

Van beginselverklaring tot een zeer beperkte toepassing
van het in de wet nader verklaard beginsel;
het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond
vanaf 1809 tot heden

1. Inleiding

Ons Wetboek van Strafrecht kent in art. 43 aan het ambtelijk bevel onder bepaalde voorwaarden, strafuitsluitende werking toe. Art. 43 Sr bepaalt:

lid 1 "Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag."

lid 2 "Een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel heft de strafbaarheid niet op, tenzij het door de ondergeschikte te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd en de nakoming daarvan binnen de kring van zijn ondergeschiktheid was gelegen."

Wanneer bijvoorbeeld een ME-er het bevel van zijn pelotonscommandant krijgt om een charge uit te voeren, en daarbij iemand mishandelt - de delictsomschrijving van art. 300 Sr "vervult" - is zijn gedrag op grond van het eerste lid van art. 43 gerechtvaardigd; hij kreeg immers een bevoegd gegeven ambtelijk bevel. Was het bevel onbevoegd gegeven, maar meende de ME-er dat het bevel wél bevoegd was gegeven, en lag bovendien de nakoming ervan binnen de kring van zijn ondergeschiktheid, dan is hij op grond van art. 43 lid 2 niet strafbaar omdat hem van zijn gedrag geen (niet voldoende) verwijt valt te maken.

Art. 43 Sr staat van meet af aan in ons Wetboek van Strafrecht van 1886. Het is nadien nooit gewijzigd. Dit wekt de schijn dat de huidige redactie van art. 43 en de voorwaarden die het stelt, een rustig bezit waren en zijn. Hier bedriegt echter de schijn. Via tal van omwegen is art. 43 Sr tot stand gekomen. En de ontwikkelingen die na 1886 in het strafrecht hebben plaatsgevonden, hebben, hoewel níet op de redactie van art. 43 Sr, wél hun invloed gehad op de toepassing ervan in de rechtspraktijk.

In onderstaand betoog wordt geschetst hoe de wetgever vanaf 1809 de rechterlijke vrijheid om te beslissen welke juridische consequenties aan het handelen op bevel moeten worden verbonden, steeds verder heeft ingeperkt. Uiteindelijk resulteerde dit in de huidige strikte bepaling, art. 43 Sr. Vervolgens wordt beschreven hoe, ook na 1886, het toepassingsgebied van art. 43 Sr verder is verkleind ten gevolge van de ontwikkelingen ten aanzien van een drietal andere strafuitsluitingsgronden en wetgevingsactiviteiten op andere terreinen. Het artikel wordt afgesloten met een kritische kanttekening bij deze ontwikkeling.

2. Het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland (1809-1811)

In 1809 komt ons eerste eigen Wetboek van Strafrecht tot stand¹. Het is de basis waarop in de 19e eeuw wordt voortgebouwd. Het Crimineel Wetboek kan worden gezien als een reactie op het Ontwerp-Lijfstraffelijk Wetboek (OLW) van 1804. Dat ontwerp is zeer uitvoerig van aard². De regeling betreffende het handelen op bevel is daar een sprekend voorbeeld van. In maar liefst vier artikelen wordt deze materie vastgelegd.

Eerst worden in het tweede hoofdstuk van het eerste boek van het OLW (:"Van het onderscheid en de waardeering der misdaden") twee bepalingen opgenomen welke respectievelijk bepalen wanneer er géén spake is van een misdaad (art. 40) en in welk geval "de snoodheid der misdaad" minder is (art. 41). Het gaat dan dus om de strafwáárdigheid.

Vervolgens wordt in het vierde hoofdstuk (:"Van de waardeering en toepassing der straffen, benevens derzelver evenredigheid met de misdaden") dezelfde materie nog eens beschouwd vanuit het oogpunt der strafbaarheid³ van het gedrag. Zo bepaalt art. 30 wanneer strafvermindering op z'n plaats is en art. 31 in welk geval de dader in het geheel niet gestraft dient te worden.

1. Het Crimineel Wetboek treedt op 1 februari 1809 in werking. Zie W.C. van Binsbergen, *Algemeen karakter van het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland*, diss. Utrecht 1949, p. 19. Zie voor de totstandkomingsgeschiedenis, J.M. Kemper, *Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland, met eene inleiding en aanmerkingen*, eerste deel, Amsterdam 1809, Inleiding II, p. 113-149.

2. Vgl. C. Bronkhorst, *Overmacht in het strafrecht*, diss. Utrecht, Nijmegen 1952, p. 151, die spreekt van de "breedsprakigheid" van het OLW.

3. Vgl. C. Bronkhorst, o.c., p. 152.

Vóór de behandeling in de Staatsraad werd het OLW eerst op grond van art. 84 van de Staatsregeling-1801 ter advisering aan het Hoog Nationaal Gerechtshof (HNG) toegezonden. De kritiek van dit college was vernietigend⁴. Ook de regeling van het handelen op bevel viel niet in goede aarde. Naast een aantal redactionele kanttekeningen⁵, gaf het HNG te kennen niets voor een wettelijke regeling op dit punt te voelen. Concrete beslissingen te dien aanzien zouden beter aan het oordeel van de rechter kunnen worden overgelaten ten einde geen aanleiding te geven tot gevaarlijke gevolgtrekkingen⁶.

De Staatsraad besloot uiteindelijk⁷ het ontwerp niet aan te nemen. Vooral het tweede bezwaar van het HNG tegen het OLW - namelijk de meer leerstellige dan wetgevende toon en de wijze van behandeling - heeft bij de Staatsraad zwaar gewogen⁸.

Zoals reeds vermeld, vormde het Crimineel Wetboek van 1809 een reactie op het OLW-1804. Uit de regeling van het handelen op bevel blijkt, dat de kritiek van het HNG serieus is genomen⁹. In het Crimineel Wetboek wordt niet meer een uitvoerige, leerstellige regeling op dit punt opgenomen, maar wordt volstaan met een eenvoudige *beginselverklaring*: Art. 24, titel II, vierde hoofdstuk¹⁰ ("Van hen, aan wie de misdaad niet of minder wordt toegerekend") bepaalt namelijk:

"In hoeverre dwang, *bevel* (curs., PHSvR) billijke vrees, sterke verleiding alle toerekening wegnemen, of tot eene lichtere straf

4. Zie hierover, O. Moorman van Kappen e.a., *De Ontwerpen-Lijfstraffelijk Wetboek 1801 en 1804, Deel II: Het Ontwerp-Lijfstraffelijk Wetboek 1804*, Zutphen 1982, p. XVII; A.G. Bosch, *Het ontstaan van het Wetboek van Strafrecht*, diss. Leiden, Zwolle 1965, p. 32; J.M. Kemper, o.c., Inleiding I, p. 111-112.

5. Zie O. Moorman van Kappen e.a., o.c., p. 18.

6. Idem. Het HNG stelde zelfs voor om het gehele tweede hoofdstuk te schrappen; zie O. Moorman van Kappen e.a., o.c., p. 7 en 418. De Staatsraad volgde dit advies; zie O. Moorman van Kappen e.a., o.c., p. 7.

7. In wezen stond het lot van het OLW al bij voorbaat vast, omdat het grootste deel van de leden van de Staatsraad en van de externe deskundigen, het vanaf het begin af aan eens was met de kritiek van het HNG. Zie O. Moorman van Kappen e.a., o.c., p. XVII.

8. Zie J.M. Kemper, o.c., Inleiding I, p. 113; A.G. Bosch, o.c., p. 32; C. Bronkhorst, o.c., p. 154; W.C. van Binsbergen, o.c., p. 118. Zie ook de "Aanspraak van den Staas-Raad Van Gennep" bij, J.M. Kemper, o.c., Inleiding, p. 126.

9. Zie J.M. Kemper, o.c., Aanmerkingen p. 115-116; C. Bronkhorst, o.c., p. 155-156.

10. Het Crimineel Wetboek bestaat uit 30 titels. Deze zijn onderverdeeld in hoofdstukken, welke soms weer in afdelingen worden ingedeeld.

behooren te leiden, moet bij de regters uit den aard en de omstandigheden der zaken, uit de ziels- en ligchaams-gesteldheid van den bedrjver en zijne betrekkingen tot hem, die gedwongen, bevolen, of verleid heeft, beoordeeld worden."

Een beginselverklaring dus, want de wetgever machtigt in art. 24 de rechter om "naar eigen inzicht" te oordelen over de vraag welke consequenties aan het bevel, op grond waarvan een strafbaar feit is begaan, verbonden moeten worden. De rechter krijgt de vrijheid om te bepalen of strafvermindering, strafuitsluiting of de normale straf op z'n plaats is. Hij bepaalt aan welke eisen het bevel, de bevelgever en de bevolene moeten voldoen. In art. 24 staat alleen met welke factoren de rechter (onder andere) rekening moet houden; verder is hij vrij; hij bepaalt waartoe het beginsel in concreto dient te leiden¹¹.

Iedereen was vol lof over het nieuwe wetboek¹²; en ook de regeling van art. 24 viel in goede aarde¹³.

