overspel, het toelaten van overspel, bloedschande en onkuischheid van het individu met eigen lichaam. Dat zelfmoord en poging tot zelfmoord niet meer strafbaar zijn, is aan de verlichting van de achttiende eeuw te danken, met name aan de scheiding van misdaad en onzedelijke handeling. Men leest bijv. bij Beccaria: „de zelfmoord is een zonde die God straft, Die immers ook alleen na den dood straffen kan,” maar „een misdaad voor de menschen is hij niet”⁵⁾ en ook Hommel schreef van den zelfmoord: „Es mag die Tat allenfalls Sünde sein, nur kann ich nach dem gegebenen deutlichen Merkmale eines politischen Verbrechens es für ein solches nicht erkennen”.⁶⁾ Het was destijds nog geen algemeen erkend beginsel, dat de straf alleen tegen den dader zelf zich mag richten, waarmee de oude zelfmoordstraffen: een smadelijke begrafenis en verbeurdverklaring van het vermogen, waaronder de onschuldige erfgenamen leden, in strijd waren.

1) T.a.p. bl. 255.

2) *Esprit des Lois*, Livre XII, chap. 4.

3) Von Liszt. *Meineid und falsches Zeugnis*, bl. 130 en volg.

4) L. Günther. *Die Strafrechtsreform im Aufklärungszeitalter*. Archiv f. Krim. Anthropologie u. Krim. 1907, bl. 236.

5) T.a.p. § 35.

6) Aangehaald door Günther t.a.p. bl. 257.

Deze hervormingsdenkbeelden hebben een louterenden en beperkenden invloed op het strafrecht uitgeoefend, in de meeste Europeesche staten. Hier te lande, waar naar Kempers getuigenis de strafrechtspleging goed was en hooger stond dan in de meeste andere staten, zoodat er aan zulk een sterke reactie als ginds geen behoefte bestond, heeft die invloed zich, wat het materiele strafrecht betreft, eerst laat doen gevoelen. Het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland heeft ongetwijfeld zijn voordeel gedaan met de nieuwe denkbeelden, maar het kwam heel laat en heeft kort geleefd. Het Fransche strafrecht is, voor en tijdens de Revolutie, onder den invloed der op Franschen bodem geboren beweging, op een hooger peil gebracht en sinds de Code Pénal hier van kracht werd, bezitten wij niet alleen meer rechtszekerheid op strafrechtelijk gebied, maar ook een door redelijke grenzen beperkt strafrecht.

Ook in de negentiende eeuw is het crimineele strafrecht (deze benaming te verstaan in tegenstelling met politie-strafrecht, met overtredingen) in strengheid en omvang minder geworden. Beperking heeft plaats gevonden vooral op tweeërlei gebied: bepalingen, die ten doel hadden den staat te beschermen en bepalingen, die de individueele vrijheid beklemden. Aanvankelijk hadden de staten het strafrecht zeer noodig om zich zelven te beschermen, voor zelfbehoud; misdrijven tegen den staat vormden een belangrijk hoofdstuk in de wetboeken: hoogverraad, majesteitsschennis, samenspanning tegen den staat en zelfs voorbereiding tot samenspanning, ook in den Code Pénal. Zij zijn in bedreiging en aantal minder geworden naar mate de staten sterker werden. Vrees voor critiek op staatsinstellingen en regeeringsdaden, had tot strenge strafbedreigingen geleid. Karakteristiek is art. 201 van den Code Pénal, met gevangenzetting van drie maanden tot twee jaren dreigend tegen de geestelijken „die in de waarneming of uitoefening van hunnen dienst, eene rede zullen houden, behelzende eenige bestraffing of berisping van de hooge regering, van eene wet, van een Keizerlijk besluit of van eenige andere akte of daad van het openbaar gezag.” Te verregaande vrijheidsbeperking vindt men o.a. in die bepalingen van den C. P., waarin op straffe verboden werd het oprichten van vereenigingen (ook literaire!) van meer dan twintig personen zonder toestemming der Regeering en het beschikbaar stellen van een vertrek tot samenkomst van een geoorloofde vereeniging zonder vergunning van het gemeentebestuur (art. 291, 294) alsmede in het verbod van samenspanning of vereeniging van werklieden tot werkstaking (art. 415).