Alhoewel de rechter volgens het beginsel van art. 24 vrij is te oordelen of het handelen op bevel tot strafuitsluiting of strafvermindering moet leiden, worden al direct in de literatuur de grenzen onderzocht en afgetast. Zo merkt Kemper op¹⁴ dat dit beginsel toch alleen kan gelden met betrekking tot het bevel van de "magthebbenden" aan zijn ondergeschikte. Een bevel dat aan iemand wordt gegeven die niet ondergeschikt is, kan volgens Kemper, in de rechtsgeleerde zin, geen bevel genoemd worden, maar is alleen een lastgeving (mandatum). Lastgeving kan zijns inziens dus niét tot strafuitsluiting of strafvermindering leiden¹⁵.

11. Het is natuurlijk niet uitgesloten dat de beginselverklaring niet zo zeer een principiële keuze was, alswel geboren werd uit onmacht van de wetgever.

12. Zie onder meer, de aanspraken van de Staatsraden Van Gennep, Van Bernuth en Repelaar, J.M. Kemper, o.c., Inleiding II, p. 119-137. Zie ook, W.C. van Binsbergen, o.c., p. 20-22.

13. Zie C. Bronkhorst, o.c., p. 152. Hij stelt dat art. 24 als muziek in de oren klinkt wanneer het vergeleken wordt met de regeling van het OLV van 1804. Ook J.M. Kemper, o.c., Aanmerkingen p. 105, 141-142, geeft blijk van waardering voor de regeling waarbij rekening wordt gehouden met onvoorzienbare omstandigheden.

14. J.M. Kemper, o.c., Aanmerkingen p. 116-117.

15. J.M. Kemper, o.c., Aanmerkingen p. 116-117. Hij voert daarbij nog als argument aan, dat in art. 18 Crimineel Wetboek dan ook last en bevel afzonderlijk worden vermeld, en dat ook in het Romeinse Recht lastgeving de gelastigde nooit kon verontschuldigen.

(...wordt vervolgd...)

Kemper geeft als rechtsgrond voor art. 24 het feit dat het hier om omstandigheden gaat waarbij sprake is van een onschuldige, of ten minste op bijna onoverwinbare zwakheden van de menselijke natuur gegronde, afwezigheid van de wilsbepaling¹⁶.

Aan het slot van zijn "Aanmerkingen" merkt Kemper over het tweede deel van art. 24 - waarin de factoren worden opgesomd waarmee de rechter rekening dient te houden - op, dat daaruit blijkt dat niet elk bevel de toerekening wegneemt of vermindert, en dat hetzelfde bevel niet altijd dezelfde rechtsgevolgen heeft. De rechter dient echter niet een willekeurig gevoel van billijkheid als richtsnoer te nemen, maar, nu de wet zelf niets bepaald heeft, de géést der wet, zonder inmengsel van wijsgerige theorie en of beschouwingen uit het natuurrecht. Alleen de toepassing van de wet is immers zijn taak. De wet nu, vordert voor ontoerekenbaarheid ten eerste volstreekte ongeschiktheid om de aard en de gevolgen van hetgeen men doet, te beoordelen, of onmogelijkheid om naar willekeur over zijn daden te beschikken; en ten tweede de onwillekeurigheid van een dergelijke toestand¹⁷. "De geheele geest van dezen Titel bevestigt dit gevoelen ten duidelijkste", aldus Kemper¹⁸.

Het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland heeft van 1809 tot 1811 gegolden. Er is geen jurisprudentie betreffende het Crimineel Wetboek gepubliceerd¹⁹. In 1811 werd, een jaar na de inlijving van het

15. (...vervolg...)

Ook art. 32 van het vierde hoofdstuk van het OLW-1804 geeft blijk van een te maken onderscheid tussen last en bevel. Dit artikel bepaalt immers: "Al wie een enkelen last tot misdoen opvolgt, moet met de gewoone straf der misdaad gestraft worden".

16. J.M. Kemper, o.c., Aanmerkingen p. 127-128.

17. Met de laatstgenoemde voorwaarde wordt bedoeld, dat de verdachte zich niet zelf in de situatie gebracht mag hebben waarin hij/hem vervolgens wordt gedwongen/bevolen (etc.) een strafbaar feit te begaan (:culpa in causa). Kemper geeft het voorbeeld van de moordenaar die zich vrijwillig onder een bende rovers begeeft, maar tot de moord zelf, met geweld gedwongen wordt. Hij zou zich nooit door dwang geheel verontschuldigen.

Vermindering van toerekening zou alleen plaats kunnen hebben wanneer de mindere geschiktheid om de aard en de gevolgen van de daad te beoordelen of de mindere vrijheid om daarover te beschikken of zonder enige opzettelijke of vrijwillige daad, waarvan een dergelijk gevolg natuurlijk berekend kon en moest worden, aanwezig was, of ten minste slechts aan een zeer geringe onachtzaamheid kon worden toegeschreven, aldus J.M. Kemper, o.c., Aanmerkingen p. 143.

18. J.M. Kemper, o.c., Aanmerkingen p. 141-143.

19. Vgl. W.C. van Binsbergen, o.c., p. 12.

Koningrijk Holland bij het Franse keizerrijk, de in 1810 tot stand gekomen Franse Code Pénal hier ingevoerd.

3. De Code Pénal in Nederland (1811-1886)

De Code Pénal (C.P.) kent het handelen op bevel niet als een algemene-, maar slechts als bijzondere strafuitsluitingsgrond. Er kan dus niet, zoals bij het Crimineel Wetboek, ten aanzien van elk delict een beroep op worden gedaan. Dat kan slechts in die gevallen waarin dat uitdrukkelijk wordt bepaald. De C.P. nu, bepaalt in drie gevallen dat het bevel van "een hogere" of van "het wettig gezag" strafuitsluiting met zich meebrengt.

Zo bepaalt het tweede lid van *art. 114 C.P.* ten aanzien van de openbaar ambtenaar, agent en de in enige post aangestelde van de Hooge Regering, die enige daad van willekeur heeft gepleegd of bevolen, waardoor een inbreuk plaatsvindt hetzij op de persoonlijke vrijheid, hetzij op de burgerschapsrechten van een of meer burgers (*art. 114 lid 1 C.P.*):

"Indien hij echter zijn bedrijf door het bevel van zijne hooger en in zaken tot derzelver gezag behorende, en waarin hij hun volstreckte gehoorzaamheid verschuldigd was, regtvaardigen kan, zal hij van de straf vrijgesteld zijn, die in dat geval, alleen aan degenen, die het bevel gegeven heeft, opgelegd zal worden"²⁰.

Voor de tweede keer komen we de bijzondere strafuitsluitingsgrond tegen in *art. 190 C.P.*. Het bepaalt:

"De straffen bij artikel 188 en 189²¹ uitgedrukt, zullen niet nalaten opgelegd te moeten worden aan beambten die uit last van hun hooger en gehandeld hebben, dan voor zoo verre die last door de laatstgemelden gegeven is ten aanzien van voorwerpen van hunne onderhoorigheid, en waaromtrent volstreckte gehoorzaamheid aan hen verschuldigd was: In dit geval zullen de hierboven gestelde straffen

20. De originele Franse tekst luidt: "Si néanmoins il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre."

De Nederlandse vertaling is van A.J. van Deinse, derde druk, Middelburg 1867. Zijn vertaling van de Code Pénal is in alle voorkomende gevallen gebruikt.

21. De artt. 188 en 189 C.P. betreffen het misbruik van gezag "jegens de algemeene zaak".

niet dan aan de hoogereren, die deze last het eerste gegeven hebben, opgelegd worden"²².

Tot slot wordt in *art. 327 C.P.* gesteld:

"Daar is noch misdaad noch wanbedrijf, wanneer de begane nederlaag of de toegebragte kwetsuren, of slagen of stooten²³ door de wet²⁴ zijn bevolen en door het wettig gezag gelast zijn geworden"²⁵.

De Code Pénal kent dus geen afzonderlijke, algemene regeling van het handelen op bevel. Dit in tegenstelling tot de krankzinnigheid, overmacht (beide *art. 64 C.P.*²⁶) en de jeugdige leeftijd²⁷ (*art. 66 C.P.*) waaraan algemene strafuitsluitende werking werd toegekend.

Vanwege het strikte stelsel van strafuitsluitingsgronden²⁸, en omdat de

22. De Franse tekst luidt: "Les peines énoncées aux articles 188 et 189, ne cesseront d'être applicables aux fonctionnaires ou préposés qui auraient agi par ordre de leurs supérieurs, qu'autant que cet ordre aura été donné par ceux-ci pour des objets de leur ressort, et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique; dans ce cas, les peines portées ci-dessus ne seront appliquées qu'aux supérieurs qui les premiers auront donné cet ordre."

23. Hiermee wordt bedoeld op de delicten genoemd in de *artt. 309-313, 316 en 319-325 C.P.*

24. Hier wordt dus aan het wettelijk voorschrift strafuitsluitende werking toegekend. Voor de Code Pénal kende wij deze strafuitsluitingsgrond niet en pas bij de Commissie-De Wal (1870) zien we haar in de voorstellen om tot een eigen Wetboek van Strafrecht te komen terug.

25. De Franse vertaling luidt: "Il n'y a ni crime ni delit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime."

N.B. In wezen wordt hier het handelen op bevel als kwalificatieuitsluitingsgrond geformuleerd ("daar is noch misdaad noch wanbedrijf (...)") en niet als strafuitsluitingsgrond.

26. Zie over *art. 64 C.P.* in Nederland, C. Bronkhorst, o.c., p. 131-150.

27. Mits beneden de 16 jaar en gehandeld is "zonder oordeel des onderscheids".

28. *Art. 65 C.P.* bepaalt bovendien: "Geen misdaad of wanbedrijf mag verschoond of de daarop gestelde straf verzacht worden, dan in de gevallen en omstandigheden, waarin de wet (*curs.*, PHSvR) het feit verschoonbaar verklaart, of het toewijzen eener min gestrengere straf toestaat." Zo moest dan ook volgens HR 13 april 1852, W. 1326, *art. 327* in enge zin geïnterpreteerd worden (alleen ten aanzien van de daár genoemde delicten kan dus een beroep op het bevel van de wet en het wettig gezag worden gedaan). Zie omtrent deze zaak, J.M. Houben, *Artikel 42 van het Wetboek van Strafrecht*, diss. Utrecht, Zwolle 1959, p. 20-21 en Ch.J. Enschedé, R.M. Themis 1961, p. 485 (bespreking dissertatie J.M. Houben). In diezelfde zin als de Hoge Raad onder andere, D. Simons, *Leerboek van het Nederlandse strafrecht*, deel I, bewerkt door W.P.J. Pompe, Groningen-Batavia 1937, p. 292; M. Schooneveld, *Het Wetboek van Strafrecht met aantekeningen*, Amsterdam 1887, p. 313; A.J. (...wordt vervolgd...)

C.P. een stelsel van bijzondere strafminima kende (bij elk delict stond vermeld welke straf *minimaal* moest worden opgelegd) in een tijd waarin het legaliteitsbeginsel²⁹ werd gehuldigd, werd al in een Besluit van 1813 een regeling omtrent de verzachtende omstandigheden vastgesteld om onbillijkheden te voorkomen³⁰. De rechter kon immers niet meer, zoals ten tijde van het Crimineel Wetboek van 1809, zelf bepalen dat strafvermindering op z'n plaats was, en in welke mate.

Later werd, in afwachting van een regeling in de Code Pénal, een uitgebreidere bepaling in het Wetboek van Strafvordering opgenomen³¹. De materie werd uiteindelijk in 1854 in de C.P. zelf geregeld³².

Ook in de rechtspraak werd gezocht naar wegen om onbillijke uitkomsten van de wettelijke regeling te vermijden. Daar waar werd vervolgd ter zake van een ander delict dan art. 114 lid 1 C.P. of de in de artt. 190 en 327 C.P. genoemde delicten, en toch op bevel was gehandeld, werd getracht om via de constructie van het ontbreken van het boos opzet, de "strafbare moedwil" (*dolus malus*) of via de overmacht³³ (wél een algemene strafuitsluitingsgrond) tot een rechtvaardige oplossing te komen. Lukte dat niet, dan bracht gratie soms nog uitkomst. Illustratief is in dit verband de geruchtmakende "Velzense affaire"³⁴.

28. (...vervolg...)

van Deinse, *De algemeene beginselen van strafrecht*, 2e druk, Middelburg 1860, p. 193. Anders dan J.M. Houben, o.c., p. 19 noot 2, ben ik van mening dat Van Deinse óók in zijn eerste druk (Middelburg 1852) art. 327 C.P. éng uitlegt. Van Deinse stelt immers op pagina 165 van die uitgave: "(...) art. 327 C.P., waar *slechts* (curs., PHSvR) sprake is van manslag, verwonding of slagen".

29. Afgezien van bewijsproblemen, moest elke (bekende) wetsovertreder vervolgd worden.

30. Art. 12 Souverein Besluit van 11 december 1813, S. 10.

31. Art. 209 Wetboek van Strafvordering 1838. Zie J. De Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering*, Tweede Deel, Amsterdam 1840, p. 566-567; J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, Deel VI (Wetboek van Strafvordering; 2e deel, art. 170-466), Utrecht 1840, p. 118-121.

32. Art. 9 van de wet van 29 juni 1854, S. 102.

33. A.J. van Deinse, o.c., p. 145, wijst ook op deze mogelijkheid.

34. Provinciaal Gerechtshof van Noord-Holland 11 juni 1867, W. 2946 en HR 22 oktober 1867, W. 2945. Zie omtrent deze zaak eveneens, C. Bronkhorst, o.c., p. 140-149.

Zie voor een ander geval van eerdere datum waarin een beroep werd gedaan op het ontbreken van boos opzet ten gevolge van een gegeven bevel, de zaak van de "Keverbergse staketsels", HR 9 november 1847, W. 862. Het pleidooi van de raadsman in deze zaak is opgenomen in W. 850.

Tijdens de werkzaamheden aan het Noordzee-kanaal bij Velzen, was er sprake van spanning en ontevredenheid onder de polderwerkers, vanwege de slechte regeling van het werk en van de betaling van het loon. Op 5 september³⁵ 1866 liepen de gemoederen zeer hoog op, nadat de opzichter, John Marrs, een van de polderwerkers had doodgeschoten. De Officier van Justitie, die toevallig in de buurt was, was snel ter plaatse. In het tumult dat na de schietpartij was ontstaan gelastte de Officier een van de omstanders het huis waarin Marrs zich had teruggetrokken in brand te steken³⁶. De vrouw die aan het bevel gevolg gaf, werd daarop vervolgd terzake van het opzettelijk in brand steken van een gebouw, waarbij te voorzien was, dat enig mensenleven daardoor in gevaar kon worden gebracht (art. 434 C.P.³⁷; dit artikel kent het handelen op bevel dus *niet* als (bijzondere) strafuitsluitingsgrond!).

De brandstichtster werd door het Provinciaal Gerechtshof vrijgesproken, omdat zij, zich beroepend op het bevel van een Officier van Justitie, niet geacht werd te hebben gehandeld met die strafbare moedwil, welke bij de wet wordt gevorderd. De Hoge Raad wilde van het beroep op het ambtelijk bevel echter niets weten en veroordeelde haar ter dood. Volgens het hoogste rechtscollege was er wel degelijk sprake van opzettelijk en moedwillig handelen, nu zij een en ander uit vrije wil had gedaan. De daad kon haar ook worden toegerekend: De Officier van Justitie was namelijk niet bevoegd een dergelijke misdaad te gelasten en geen van zijn ondergeschikten - en zeker niet verdachte, die niet onder zijn bevelen stond - was verplicht daaraan te gehoorzamen; ze mócht het bevel zelfs niet opvolgen. Het bevel leverde dus niet een zodanige morele dwang op, dat de toerekenbaarheid op grond van art. 64 C.P. (overmacht) was uitgesloten.

De Hoge Raad is dus ten eerste van oordeel dat het bevel geen overmachtssituatie opleverde. Dat oordeel ligt voor de hand omdat anders het bevel, via de overmacht, een algemene strafuitsluitingsgrond zou worden. Ten tweede houdt de Hoge Raad hiermee de boot van het boos

35. Het arrest van de Hoge Raad spreekt ten onrechte van 15 september. Zie het arrest van het Gerechtshof (zie vorige noot) en het relaas van de Officier van Justitie, W. 2975.

36. De Officier van Justitie ontkende overigens dat hij een dergelijk bevel zou hebben gegeven, zie W. 2975. De Hoge Raad gaat er evenwel "voor de eenvoud" vanuit, dat het bevel wél door hem werd gegeven.

37. Gewijzigd bij art. 13 van de wet van 29 juni 1854, S. 102.

opzet/strafbare moedwil af³⁸. Dat is ook wel begrijpelijk omdat anders het handelen op bevel een *algemene* strafuitsluitende omstandigheid zou worden bij doleuse delicten. Wanneer immers gehandeld is op bevel vanwege het wettig gezag, en het bestanddeel opzet gelezen wordt als *boos* opzet, moet altijd worden vrijgesproken omdat de bevolene dan van mening is geoorloofd te handelen, het opzet ten aanzien van de wederrechtelijkheid derhalve ontbreekt en dus het boos opzet niet bewezen kan worden. Een dergelijke opvatting zou bovendien ook buiten de bevelssituatie consequenties hebben. Elke (verschoonbare) dwaling ten aanzien van de wederrechtelijkheid, door wat ook veroorzaakt, zou bij vervolging terzake van een doleus delict tot vrijspraak moeten leiden.

De enige mogelijkheid om onder de onbillijke uitkomst (de doodstraf!) uit te komen, was gratieverlening. Aldus geschiedde³⁹!