Principieel belangrijk is het feit, dat in ons wetboek niet zijn overgenomen de talrijke ambtsmisdrijven van den C. P., omdat men begreep, dat strafbaar stellen niet noodig is, zoolang andere mid-

delen, met name ambtelijke tuchtmiddelen (vermaning, berisping, schorsing, ontslag enz.) kan worden volstaan, den regel getrouwd, dat straf is een ultimum remedium.

* * *

De vraag, wanneer eenig feit verboden en op straffe verboden moet worden, heeft, vooral in de 19de eeuw, aanleiding gegeven tot een reeks van theorieën, twistvragen en spitsvondigheden, die als uitingen van ernstig zoeken gewaardeerd kunnen worden, maar hare beteekenis verloren hebben. Het was vooral de leer, die aanranding van rechten eischte, welke veel gezag had. Zij was door Luden en Berner verbreid en ongetwijfeld heeft zij invloed gehad bij de samenstelling van ons wetboek van strafrecht. In de M. v. T. wordt gezegd, dat elk misdrijf „het regt der maatschappij tot voorwerp heeft.”¹⁾ De maatschappij moest tot subject van rechten worden verheven om toch vooral te kunnen zeggen, dat wat indruischt tegen het openbaar belang in strijd is met eenig recht.

Het beginsel, dat de ontwerpers van het wetboek van strafrecht geleid heeft bij de keuze van wat al of niet strafbaar gesteld moest worden, is door Minister Modderman aldus geformuleerd:

„Het beginsel is dit: dat alleen datgene mag gestraft worden, wat in de eerste plaats onrecht is. Dat is eene conditio sine qua non. In de tweede plaats komt de eisch er bij, dat het een onrecht zij, waarvan de ervaring heeft geleerd, dat het (waarbij natuurlijk op den gegeven maatschappelijke toestand te letten is) door geen andere middelen behoorlijk is te bedwingen. De strafbedreiging moet blijven een ultimum remedium. Uit den aard der zaak zijn aan elke strafbedreiging bezwaren verbonden... Dat wil niet zeggen, dat men de strafbaarstelling achterwege moet laten, maar wel, dat men steeds tegenover elkander moet wegen de voordeelen en de nadeelen van de strafbaarstelling en toezien dat niet de straf worde een geneesmiddel erger dan de kwaal.”²⁾ Het is nu maar de vraag wat onder „onrecht” te verstaan is. M. i. mag worden aangenomen, dat Modderman daarmee bedoelde niet alleen wat in strijd is met de wet maar ook wat in strijd is met het „recht”, d. i. hetgeen het rechtsbewustzijn ons als recht doet erkennen. Deze opvatting vindt men terug in de onderscheiding misdrijf en overtreding, waaromtrent wij in de M. v. T. lezen, dat misdrijf is het feit, „dat reeds onrecht was voordat de wetgever sprak en *waarvan wij het onrechtvaardige zouden beseffen, ook al had de wetgever niet gesproken,*” terwijl overtreding is het feit „dat ook in den hoogereren, rechtswijs-

¹⁾ Smidt. Geschiedenis van het W. v. S. 1881 I, bl. 5.

²⁾ Smidt. t.a.p., I, bl. 11.

geerigen zin eerst onrecht wordt door de wet; — waarvan ons het onrechtvaardige alleen uit de wet bekend kan zijn." Bij de nadere toelichting tot deze onderscheiding wordt voor de misdrijven als kenbron van den plicht het rechtsbewustzijn genoemd, als kenbron van den plicht, waar het overtredingen geldt, de wet.¹⁾ Wanneer Modderman bij de beraadslagingen zegt: „in dit wetboek is gepoogd niet te straffen dan wat onrecht is”²⁾ heeft men dit „onrecht” dus in ruimen zin te verstaan. Maar recht was naar zijn leer niet alles wat het bewustzijn ons als rechtvaardig doet kennen en wat de wet zelf bepaalt, het was een complex van normen, die *eenig maatschappelijk belang* raken. „Het maatschappelijk belang, dat ik van het recht niet kan scheiden,” zegt hij bij de beraadslaging, „heeft bij de ontwerpers altijd op den voorgrond gestaan.”³⁾ Daaruit laat zich concluderen, dat volgens de leer van Modderman onder het bereik der strafwet behoort te vallen: wat in strijd met het recht is, d. i. hetgeen het bewustzijn ons als recht doet kennen en in strijd is met eenig maatschappelijk belang, mits bestraffing onvermijdelijk is.