Naast het feit dat het handelen op bevel in de C.P. een bijzondere strafuitsluitingsgrond vormt, is een tweede opmerkelijk verschil met het Crimineel Wetboek van 1809, dat de *wet* een aantal eisen weergeeft waaraan het bevel, de bevelgever en de bevolene moeten voldoen, wil er met succes een beroep op kunnen worden gedaan. De rechter is dus niet vrij meer om "naar eigen goeddunken" te oordelen.

De artt. 114 en 190 C.P. gaan het meest ver. In beide gevallen moeten zowel de bevelgever als de bevolene, ambtenaren zijn (het gaat immers om *ambts*misdriven), moeten het zaken betreffen die tot het gezag van de bevelgever behoren en waarin de bevolene volstreckte gehoorzaamheid aan de bevelgever verschuldigd is.

Art. 327 C.P. laat iets meer ruimte. Het vereist enkel dat het bevel is gegeven door het wettig gezag⁴⁰.

Ook nu worden in de literatuur en nu tevens in de jurisprudentie⁴¹,

38. Vgl. G.A.M. Strijards, *Facetten van dwaling in het strafrecht*, diss. Tilburg 1983, p. 81 noot 79.

39. Zie W. 2964. Naar aanleiding van deze zaak ontstaat begrijpelijkerwijs een grote discussie rond de gratie. Zie W. 2954, W. 2956, W. 2963, W. 2966 en W. 2987.

C. Bronkhorst, o.c., p. 148-149, is overigens van mening dat het Gerechtshof de beste weg had gekozen door vrij te spreken in verband met het ontbreken van het boos opzet.

40. Natuurlijk náást het feit dat er ook sprake moet zijn van een "wettelijk bevel".

41. Opgemerkt zij dat ten aanzien van art. 114 C.P., in de twee in de Nederlandse jurisprudentie voorkomende gevallen, geen grenzen door het (...wordt vervolgd...)

grenzen aangegeven. Zo bepaalde de Hoge Raad in de hierboven beschreven "Velzense affaire" eveneens, dat alleen met succes een beroep op art. 327 C.P. kan worden gedaan, wanneer de bevolene verplicht was aan de bevelgever te gehoorzamen.

Naast de brandstichtster werd ook iemand vervolgd terzake van art. 309 C.P. (het moedwillig toebrengen van een kwetsuur waaruit ziekte en beletsel om te werken van meer dan twintig dagen is ontstaan); hij had de uit de brandende woning vluchtende Marrs met een sabel op het hoofd geslagen. Het hoofd van Marrs bleek daar niet geheel tegen bestand. Aangezien art. 327 C.P. ook ziet op het delict van art. 309 C.P.⁴², kon deze verdachte zich wél direct beroepen op het bevel van de Officier van Justitie. Dit mocht hem echter niet baten omdat hij niet verplicht was het bevel op te volgen.

Ook Van Deinse⁴³ is van oordeel dat de door de Hoge Raad geformuleerde eis moet worden gesteld. Hij behandelt in zijn boek eveneens (impliciet) de interessante vraag of het bij art. 327 C.P. om een *ambtelijk* bevel moet gaan. Er wordt immers in art. 327 C.P. gesproken van "wettig gezag", hetgeen niet noodzakelijkerwijze behoeft te impliceren dat dit gezag ambtelijk is. Van Deinse is van mening dat het niet persé om een ambtelijk bevel hoeft te gaan. Hij denkt daarbij bijvoorbeeld aan de relatie "meester-dienstbode", "vader-kind" en aan de situatie van het rechterlijk bevelschrift. Ook in dergelijke gevallen kan men zich beroepen op het bevel vanwege het "wettig gezag"⁴⁴.

41. (...vervolg...)

Geregtshof of de Rechtbank worden aangegeven. Het waren twee "precies passende" casus. Zie Provinciaal Geregtshof van Vriesland 4 december 1843, W. 481 respectievelijk Rechtbank Maastricht 18 oktober 1865, W. 2742.

Ten aanzien van art. 190 C.P. is geen Nederlandse jurisprudentie gepubliceerd.

42. Zie noot 23.

43. A.J. van Deinse, o.c., (eerste druk) p. 162.

44. A.J. van Deinse, o.c., p. 194-196, 366.

Een dergelijke opvatting spreekt ook uit Het Voorloopig Verslag der Commissie van Rapporteurs, Bijl. Hand. der Staten-Generaal 1846-1847, p. 342. In dit verslag (betreffende het ontwerp van 1847, zie hierna) wordt als voorbeeld van "wettig gezag" genoemd, de kapitein van een schip.

J.M. Houben, o.c., p. 102, lijkt het wettig gezag wel te willen beperken tot ambtelijk gezag, daar waar hij schrijft dat art. 327 C.P. voor politieambtenaren geschreven is.

De opvatting van (onder andere) Van Deinse is begrijpelijk indien (...wordt vervolgd...)

Van Deinse is bovendien van mening dat, wat het bevel betreft, ook een *onwettig* bevel strafuitsluitend kan werken, indien de ondergeschikte kon en mocht menen dat het gegeven bevel (wel) wettig was⁴⁵.

Concluderend kan worden gesteld dat de situatie van het handelen op bevel onder de Code Pénal bijna geheel tegengesteld was aan die ten tijde van het Crimineel Wetboek-1809. Toen was er een grote vrijheid voor de rechter om te bepalen welke gevolgen moesten worden verbonden aan het feit dat gehandeld was op bevel van een ander. Enkel het beginsel dat het bevel consequenties voor de strafmaat zou kunnen hebben, was in de wet opgenomen.

Onder de Code Pénal is diezelfde rechter door de wetgever strikt gebonden aan een aantal bijzondere regelingen betreffende het handelen op bevel.

De wetsontwerpen die in de "C.P.-periode" gemaakt werden om tot een eigen Wetboek van Strafrecht te komen, geven een beeld van de ontwikkeling van de ideeën over de wijze waarop het handelen op bevel wettelijk geregeld moet worden. Deze ontwerpen zullen in de volgende paragrafen worden gezien.

4. Het Ontwerp Crimineel Wetboek voor de Vereenigde Nederlanden (1815)

Nadat de Fransen uit Nederland waren vertrokken, werd de Code Pénal "voorlopig" gehandhaafd, totdat daaromtrent zou zijn voorzien. In 1814 werd een commissie ingesteld die al het volgende jaar een ontwerp indiende. Dat ontwerp was sterk beïnvloed door het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland⁴⁶. De bepaling over het handelen op bevel kan dit illustreren; zij stemt bijna woordelijk overeen met art. 24 Crimineel Wetboek-1809. Ook in het ontwerp van 1815 wordt slechts het

44. (...vervolg...)

"wettig gezag" gelezen wordt als "gezag voortvloeiend uit de wet". In die zin is het dan ook logisch dat Van Deinse van mening is dat in de verhouding "man-vrouw", een beroep op het bevel vanwege het "wettig gezag" niet mogelijk is (o.c., p. 194-196, 366).

45. A.J. van Deinse, o.c., p. 192-193, 490.

46. Zie A.G. Bosch, o.c., p. 35.

beginsel in de wet vastgelegd en de nadere invulling aan de rechter overgelaten. Art. 35 van het Ontwerp-1815 bepaalt namelijk:

"In hoeverre dwang, bevel, billijke vrees, sterke verleiding of *dadelijk levensgevaar* (curs., PHSvR) alle toerekening wegnemen of tot eene lichtere straf behooren te leiden, moet bij den regter uit den aard en de omstandigheden der zaak, uit de ziels- en lichaamsgesteldheid van den bedrijver, en deszelfs betrekking tot hem, die gedwongen, bevolen of verleid heeft, beoordeeld worden."

De cursief gedrukte woorden zijn aan art. 24 (1809) toegevoegd; verder is de bepaling gelijkkluidend.

Duidelijk is dat de Code Pénal nog geen invloed heeft gehad op het denken over de wijze waarop het handelen op bevel wettelijk geregeld moet worden.

Het Ontwerp-1815 is niet verder gekomen dan de indiening bij Willem I, de soevereine vorst. Na de vereniging van Nederland en België in 1815, werden Belgische juristen bij de codificatie betrokken. Zij waren van mening dat het ontwerp al te zeer was beïnvloed door het Crimineel Wetboek van 1809; zij prefereerden aansluiting bij de Franse wetgeving.

5. Het Ontwerp Wetboek van Strafrecht voor het Koninkrijk der Nederlanden (1827)

Willem I wilde geen herziening op basis van de Franse wetgeving. Daarom werd besloten het ontwerp van 1815 te herzien. Het Ontwerp Wetboek van Strafrecht voor het Koninkrijk der Nederlanden, dat hier in 1827 uit voortkwam, werd in datzelfde jaar aan de Tweede Kamer aangeboden.

Ook het Ontwerp-1827 blijkt, net als dat van 1815, wat de bepaling omtrent het handelen op bevel betreft (art. XXXIV), niet door de Code Pénal te zijn beïnvloed. Het stemt zelfs *woordelijk* overeen met de regeling van 1815⁴⁷.

Toen bleek dat er vele bezwaren bestonden tegen het ontwerp, met name

47. J.F. Thieme en W.L.F.C. van Rappard, *Aanmerkingen op het Ontwerp van een Wetboek op het Strafrecht voor het Koninkrijk der Nederlanden*, eerste stukje (J.F. Thieme), Nijmegen 1827, p. 37, zijn van mening dat het ontwerp het oordeel over de rechtsgevolgen van (onder andere) het bevel, terecht aan de rechter overlaten omdat de wetgever hierover geen bepaalde regels kan voorschrijven.

van Zuid-Nederlandse zijde (de Belgen dus weer), nam de regering het ontwerp terug⁴⁸.

6. Het Ontwerp van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht voor het Koninkrijk der Nederlanden (1842)

In 1840 is de balans volledig naar de andere kant doorgeslagen: Er komt een regeling die sterk lijkt op de Code Pénal⁴⁹.

Evenals bij de C.P. komt in het eerste boek - het algemeen deel - van 1840⁵⁰ geen regeling voor van het handelen op bevel. Het komt enkel nog voor als bijzondere strafuitsluitingsgrond in het bijzonder deel, het Ontwerp-1842⁵¹. De algemene strafuitsluitingsgrond, het beginsel, is van de baan⁵². Art. 4 van titel IX ("Van misdrijven en wanbedrijven van ambtenaren") bepaalt:

"Ambtenaren ter zake van enig ambtsmisdrijf aangeklaagd, welke voldoende bewijzen, alleen gehandeld te hebben ten gevolge van een bevel, waaraan zij in de uitoefening van hun ambt, en met opzigt tot het door hen verrigte, gehoorzaamheid schuldig waren, zullen van alle vervolging worden ontheven.

De strafbepalingen zijn in dat geval alleen tegen hen toepasselijk, op wier bevel zij gehandeld hebben.

48. Zie A.G. Bosch, o.c., p. 35.

49. Zie A.G. Bosch, o.c., p. 38; W. 334; W. 348.

50. De zeven wetsontwerpen van het algemeen deel waren al in 1840 door beide Kamers aangenomen en in het Staatsblad afgekondigd (de wetten van 10 juni 1840, S. 20-26).

51. Het kan volgens art. 69 van het ontwerp overigens wel een reden zijn tot strafvermindering.

Volgens M.H. Godefroi, J.A. Jolles, J.W. Schuurman en C.W.E. Vaillant, *Beschouwingen van het ontwerp van wet houdende het eerste boek van het Wetboek van Strafrecht*, Amsterdam 1839, p. 102-103, 120, is het handelen op bevel ook niet onder de overmacht te brengen, daar het bij die strafuitsluitingsgrond (art. 64) enkel gaat om *fysieke* overmacht. Morele overmacht, het eventuele gevolg van een bevel, valt er niet onder.

J. de Wal, *Aanteekeningen en bedenkingen op het ontwerp van een Wetboek van Strafrecht voor het Koninkrijk der Nederlanden*, Assen 1839, p. 107-108, is van mening dat de bepaling uit het Crimineel Wetboek, waarin het oordeel over strafvermindering en strafuitsluiting aan de rechter werd overgelaten (art. 24), beter is dan de combinatie van art. 64 en art. 69.

52. Dat maakt het ontwerp van 1842 een vreemde eend in de bijt van de wetsontwerpen in de "C.P.-periode". In al die andere ontwerpen is het handelen op bevel immers wel steeds een algemene strafuitsluitingsgrond.

De Hoofden der Ministeriële Departementen zullen zich op de bepalingen van het eerste lid van dit artikel niet kunnen beroepen"⁵³.

Ten opzichte van de Code Pénal betekent art. 4 wel een verruiming. In art. 4 gaat het namelijk om alle ambtsmisdrijven, en niet alleen om die van art. 114 lid 1 C.P. en de in art. 190 C.P. genoemde.

Een met art. 327 C.P. vergelijkbare bepaling is te vinden in art. 5, titel XI ("Van misdrijven tegen het leven van personen"). Het bepaalt:

"Er is geene misdaad of wanbedrijf aanwezig, wanneer de doodslag, de verwonding of de feitelijke belediging⁵⁴ zijn bevolen door de wet of het wettig gezag."

Ook hier valt weer een verruiming ten opzichte van de Code Pénal te constateren, zij het een kleine. Bij art. 5 is namelijk *hetzij* een bevel van de wet, *hetzij* een bevel van het wettig gezag, voor strafuitsluiting voldoende. Niet wordt, zoals in art. 327 C.P., de aanwezigheid van beide vereist. Deze "koerswijziging" wordt niet gemotiveerd.

De rechter wordt dus, in de visie van 1842, gebonden aan de grenzen die de artt. 4 (titel IX) en 5 (titel XI) aangeven; hij is net als bij de C.P., zijn vrijheid van 1809 kwijt.

Omdat de Tweede Kamer het in het wetboek van 1840 neergelegde gevangenissysteem (het Auburnse) vervangen wenste te zien door het Pennsylvanische stelsel, wordt de behandeling van het Ontwerp-1842 (het bijzonder deel) uitgesteld om het algemeen deel (de wetten van 1840) eerst te kunnen herzien⁵⁵.

7. Het Ontwerp Wetboek van Strafrecht voor het Koningrijk der Nederlanden (1847)

In januari 1846 diende de regering nieuwe ontwerpen in ter vervanging van het in 1840 aangenomen eerste boek. Ook in dit ontwerp van het algemeen deel vormde het handelen op bevel enkel een strafverzachtende omstandigheid (art. 8, titel V). Het ontwerp werd evenwel ingetrokken

53. Vgl. de artt. 114 lid 2 en 190 C.P..

54. Onder "feitelijke belediging" dient verstaan te worden, het toegebrachte (lichamelijk) letsel. Vgl. bijvoorbeeld het opschrift van titel XII: "Van verwondingen, slagen en andere ligchaams-beledigingen".

55. Zie hieromtrent onder andere, A.G. Bosch, o.c., p. 38. De Kamer vond bovendien dat de invloed van de Code Pénal te groot was geweest; vgl. W. 348.

vanwege (met name) de bezwaren ten aanzien van het strafstelsel⁵⁶. De regering diende daarop in 1847, mede op aandringen van de Kamer, een ontwerp in van een geheel Wetboek van Strafrecht.

Het ontwerp is wat het handelen op bevel betreft, een vreemd mengsel tussen het Crimineel Wetboek van 1809 en de Code Pénal.

Het kent aan de ene kant aan het wettig bevel in haar algemeen deel, een strafverzachtende- en een algemene strafuitsluitende werking toe⁵⁷. Art. 66⁵⁸, opgenomen in titel V (:"Van daden die uit hoofden van noodweer niet als misdrijf worden beschouwd, van toerekening van misdrijf en van vermindering van straf") luidde oorspronkelijk:

"Geene daad wordt als misdrijf beschouwd, wanneer die is bevolen door de wet of het wettig gezag."

De opneming van deze strafuitsluitingsgrond in het algemeen deel wordt zeer summier gemotiveerd. De MvT⁵⁹ stelt: "Ook deze bepaling (voor de voorgaande artikelen betreffende het noodweer gold namelijk hetzelfde, PHSvR) is van geheel algemene aard, en daarom in dit boek opgenomen"⁶⁰.

Wel valt op dat het echte "beginsel-achtige" van 1809 er al iets vanaf is. Art. 66 bepaalt immers dat het om een *wettig* bevel moet gaan. De rechterlijke vrijheid wordt dus door de wetgever enigszins ingeperkt.

Aan de andere kant vormt het handelen op bevel, net als in de C.P., een bijzondere strafuitsluitingsgrond, met in de wet geformuleerde voorwaarden. In boek twee vermeldt art. 5⁶¹ van titel IX (:"Van misdaden en wanbedrijven van ambtenaren"):

56. Zie A.G. Bosch, o.c., p. 38-39.

57. Zie voor het bevel als strafverzachtende omstandigheid art. 74, titel V. Het wekt bevreesing dat het bevel zowel als *strafuitsluitingsgrond*, als *strafverzachtende* omstandigheid in het ontwerp van 1847 voorkomt. (In de C.P. was dat wel te verklaren, omdat daar het bevel alleen ten aanzien van een aantal bijzondere delicten strafuitsluitend kon werken. Bij de andere delicten is dan het bevel als strafverzachtende omstandigheid wel op zijn plaats.) Kennelijk is strafvermindering mogelijk wanneer niet aan de voorwaarde(n) voor strafuitsluiting wordt voldaan.

58. ORO art. 4, vernummerd tot art. 5, uiteindelijk art. 66.

59. Bijl. Hand. der Staten-Generaal 1846-1847, p. 326. N.B. het ging toen nog om art. 3, titel V, hetwelk later tot art. 5 is vernummerd.

60. In de MvT bij de noodweer-artikelen, wordt dan ook uitdrukkelijk afstand genomen van de Code Pénal, alwaar het noodweer evenals het handelen op bevel, enkel als bijzondere strafuitsluitingsgrond is opgenomen (artt. 328 en 329 C.P.). Zie Bijl. Hand. der Staten-Generaal 1846-1847, p. 326.