Uit dogmatisch oogpunt buitengewoon belangrijk is de geschiedenis van het strafbaar stellen der dierenmishandeling, die ons tevens zal leeren, of de theorie van Modderman zich heeft kunnen staande houden.

In art. 272 van het Regeeringsontwerp werd strafbaar gesteld: „hij, die opzettelijk een dier wreed behandelt”, terwijl het tweede lid een zwaardere straf bedreigde tegen hem, „die dit in het openbaar doet.” Ook de niet-openbare dierenmishandeling zou dus strafbaar en wel een misdrijf zijn. In de M. v. T. was als reden voor strafbaarstelling de kwetsing der zedelijkheid opgegeven, waarom het delict ook onder de misdrijven tegen de zeden was opgenomen: niet alleen wreedheid in het openbaar maakt inbreuk op eens anders zedelijk gevoel, „maar ook die welke niet in het openbaar geschiedt is aanstootelijk voor huisgenooten en burens en zoodra zij ruchtbaar wordt voor iedereen.” Van vele kanten werd het artikel bestreden. „Dierenmishandeling is geen regtschennis,” aldus de Raad van State, „dieren hebben geen rechten. Het artikel behoort onder de overtredingen van boek III te worden opgenomen.” Ook de Commissie van Rapporteurs was van meening, dat dieren geen rechten hebben, zij concludeerde daaruit, dat dierenmishandeling alleen strafbaar kan zijn, wanneer zij in het openbaar geschiedt, in welk geval dan een misdrijf aanwezig is. De strafwaardigheid lag volgens haar in de aanranding van ons zedelijkheidsgevoel ons ondanks.

¹⁾ Smidt, t.a.p. I, bl. 57, 58.

²⁾ Smidt, t.a.p. I, bl. 46.

³⁾ Smidt, t.a.p. I, bl. 13.

Tot de bestrijders behoorde ook het kamerlid Heydenriick, die alleen in het openbaar gepleegde dierenmishandeling wilde strafbaar stellen, haar strafwaardig achtende, wanneer zij voor een ander aanstootelijk is. Tot misdrijf mocht z.i. alleen gerekend worden wat aanstoet geeft of wat inbreuk maakt op rechten en aangezien dieren geen rechten hebben, kon het mishandelen van dieren buiten tegenwoordigheid van lieden, die er door gekwetst worden, niet als misdrijf worden aangemerkt.¹⁾ De Commissie van Rapporteurs diende een amendement in om de eerste alinea te doen vervallen, zoodat alleen de openbare mishandeling strafbaar zou zijn, maar trok later haar amendement in voornamelijk om ook de wreedheid van de vivisectie te kunnen bestrijden. Hetzelfde amendement werd echter ingediend door het Kamerlid Heydenriick, maar verworpen met 26 tegen 25 stemmen. In zijn laatste verdediging nu heeft Minister Modderman aangevoerd, dat dierenmishandeling onrecht is en wel onrecht tegen de maatschappij. „Door noodelooze wreedheid,” aldus zijn argument, „door het opzettelijk mishandelen van een dier, hetzij in het openbaar of niet, wordt het regt van de maatschappij gekrenkt. De maatschappij heeft er regt op niet gekrenkt te worden in haar zedelijk gevoel door daden die de maatschappelijke veiligheid ondermijnen.” Uit deze verdediging blijkt de drang om de theorie te redden: het moest juist onrecht zijn en strijden met het maatschappelijk belang, wat als misdrijf in de wet werd opgenomen. Een noodsprong, die zich beroept op het „recht” der maatschappij! En het maatschappelijk belang zou hierin gelegen zijn, dat het mishandelen van dieren, ook binnenshuis de maatschappelijke veiligheid ondermijnt! Sinds wanneer brengt wreedheid tegenover dieren de veiligheid der maatschappij, waaronder men dan toch verstaat de samenleving van menschen, in gevaar? Zoo kan men in alles wel een maatschappelijk belang zien. Eerder moet men elke onkuischheid, elke ontuchtige handeling, ook de niet in het openbaar gepleegde, een gevaar voor de maatschappij achten, want onzedelijke individuen scheppen gevaar voor hunne medemenschen en dus voor de maatschappij. De theorie des Ministers houdt hier geen steek. Het bijzondere van het misdrijf der niet-openbare dierenmishandeling is juist, dat de handeling geen rechten aantast noch van dieren noch van menschen noch van de maatschappij en dat zij niet schaadt een maatschappelijk belang, maar dat zij toch terecht onder de misdrijven is opgenomen. Ik hoop later aan te toonen waarom.