61. ORO art. 4.

"Indien een ambtenaar, aangeklaagd of beschuldigd van een in de uitoefening van zijner bediening begaan misdrijf, bewijst alleen gehandeld te hebben ten gevolge van een bevel, waaraan hij in zijne hoedanigheid, gehoorzaamheid schuldig was, wordt hij van verdere vervolging ontheven.

De hoofden der ministriële departementen kunnen zich niet op hooger bevel beroepen."

In de MvT wordt met geen woord gesproken over het hoe en waarom van deze bijzondere strafuitsluitingsgrond naast de algemene in het eerste boek. Ook in de verdere behandeling van het wetsontwerp wordt dit punt niet aan de orde gesteld. Het enige discussiepunt bij beide artikelen is, hoever de gehoorzaamheid van de ondergeschikte moet gaan. Kan die verplichting zich ook uitstrekken tot ónwettige bevelen? (hierbij moet bedacht worden dat het ORO in art. 3, titel V, sprak van "bevolen door (...) het wettig gezag")⁶².

Bij de Memorie van Beantwoording voegde de regering, naar aanleiding van deze discussie, een nota van wijzigingen, om de woorden "het wettig gezag" in art. 66 te doen vervangen door "plaats heeft ter voldoening aan een wettig bevel"⁶³. Wat art. 5 van titel IX betreft volstond de regering met de opmerking dat ondergeschikte ambtenaren doorgaans niet kunnen beoordelen of het gegeven bevel wettig of onwettig was. De uitvoerder dient dan ook straffeloos te blijven; hij die het onwettige bevel gaf is volledig aansprakelijk, aldus de regering⁶⁴.

Voordat de discussie over dit laatste punt echter volledig kan worden afgerond - de Commissie van Rapporteurs is namelijk niet tevreden met

62. Zie het Voorloopig Verslag der Commissie van Rapporteurs, Bijl. Hand. der Staten-Generaal 1846-1847, p. 342 (voor wat betreft de algemene strafuitsluitingsgrond) en p. 352 (art. 5, titel IX).

63. Zie J. van den Honert Thz., *Het Wetboek van Strafrecht, toegelicht uit de beraadslagingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal*, eerste deel, Amsterdam 1848, p. 400.

64. Zie de Memorie van Beantwoording, Bijl. Hand. der Staten-Generaal 1846-1847, p. 378-379.

Het resultaat van dit alles is een vreemde tegenstelling tussen art. 66, algemeen deel en art. 5, bijzonder deel. Waarom wordt bij de algemene strafuitsluitingsgrond wel vereist dat het bevel *wettig* is, en gebeurt dat niet bij de bijzondere strafuitsluitingsgrond in art. 5? Is het minder noodzakelijk om "gewone burgers" tegen onwettige bevelen te beschermen, dan om dat te doen ten aanzien van ambtenaren?

deze "opheldering" van de regering⁶⁵ - worden de beraadslagingen voor onbepaalde tijd verdaagd, in verband met het ontbreken van een strafbe-
paling ter handhaving van het recht van placet⁶⁶.

De discussie wordt kortstondig nieuw leven ingeblazen, wanneer de regering aan het eind van 1847 met een nieuw ontwerp van het tweede en derde boek komt⁶⁷. De aandacht van de Tweede Kamer wordt echter in 1848 verlegd naar staatsrechtelijk terrein⁶⁸.

Afsluitend kan dus worden opgemerkt dat bij het Ontwerp-1847 de weeg-
schaal bijna in evenwicht is. Deels wordt, blijkens de algemene straf-
uitsluitingsgrond in art. 66, aangesloten bij het Crimineel Wetboek, zij het
dat al enige nadere invulling van het beginsel door de wetgever valt te
constateren. Deels wordt aansluiting gezocht bij de Code Pénal: In art. 5,
titel IX van boek twee, wordt een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor
ambtsmisdrijven gecreëerd.

8. Het ontwerp van het eerste boek van het Wetboek van Strafrecht voor het Koninkrijk der Nederlanden (1859)

In 1859 werd nogmaals een poging gewaagd om tot een eigen Nederlands
Wetboek van Strafrecht te komen. De veranderde ideeën omtrent de wijze
waarop het handelen op bevel wettelijk geregeld moet worden, die rond
1840 zichtbaar werden, blijken vaste vormen te hebben aangenomen. De
rechterlijke vrijheid om te bepalen welke juridische consequenties
verbonden moeten worden aan het handelen op bevel, wordt nader inge-
perkt⁶⁹.

65. Zie het Algemeen Verslag der Commissie van Rapporteurs, Bijl. Hand.
der Staten-Generaal 1846-1847, p. 405.

66. De Tweede Kamer verwierp daarop de desbetreffende titel, waarna,
op verzoek van de Minister van Justitie, de beraadslagingen voor onbe-
paalde tijd werden uitgesteld. Zie hieromtrent, J. van den Honert Thz.,
o.c., tweede deel.

67. Het algemeen deel was al wel door beide Kamers aangenomen. In het
nieuwe ontwerp van het tweede boek komen we de regeling van het
handelen op bevel op exact dezelfde plaats tegen als bij het oude
ontwerp, wederom als bijzondere strafuitsluitingsgrond. Zie voor de
"discussie", Bijl. Hand. der Staten-Generaal 1847-1848, p. 28(30) (MvT), p.
123 (Voorlopig Verslag) en p. 139 (Memorie van Beantwoording). Uit die
discussie komt niets nieuws naar voren.

68. Zie A.G. Bosch, o.c., p. 40.

69. Wel wordt het handelen op bevel definitief een algemene
strafuitsluitingsgrond.

Art. 31, titel II (:"Van opheffing, vermindering en verhooging der strafbaarheid") van het ingediende ontwerp van het eerste boek bepaalt met betrekking tot het bevel:

"Voldoening door eene ondergeschikte aan een bevel, waartoe hij, die het gaf, onbevoegd was, is alleen strafbaar, indien het bevolene buiten de kring der ondergeschiktheid gelegen of de ondergeschikte met de onbevoegdheid van den bevelgever bekend was."

De MvT⁷⁰ merkt hierover op, dat niet alleen bij ambtenaren, maar bij alle ondergeschikten het vertrouwen op hun meerdere van invloed moet zijn op de strafbaarheid. Hierbij wordt het voorbeeld gegeven van "de werkman" die op last van zijn "meester", van wie hij vertrouwt dat deze zijn recht kent, bijvoorbeeld een gedeelte van de openbare weg inneemt.

Omdat men het voorschrift dus niet tot ambtenaren wilde beperken, is het in het algemeen deel opgenomen. Men komt kennelijk⁷¹ terug van de dwaling van 1847, waar naast de algemene strafuitsluitingsgrond, ook een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor ambtenaren werd voorgesteld.

De bepaling van 1859 betekent dus een verruiming ten opzichte van de Code Pénal, waar alleen voor met name genoemde ambtsmisdrijven (zie de artt. 114 en 190 C.P.) en een groepje commune delicten (zie art. 327 C.P.) een regeling was gecreëerd. Anderzijds vindt ook een beperking plaats. De ambtenaar die weet of moet weten dat een ontvangen bevel buiten de kring der bevoegdheid van hem die het bevel gaf ligt, moet verantwoordelijk blijven voor zijn daad en kan zich niet achter het bevel verschuilen, aldus de MvT.

Opmerkelijk is wel, dat strikte lezing van art. 31 meebrengt dat het bevoegd gegeven bevel géén strafuitsluitende werking heeft; art. 31 handelt immers alleen over het *onbevoegd* gegeven bevel⁷².

Wat evenzeer opvalt is dat het bevel in dit ontwerp als strafverzachtende omstandigheid verdwijnt. Dit wordt niet gemotiveerd. De regeling van deze materie, art. 35, geeft in tegenstelling tot vorige regelingen, een *limitatieve*, opsomming van de omstandigheden die tot strafvermindering

70. Bijl. Hand. der Staten-Generaal 1858-1859, p. 888.

71. Zeker is dat niet, want er is geen ontwerp van een tweede boek, waarin kan worden nagekeken of het handelen op bevel ook een bijzondere strafuitsluitingsgrond vormt.

72. In deze zin ook, J.M. Houben, o.c., p. 19.

kunnen leiden. Het bevel kan dus niet via de achterdeur weer naar binnen sluipen. A.A. de Pinto⁷³ heeft forse kritiek op deze regeling. Hij stelt dat het gevolg van art. 35 zal zijn "dat men den regter noodzaakt gruwelijk onrechtvaardige vonnissen uit te spreken, en te veroordeelen tot straffen, die met het misdrijf niet in de minste evenredigheid staan". De enige uitweg is dan weer de gratie, aldus De Pinto⁷⁴.

Gezien de niet bemoedigende kritiek⁷⁵, worden de ontwerpen, nog voor de behandeling in de Tweede Kamer, ingetrokken.