Onder den invloed van Binding, von Jhering en von Liszt is een betere opvatting omtrent hetgeen strafbaar behoort te worden

¹⁾ Smidt t.a.p. II, bl. 352.

gesteld erkend. G. A. van Hamel, die, de theorie der sociale verdediging aanhangend, de handhaving van de rechtsorde als eenig doel van het strafrecht beschouwde, antwoordde op de vraag, wat strafrechtelijk verboden moet worden: „die menschelijke gedragingen, waardoor levensbelangen voor welker bescherming het recht heeft op te komen, worden aangerand of bedreigd: het strafrechtelijk verbod beoogt bescherming van *rechtsbelangen*.” Het groote voordeel van deze leer, die zich aansluit bij de theorie van den Rechtsgüterschutz, ligt hierin, dat zij ruim geformuleerd is en niet vraagt naar aanranding van rechten, zoodat ook het gezoek naar en getwist over het verschil tusschen recht en belang nutteloos is geworden. Het is inderdaad, gelijk de schrijver aanvoerde, „een gezichtspunt voor ruime en breede rechtsopvattingen.” De Hegelsche onderscheiding tusschen „befangenes” en „unbefangenes Unrecht” verwerpend, geeft zij het zoeken naar een absolute, een principiele grens prijs. „Naar de wisselende behoeften van tijden en maatschappelijke toestanden *ter bescherming van alle rechtsbelangen* tegen alle rechtens verboden aanrandingen en bedreigingen kan strafrechtelijke reactie noodig en daarmede rechtmatig zijn.” ¹⁾ Wat nu voor het strafbaar stellen den doorslag moet geven is naar van Hamel's leer de groote waarde van het te beschermen rechtsbelang, de ingrijpende beteekenis van de verboden gedraging voor dat rechtsbelang, de uit de ervaring af te leiden uitgebreidheid van het gevaar voor dergelijk onrecht en voor de herhaling daarvan. Alvorens echter de wetgever tot strafbedreiging overgaat, heeft hij zich rekenschap te geven, of de scherpe reactie van het strafrecht onvermijdelijk en doelmatig is; de straf is immers een ultimum remedium.

Tweeërlei moge hier worden aangeteekend. In de eerste plaats is het strafrecht niet uitsluitend of bovenal *beschermend* recht, het is bedreigend en reageerend, terwijl de kern niet zoozeer ligt in de bedreiging als wel in de reactie. Het reageert op euvelen daden, het beantwoordt kwaad met leed, het vergeldt; indien er geen straf was van overheidswege, zou er eigenrichting zijn, de natuurlijke reactie tegen het kwaad. Er moet dus gestraft worden naarmate reactie gepast is tegenover de gepleegde daad, niet naar den eisch van bescherming der maatschappelijke orde zonder verhouding tot daad en schuld; wel is bescherming gevolg van de straffende reactie, maar zij mag niet zijn de strafquantum beheerschende factor. Terecht bepaalt dan ook het wetboek de strafmaxima naar de daad, niet naar de gevaarlijkheid van het individu. Toch behoeft m.i. degene, die principieel in het strafrecht iets anders ziet dan

¹⁾ Van Hamel. Inleiding § 22.

verdedigingsrecht, geen bezwaar te hebben tegen een strafrecht, dat, in dienst gesteld van de rechtsorde, zich beperkt tot bescherming van groote belangen.