9. Staatscommissie-1870 (Commissie De Wal)

9.1. Inleiding

In 1870 werd opnieuw een "staatscommissie voor de zamenstelling van een Wetboek van Strafrecht" ingesteld⁷⁶. De Commissie, met als voorzitter de Leidse hoogleraar J. de Wal, bood aan de koning in 1875 een ontwerp van een Wetboek van Strafrecht met toelichting en bijlagen aan. Dit ontwerp vormde de basis voor het huidige Wetboek van Strafrecht. In 1881 werd het inmiddels twee keer gewijzigde ontwerp van de Staatscommissie⁷⁷ aangenomen. Het wetboek werd op 1 september 1886 ingevoerd.

Aangezien de tekst van het huidige art. 43 Sr woordelijk⁷⁸ overeenstemt

73. Zie zijn redactioneel commentaar in het Weekblad van het regt, nr. 2061.

74. Zie ook A.E.J. Modderman, *De hervorming onzer strafwetgeving*, diss. Leiden, 's-Gravenhage 1863, p. 41-42.

75. Zie de redactionele commentaren (van de hand van De Pinto) in W. 2060, W. 2061 en W. 2062. Zie ook, A.E.J. Modderman, o.c., p. 32-33. De kritiek richt zich met name op het feit dat poging met dezelfde straf wordt bedreigd als het voltooid misdrijf en op de combinatie van afzonderlijke- en gemeenschappelijke opsluiting (achtereenvolgens, wel te verstaan) van een en dezelfde veroordeelde.

76. Zie het Koninklijk Besluit van 28 september 1870, nr. 21. Zie voor de zamenstelling van de Staatscommissie, A.G. Bosch, o.c., p. 53-77.

77. Het ontwerp van de Commissie De Wal werd in gewijzigde vorm in 1879 als regeringsontwerp (oorspronkelijk regeringsontwerp; ontwerp-Smidt) aan de Tweede Kamer aangeboden. Het gewijzigd regeringsontwerp (ontwerp-Modderman) kwam in 1880 tot stand. Ten aanzien van het handelen op bevel zijn overigens "geen" (zie hierna) wijzigingen aangebracht.

Zie voor een uitvoerige schets van de gang van zaken, A.G. Bosch, o.c., p. 42-52 en 221-233.

78. Op een klein puntje na, zie hierna noot 102.

met die van het ontwerp van de Staatscommissie⁷⁹, ligt het voor de hand het werk van de Commissie op dit punt nader te bezien.

9.2. De Staatscommissie en het handelen op bevel⁸⁰

Wanneer het handelen op bevel bij de strafuitsluitingsgronden op de agenda wordt gezet⁸¹, wordt tevens een eerste vraagpunt genoteerd: Moet het wettig bevel worden gelijkgesteld met het bevel "dat door hem die het opvolgde voor wettig werd gehouden"? Daarbij wordt verwezen naar de "Velzense affaire"⁸². Tijdens haar achtste vergadering⁸³ blijkt de Commissie eenstemmig van oordeel te zijn, dat het bevel als strafuitsluitingsgrond moet worden onderscheiden in het *wettig* en het *onwettig* bevel. Het wettig bevel sluit steeds alle strafvervolging⁸⁴ uit, aangezien het wettig *is* en niet slechts voor wettig wordt *gehouden*, aldus de Commissie. Omtrent het *onwettig* bevel dient de wet te bepalen:

"Voldoening door een ondergeschikte aan een ambtelijk bevel waartoe hij die het gaf onbevoegd was, heft de strafbaarheid niet op, tenzij wanneer het én binnen de kring der ondergeschiktheid was gelegen én door den ondergeschikte te goeder trouw voor wettig moest worden gehouden."

De Commissie stelt dat dit in strekking overeenstemt met art. 31, titel II Ontwerp-1859, met deze afwijking echter, dat de bewijslast verplaatst wordt: onwettig bevel sluit in de regel de strafbaarheid niet uit, en hij die bij uitzondering op straffeloosheid aanspraak maakt, moet het bestaan van die uitzondering bewijzen.

Met de wetgevingstechniek van 1809 is definitief gebroken. Het is nu de

79. Ontwerp-Staatscommissie art. 54.

80. Voor de raadpleging van het werk van de Staatscommissie is gebruik gemaakt van de Tilburgse uitgave (1976) van de Notulen en Bijlagen. Bij verwijzing naar de Notulen is de oorspronkelijke paginanummering aangehouden. De Tilburgse paginanummering wordt gebruikt bij verwijzing naar de Bijlagen.

81. Bijlage 7, Tilburg p. 57. In eerste instantie had men dat overigens vergeten, zie de algemene agenda van de Staatscommissie, Bijlage 1, onder XI, Tilburg p. 20.

82. HR 22 oktober 1867, W, 2945. Zie voor de beschrijving van deze zaak, p. 10-11, 12.

83. Notulen deel I, p. 83-84.

84. Bedoeld zal zijn "strafbaarheid".

wétgever die de grenzen aangeeft waarbinnen het bevel strafuitsluitend kan werken; dit wordt niet meer aan de rechter overgelaten.

Na deze inleidende opmerkingen van de Staatscommissie, wordt door het secretariaat een concept-redactie gemaakt⁸⁵. Omdat over art. 6 van de concept-redactie, het handelen op bevel, door de Commissieleden geen opmerkingen worden gemaakt, wordt dat artikel na enige wijzing in de redactie, met algemene stemmen als volgt (*in eerste lezing*) vastgesteld⁸⁶:

art. 6 (51) "Niet strafbaar is een feit strekkende tot uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag.

Een onbevoegdlijk gegeven ambtelijk bevel heft de strafbaarheid niet op, tenzij het door de ondergeschikte te goeder trouw als bevoegdlijk gegeven werd beschouwd en binnen den kring zijner ondergeschiktheid was gelegen."

Opmerkelijk in deze redactie is het woordje "ambtelijk". Het moet nú om een *ambtelijk* bevel gaan⁸⁷, terwijl het in de voorstellen daarvoor om een bevel *sec*, een wettig bevel, of een bevel van het bevoegd gezag draaide. Deze aanscherping wordt niet gemotiveerd!

Art. 6 (51) - ik spreek in het vervolg van art. 51 - komt tijdens de vergaderingen van de Commissie De Wal op drie punten ter sprake. Ten eerste is dat het geval wanneer Pols voorstelt⁸⁸ om naast het ambtelijk bevel ook de bevoegdheid door de wet verleend (het wettelijk voorschrift, PHSvR) als strafuitsluitingsgrond op te nemen. Dan kan, aldus Pols, in vele gevallen het woord "wederrechtelijk" uit de delictsomschrijving worden geschrapt. Tijdens de honderdste vergadering⁸⁹ wordt overeenkomstig dit voorstel besloten om "een feit strekkende ter uitvoering van een wettelijk voorschrift" aan art. 51 toe te voegen. Naast

85. Zie voor de werkwijze van de Commissie De Wal, A.G. Bosch, *o.c.*, p. 86-89.

Zie voor de tekst de concept-redactie, Bijlage 50, Tilburg p. 141.

86. Zie Notulen deel II, p. 80. Zie voor de gedrukte versie van het algemeen deel in eerste lezing, Bijlage 72.

87. Vanaf de Staatscommissie kan dus pas met recht van het *ambtelijk* bevel als strafuitsluitingsgrond worden gesproken!

88. Notulen deel II, p. 314.

89. Notulen deel III, p. 57.

het ambtelijk bevel vormt nu dus ook het wettelijk voorschrift op grond van art. 51 een strafuitsluitingsgrond⁹⁰.

Het ambtelijk bevel komt ook (in samenhang met het wettelijk voorschrift) bij de behandeling van een aantal bijzondere delicten ter sprake. Het is daarbij dan de vraag of, met verwijzing naar art. 51, het bestanddeel wederrechtelijk, zonder wettige redenen, of soortgelijke bestanddelen, uit de delictsomschrijving kunnen worden geschrapt. Zo komt bijvoorbeeld uit art. 308, titel XV, het bestanddeel "wederrechtelijk" te vervallen omdat de daad - het opzettelijk een minderjarige aan zijn ouders of voogden onttrekken of van de plaats waar deze zich met hun goedgevinden ophoudt wegvoeren - voor zover zij geoorloofd is, steeds strekt ter uitvoering van een ambtelijk bevel of wettelijk voorschrift, en dus door art. 53 (art. 51 is in tweede lezing vernummerd tot art. 53⁹¹) wordt gedekt⁹².

Het ambtelijk bevel komt tot slot ter sprake, wanneer Loke een ingrijpend voorstel betreffende de strafuitsluitingsgronden lanceert⁹³. Hij stelt voor om ten aanzien van de strafuitsluitingsgronden, de artt. 48 en 50-53, te bepalen dat *de persoon* bevrijd blijft van straf, en niet, zoals in die artikelen is geschied, dat *het feit* niet strafbaar is. Zijn argumentatie is de volgende: "In art. 60⁹⁴ wordt bepaald dat de persoonlijke omstandigheden waardoor de strafbaarheid wordt uitgesloten⁹⁵, bij de bepaling van de strafwet⁹⁶ alleen in aanmerking komen ten aanzien van

90. Later worden op voorstel van De Pinto het ambtelijk en het wettelijk voorschrift (inmiddels art. 53 geworden) in verschillende artikelen ondergebracht (art. 53 het wettelijk voorschrift; art. 54 het ambtelijk bevel) gezien de toch geheel andere redenen van strafuitsluiting. Zie Notulen deel III, p. 479.