Ten tweede zij er op gewezen, dat de theorie der rechtsbelangen gevaar voor misverstand in zich sluit. Wanneer men vraagt, wat op straffe verboden mag worden en zich dus bezighoudt met het jus constituendum, met datgene, wat het recht nog in zich moet opnemen, mag het antwoord niet luiden: alle rechtsbelangen, die bescherming behoeven. Want een rechtsbelang is een reeds door het recht erkend, door de wet erkend, belang en de te beschermen belangen, die onder de veilige hoede van het strafrecht mogen worden geplaatst, behooren niet beperkt te worden tot reeds door de wet erkende. Wat van Hamel met rechtsbelang bedoelde, stemt overeen met het Deutsche „Rechtsgut”, dat hij niet gaarne wilde vertalen met „rechtsgoed”, de voorkeur gevende aan „rechtsbelang”. Het begrip Rechtsgut is door Krause en zijn leerlingen, speciaal door Ahrens, ontwikkeld en toegepast, door Binding gezuiverd. Deze leerde, dat Rechtsgut noch is een subjectief recht noch datgene, waarvan de instandhouding belang heeft voor de rechtsorde zooals die bestaat in het hoofd van een leeraar van het natuurrecht, ook al kent het positieve recht zulk een belang niet, en omschreef het aldus: „Alles an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung *das positive Recht* nach seiner Ansicht ein Interesse hat, was es deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist.”¹⁾ Zoo ook von Liszt: „Rechtsgut ist ein durch das Recht anerkanntes und geschütztes Gut der Menschen.”²⁾ Eerst doordat de wet het erkent, wordt een Gut een Rechtsgut. Ook m. i. verdient in het Nederlandsch het woord rechtsbelang de voorkeur boven „rechtsgoed”, dat Prof. Simons in zijn „Leerboek” heeft aanvaard. Goed heeft te veel de beteekenis van iets stoffelijks. Men spreekt van rechtsorde in den zin van de door het recht beschermde orde, zoo kan men ook het woord rechtsbelang bezigen in den zin van een door het recht beschermd belang. Weliswaar beschermt het strafrecht niet alleen belangen, maar ook rechten en schijnt het aan bedenking onderhevig onder belangen mede te begrijpen rechten, maar dit bezwaar is ongegrond, want waar de strafwet rechten beschermt, daar beschermt zij implicite belangen, namelijk het belang, dat de rechthebbende heeft bij het ongestoord gebruik maken van zijn rechten. Waar de strafwet rechten beschermt of leven, gezondheid, eer,

¹⁾ Binding. Die Normen u. ihre Uebertretung, I (1872) bl. 193, 3e druk bl. 342, 353.

²⁾ Lehrbuch, § 14.

orde, rust, vrede, veiligheid, staatsbehoud, daar waakt zij voor belangen: dat uw rechten geëerbiedigd worden, uw leven niet verwoest, uw gezondheid niet geschaad, uw eer niet geschonden wordt, orde, rust en vrede niet verstoord worden, dat de veiligheid niet wordt aangetast, de staat behouden blijft. Er is dan ook geen bezwaar tegen het strafbaar feit te omschrijven als een schending van een rechtsbelang, gelijk Binding zegt, dat het is Rechtsgüterverletzung, maar, wanneer men vraagt, tot hoever de strafwet haren arm heeft uit te strekken, welke feiten in haar mogen worden opgenomen, mag men deze niet beperken tot handelingen, welke reeds door het recht erkende belangen aanranden. Beslissen moet dus de groote waarde van het te beschermen *belang*, gelijk men leest bij Merkel-Liepmann: „Für das staatliche Verbot und die Bestrafung einer Handlung sind stets ihre (vom Gesetzgeber vorausgesetzten) Beziehungen zu bestimmten *Interessen* massgebend und zwar zu Interessen, welche sich im Staate als gemeinsame geltend zu machen vermögen und einen Schutz durch Strafandrohung und Strafe nach den im Staate herrschenden Auffassungen zu finden vermögen und fordern.”¹⁾

Welke belangen een strafrechtelijke bescherming eischen, kan niet in een algemeene formule worden uitgedrukt. In het scheppen van rechtsbelangen zullen het afwegen van hetgeen beschermd moet worden en door de logica geëischte beperking beslissen, waarbij met de in de samenleving bestaande toestanden en verschijnselen rekening moet worden gehouden. Hoofdzaak is de waardeering des wetgevers van het belang, dat bescherming behoeft.²⁾ Dat men met dogmatische regels ook hier, gelijk in het gansche strafrecht, zeer voorzichtig moet zijn, leert de geschiedenis. Ter staving een voorbeeld. Bij de behandeling van het ontwerp-wetboek van strafrecht zei F. A. de Savornin Lohman: „Het recht regelt alleen de betrekkingen van de menschen onderling; wij straffen niet de zonde, geen Godslastering, geen geheime zonde, maar alleen dan, wanneer de eene mensch den rechtskring van den ander overschrijdt.” Dezelfde staatsman stemde echter vóór de bepaling, die strafbaar stelt de niet-openbare dierenmishandeling,³⁾ hoewel deze toch zeker niet den rechtskring van een medemensch overschrijdt. Toch zijn algemeene richtsnoeren, door den wetgever te volgen bij de overweging, hoever de heerschappij van de strafwet mag gaan, niet waardeloos.

1) Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912, bl. 5.

2) „Dieses Werturteil ist zweifellos das einzige Motiv gesetzgeberischen Rechtsschutzes”. Binding t.a.p. 3e dr. bl. 357. Het oordeel van wien? Van den wetgever, *niet* van de onderdanen.

3) Smidt, t.a.p. II, bl. 350.

In de eerste plaats zij opgemerkt, dat het strafrecht niet de grenzen van het recht mag overschrijden en dus niet tot zich mag trekken, wat tot het speciaal gebied van de moraal behoort: neigingen, gezindheid, geloof, gedachten vallen buiten het recht, zoolang zij zich niet door wilsuitingen openbaren. Echter is niet altijd noodig een handeling, een wilsuiting, immers ook een nalaten, een plichtsverzaking door iets niet te doen, kan voldoende zijn. Ook een levenswijze. Wat anders heeft de wetgever strafbaar gesteld toen hij art. 432 W. v. S. uitbreidde tot hem, „die als souteneur voordeel trekt uit de ontucht eener vrouw”? Want dat voordeel trekken is het parasiteerend *samenleven* met een geprostitueerde vrouw.

Vermits de straf is de reactie tegen het laakbare, het aanstoot gevende, het onrecht, moet het strafrecht zich keeren tegen het reactie uitlokkende. Het feit, dat de wetgever strafbaar wil stellen, moet zóó afkeurenswaardig zijn, dat straf wenschelijk is. Maar afkeurenswaardig alleen is niet voldoende: niet elke onzedelijke daad zal binnen de grenzen van het strafrecht mogen worden getrokken. Het tweede vereischte is, dat bestraffing noodig is ter bescherming van eenig gewichtig belang.

Zeer duidelijk ziet men dit bij de misdrijven tegen de zeden. Niet alle onkuische handelingen zijn strafbaar. Wanneer echter een onkuische handeling, die op zich zelve niet strafbaar is, gepleegd wordt hetzij in het openbaar (openbare schennis van de eerbaarheid), hetzij in tegenwoordigheid van een derde, die daarbij zijns ondanks aanwezig is, dan is zij strafbaar. De strafwaardigheid ligt dan niet in de handeling zelve, maar in het feit, dat zij aanstoot geeft of gevaar ontstaat, dat een ander in zijn schaamtegevoel gekwetst wordt. Hier wordt dus, terecht, met straf gedreigd alleen ter bescherming van het schaamtegevoel van derden.

Ontucht van meerderjarigen met minderjarigen van hetzelfde geslacht is strafbaar, omdat de minderjarigen beschermd moeten worden, maar gelijksoortige handelingen van meerderjarigen met meerderjarigen zijn o. i. terecht niet strafbaar gesteld, omdat de meerderjarigen des wetgevers bescherming op dit gebied niet behoeven. Homosexueele handelingen van minderjarigen met minderjarigen boven de 16 jaren zijn niet strafbaar gesteld, blijkbaar, omdat de wetgever aannam dat personen van 16—21 jaren niet behoeven beschermd te worden tegen personen van dienzelfden leeftijd en een veel grooter gevaar uitgaat van meerderjarigen. De vraag rijst, of terecht wel strafbaar zijn gesteld ontuchtige handelingen met personen beneden den 16-jarigen leeftijd, ook al zijn deze gepleegd door kinderen jonger dan 16 jaren; of kinderen beneden

genoemden leeftijd beschermd moeten worden tegen kinderen van gelijken leeftijd.

Vraagt men welk belang groot genoeg is om aanspraak te mogen maken op bescherming door strafbepalingen, dan zal in de eerste plaats het behoud van menschelijk leven tot die belangen gerekend mogen worden. Daarmede is afdoende gemotiveerd het tegenwoordig in het buitenland veel bestreden strafbaar stellen van vruchtafdriving. Ook de kleine mensch, de ongeborene, die het allermint in staat is zich zelf te verweren, behoeft bescherming. Zelfs, indien men meenen mocht, dat, waar overbevolking is, het niet een eisch van het belang van den staat of de maatschappij is dat alle menschenvruchten tot medeburgers gedijen. Menschenleven niet te dooden is een ethische eisch, menschenleven te beschermen een eisch, aan het recht te stellen..

Een groot belang, door de strafwet te beschermen, behoeft niet een maatschappelijk belang te zijn. Daarom is het feit, dat ook de niet-openbare dierenmishandeling strafbaar is gesteld, van zooveel beteekenis. Het strafrecht keert zich tegen het kwaad, tegen datgene, wat wij afkeuren, daaronder valt ook wreedheid tegenover dieren, getuigend van lafheid, van liefdeloosheid, van zedelijke minderwaardigheid. Maar ook: hier is een belang te beschermen, het belang der dieren, onze medeschepselen, die vaak weerloos zijn tegenover beulen onder de menschen. Het zwakke, het hulpbehoevende, de minderjarige, het om hulp smeekend dier, dat alles worde door de wet beschermd, ook al kan men het belang der dieren niet als een maatschappelijk belang qualificeeren. Het is voldoende: dat een euvel bestreden moet worden en eenig levend wezen bescherming behoeft. Dierenmishandeling behoort gestraft te worden, maar niet omdat zij aanstoot geeft aan degenen, die daarbij tegenwoordig zijn, want dan zou men ze niet strafbaar moeten stellen, wanneer zij plaats heeft buiten tegenwoordigheid van derden, evenals niet alle ontucht strafbaar is. Terecht heeft m. i. het Kamerlid des Amorie van der Hoeven, die zoo krachtig opkwam vóór de strafbaarheid van de niet-openbare dierenmishandeling er op gewezen, dat zij misplaatst is onder de misdrijven tegen de zedelijkheid, zij is te beschouwen als een delictum sui generis.

Van hoeveel gewicht is, uit dogmatisch oogpunt, de erkenning van dit delictum sui generis! Want deze strafbepaling is dan niet ter wille van de menschen, die, arme stumperds, gekwetst worden door wreedheid tegenover dieren, maar — mirabile dictu — ter wille van de dieren zelf gemaakt! Wat den niet-jurist zoo eenvoudig en natuurlijk schijnt, is in lijnrechten strijd met der juristen leer: „Alles Recht ist um der Menschen willen da.”¹⁾ Welnu, ook met deze

¹⁾ Von Liszt. Lehrbuch § 14.

dogmatiek worde gebroken. Het recht laat zich niet a priori binden, zoo min als de taal, de kunst, de zede. Het leeft en gedijt en moet zich kunnen ontwikkelen uit krachte van zijn eigen aard. Elke dogmatiek, elke belettende theorie kan hier schaden. Inmiddels strekt het den ontwerpers van ons wetboek tot eere, dat zij art. 254, 1e lid tot stand hebben gebracht niettegenstaande de vele dogmatische belemmeringen.

Niet elke ethisch ongeoorloofde handeling mag strafbaar worden gesteld; vereischt is, dat ze eenig belang aanrandt of een gevaar schept. De meened, door de moraal in alle gevallen verfoeid, is alleen dan strafbaar, wanneer hij wordt afgelegd, waar de wet een verklaring onder eede vordert of daaraan rechtsgevolgen verbindt; de valsheid in geschrift is strafbaar, mits „daaruit eenig nadeel kan ontstaan.” De vraag rijst, of handelingen, die van misdadige gezindheid getuigen, maar niet rechtstreeks een belang aanranden of een gevaar scheppen, strafbaar mogen worden gesteld. Bij poging tot misdrijf zijn in het algemeen niet strafbaar handelingen, die slechts voorbereidingen zijn. Daarentegen heeft de wetgever niet alleen het opzettelijk een door misdrijf verkregen voorwerp ten geschenke aannemen, maar zelfs het opzettelijk voordeel trekken uit de opbrengst van een door misdrijf verkregen voorwerp als misdrijf strafbaar gesteld. Begunstiging van misdrijf kan men in deze handelingen bezwaarlijk zien. Ontstaat door het ten geschenke aannemen gevaar, dat het voorwerp wordt weggemaakt of verbruikt, dit gevaar is niet aanwezig bij voordeel trekken nadat het voorwerp reeds verkocht is. De beteekenis van deze handelingen ligt in de gebleken oneerlijkheid, niet in het gevaarlijke; wij zijn hier op den zelfkant van het strafrecht. Echter leert de practijk, dat de handelingen, strafbaar gesteld als ten geschenke aannemen en voordeel trekken, gewoonlijk verband houden met andere handelingen, die misdadig zijn, zooals het diensten verleenen aan dengene, die het misdrijf pleegde, waardoor het plegen van het misdrijf werd mogelijk gemaakt.

Het strafrecht breide zich niet uit, zoo niet onvermijdelijk. In zijne rede: „De grenzen der heerschappij van het strafrecht” (1880) zeide van Hamel: „Bij de grensbepaling gelden twee grondstellingen: geen strafrecht dan tot handhaving van het recht,¹⁾ geen strafrecht, waar tot hetzelfde einde andere middelen voldoende zijn.” Hij achtte strafrecht niet gepast „voor zoover andere mid-

¹⁾ Hier bedoelde hij met recht: „de grondslagen, de voorwaarden, welke voor het leiden van een menschenleven, dat aan zijn bestemming beantwoorden kan, noodzakelijk zijn voor zooveel hare vervulling van anderen afhangt en door dwang kan worden verkregen.” Het verdient opmerking, dat strafbepalingen ter dierenbescherming buiten deze omschrijving vallen. Men heeft te veel op het rechtskarakter, te weinig op het ethisch karakter van het strafrecht gelet.

delen tot beveiliging van het rechtsgebied, de veerkracht van het rechtsbewustzijn en van de maatschappelijke instellingen zelve, de tucht bij familieverband of dienstverband en de dwang van het privaatrecht geheel voldoende zijn met het oog op den omvang en den indruk van het onrecht, dat te voorkomen of te herstellen is.”¹⁾ De uitbreiding van het aantal strafbepalingen in de laatste jaren is angstwekkend. Het is niet meer te overzien, nauwelijks te kennen. Schier elke wet schijnt strafrechtelijke sanctie te behoeven, de politieverordeningen ontwikkelen zich onrustbarend. Zijn rijks- en plaatselijke wetgevers zich bewust, dat zij een ultimum remedium hanteeren en wordt het gewicht van strafbedreiging en strafoplegging zoo diep gevoeld, dat alleen noode tot strafbepalingen toevlucht wordt genomen? Met zuinigheid moet het geschut van het strafrecht bediend worden, maar ook met zuinigheid moeten wettenmakers van hunne wetgevende bevoegdheid gebruik maken, als zij aan hunne wetten strafbepalingen verbinden.

Deze beschouwingen leiden ons tot de volgende conclusie. Is eenerzijds het recht geroepen zooveel mogelijk het goede te beschermen, het kwade te bestrijden, het recht, immers zelf ethisch van aard en naar het woord van velen van goddelijken oorsprong, anderzijds dient het kostbaar goed der individueele vrijheid zooveel mogelijk onaangetast te worden gelaten. Het is de zware taak der wetgevers hier het evenwicht te bereiken, te behoeden. Niet te laks en niet te streng te zijn, is het duurzaam parool, door den rechter te herhalen. Wetteloosheid leidt tot chaos, maar aan overdreven wetten wordt niet gehoorzaamd. De hoofdbeginselen, die het gebied, waar het strafrecht heerschen mag, bepalen, luiden aldus:

I. Het strafrecht richt zich tegen ethisch ²⁾ ongeoorloofde handelingen (gedragingen);

II. maar alleen voor zoover dit noodig is tot bescherming van gewichtige belangen

III. en alleen indien straf onvermijdelijk is en andere middelen tot bescherming niet voldoende zijn.

Het sociale karakter van het strafrecht ligt dan niet hierin, dat uitsluitend maatschappelijke belangen worden beschermd en uitsluitend anti-maatschappelijke handelingen worden afgeweerd, maar dat de mensch gedwongen wordt zich in de maatschappij te gedragen gelijk het een goed burger betaamt. Zoo wordt ook door deze beginselen het ethisch-sociaal karakter van het strafrecht kenbaar.

¹⁾ Van Hamel. Verspreide Opstellen I, bl. 156, 157.

²⁾ Hier ethisch te verstaan in den ruimen zin: Krachtens recht, moraal of zede.