Zie voor een uitvoerige beschrijving van het werk van de Staatscommissie met betrekking tot het wettelijk voorschrift, J.M. Houben, o.c., p. 21-27.

91. Zie de gedrukte versie van de tweede lezing van het algemeen deel, Bijlage 114, Tilburg p. 51.

92. Notulen deel III, p. 257. Zie voor soortgelijke voorbeelden, Notulen deel II, p. 221; Notulen deel III, p. 160-161; Notulen deel III, p. 259; Notulen deel III, p. 323, 324; Notulen deel III, p. 328-329. Wel is op enkele van dergelijke beslissingen van de Commissie De Wal later teruggekomen. Zo was aanvankelijk uit (het huidige) art. 372 het bestanddeel wederrechtelijk geschrapt; in 1881 is dat er weer ingezet.

93. Zie zijn nota, Bijlage 145, sub 3, Tilburg p. 255-256.

94. Het huidige art. 50 Sr.

95. In art. 60 wordt naast het uitsluiten van de strafbaarheid ook nog genoemd de vermindering of verhoging ervan. Aangezien Loke het hier heeft over strafuitsluitingsgronden doet dat hier niet terzake.

96. Bedoeld zal zijn "de straf"; zie art. 60.

dien dader of medepligtige wien zij persoonlijk treffen. In overeenstemming met dat artikel zullen wij ook daar waar de omstandigheden worden genoemd die de strafbaarheid uitsluiten, moeten uitdrukken dat de *persoon* bevrijd blijft van straf, en *niet* zoals in art. 48 en volgende is geschied, dat het *feit* niet strafbaar wordt verklaard. Vooral is dit ook nodig met het oog op de artikelen 57 en 58⁹⁷. Wanneer een feit door een krankzinnige gepleegd bij de wet wordt gezegd niet strafbaar te zijn, dan kan er volgens art. 58 ook geen medepligtige voor dat feit gestraft worden", aldus Loke.

Op de honderdvierentwintigste vergadering komt dit voorstel aan de orde⁹⁸. De Wal zegt toch enigszins huiverig te zijn om de met overleg gekozen redactie te wijzigen. Te meer omdat die redactie ook overeenstemt met de zeer zorgvuldig overwogen terminologie van het Duitse wetboek.

Loke dient De Wal van repliek. Hij wijst nog eens op de noodzaak van de door hem voorgestelde wijziging; vooral art. 58 vordert dit. Dáár toch wordt bepaald dat als medeplichtigen worden gestraft zij die opzettelijk behulpzaam zijn bij *het plegen van een misdrijf*. Wanneer nu in art. 48 en elders het feit *in het algemeen* niet strafbaar, en dus *geen* misdrijf wordt verklaard, kan een ander persoon niet behulpzaam zijn aan het plegen *van een misdrijf*.

Op 2 maart 1874 wordt besloten het voorstel van Loke te volgen⁹⁹. De redactie van de artt. 48 en volgende wordt dienovereenkomstig vastgesteld. Art. 54¹⁰⁰ begint dan als volgt: "Niet strafbaar is *hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel* (...)".

97. Art. 57 luidt: "Als daders van een strafbaar feit worden gestraft: 1 zij die het strafbare feit plegen of doen plegen of opzettelijk tot het plegen daarvan medewerken;

2 zij die door giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging of misleiding het strafbare feit opzettelijk uitlokken.

Ten aanzien der laatsten komen echter, bij het bepalen der straf, alleen die handelingen in aanmerking die zij desbewust hebben uitgelokt, benevens hare gevolgen."

Art. 58 luidt als volgt: "Als medeplichtigen aan een misdrijf worden gestraft: 1 zij die opzettelijk behulpzaam zijn bij het plegen van het misdrijf;

2 zij die opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen tot het plegen van het misdrijf."

98. Notulen deel III, p. 479.

99. Notulen deel III, p. 518-520.

100. Art. 53 is vernummerd tot art. 54; zie noot 90.

Bij de uiteindelijke vaststelling van de tekst van het ontwerp van de Staatscommissie, vindt een laatste redactionele correctie plaats van art. 54¹⁰¹. Het artikel komt dan te luiden zoals dat tot op de dag van vandaag luidt¹⁰²!

10. Art. 43 Sr en de ontwikkelingen na 1886

10.1. Inleiding

In het Wetboek van Strafrecht van 1886 kwam dus een regeling van het handelen op bevel (art. 43) die veraf staat van de beginsel-verklaring van het Crimineel Wetboek van 1809 (art. 24): In art. 43 geeft de wetgever bepaalde grenzen aan waarbinnen het gegeven bevel strafuitsluitend werkt. Aan het bevel, de bevolene en de bevelgever worden door de wet genoemde eisen gesteld. Alleen wanneer aan die voorwaarden is voldaan kan de verdachte vrijuit gaan. In 1809 liet de wetgever de rechter vrij om naar eigen inzicht een rechtvaardige beslissing te nemen; hij kon zelf grenzen en voorwaarden stellen voor strafuitsluiting. Alleen het beginsel dat het bevel strafuitsluitend kan werken, werd in de wet opgenomen; niet meer en niet minder.

Het tij van de rechterlijke vrijheid van 1809 is in 1886 dus definitief gekeerd¹⁰³. Bovendien hebben een aantal ontwikkelingen binnen het strafrecht na 1886 er voor gezorgd, dat het *toepassingsgebied* van art. 43 kleiner is geworden, dan wel zou kunnen worden. In deze paragraaf zal bij een aantal van die ontwikkelingen¹⁰⁴ worden stilgestaan, waarna tot

101. Notulen deel IV, p. 354-355.

102. Alleen het woordje "pleegt" (... die een feit pleegt) in het eerste lid, wordt vervangen door "begaat". Zie H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, deel I, tweede druk, bewerkt door J.W. Smidt, Haarlem 1891, p. 410. In de Kamer is geen verdere aandacht aan art. 43 besteed. Zie H.J. Smidt, o.c., p. 410-411.

103. Ten opzichte van de Code Pénal heeft de rechter natuurlijk wél meer vrijheid gekregen. Hij is bevrijd van de al te strakke kaders (de artt. 114, 190 en 327 C.P.; de strafminima) van de C.P.. Het wetboek van 1886 houdt dus het "midden" tussen het Crimineel Wetboek van 1809 enerzijds en de Code Pénal anderzijds.

104. Een belangrijke ontwikkeling, de overgang van legaliteitsbeginsel naar opportunititeitsbeginsel, wordt niet verder behandeld. Wel dient bedacht te worden dat met name déze ontwikkeling tot gevolg heeft gehad dat art. 43 Sr weinig meer wordt toegepast. Valt een geval onder 43 Sr, dan wordt immers eenvoudigweg niet meer vervolgd!

slot bij deze gang van zaken een kritische kanttekening zal worden geplaatst.

10.2. De Novellen

Kort na het inwerkingtreden van het Wetboek van Strafrecht in 1886, dient de toenmalige Minister van Justitie een Novelle bij de Kamer in¹⁰⁵. Volgens de MvT¹⁰⁶ niet bedoeld als wijziging van het wettelijk kader, maar als leemtefilling die de oorspronkelijke bedoeling beter doet uitkomen¹⁰⁷.

Wat art. 43 Sr betreft, wordt voorgesteld om in het eerste lid de proportionaliteitseis tot uitdrukking te brengen¹⁰⁸ en om in lid twee weer te geven dat niet alleen goede trouw, maar redelijk inzicht (verschóónbare dwaling, PHSvR¹⁰⁹) wordt geëist¹¹⁰.

De opvolger van Cort van der Linden, Loeff, nam de Novelle terug en verving deze in 1904 door een "nieuwe" Novelle¹¹¹. Ten aanzien van art. 43 worden daarin, op een detailpunt na, dezelfde voorstellen gedaan als in 1900. Beide ontwerpen hebben de eindstreep nooit gehaald.

Geven de Novellen inderdaad weer, zoals de MvT stelt, wat de wetgever van 1886 bedoelde¹¹², dan blijkt de ruimte die art. 43 biedt, kleiner te

105. Dit wetsontwerp werd op 25 september 1900 bij Koninklijk Besluit aan de Tweede Kamer aangeboden, zie *Herziening van het Wetboek van Strafrecht*, deel I, Wetsontwerpen en Toelichting, 's-Gravenhage 1900.

106. MvT, o.c., p. 22.

107. Vgl. G.A.M. Strijards, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht na de codificatie*, in: *Gedenckboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem 1986, p. 34.

108. Door te bepalen: "(...) een feit begaat, dat naar redelijk inzicht strekt (...)".

109. Vgl. G.A.M. Strijards, o.c., p. 35 noot 18.

110. MvT, o.c., p. 58-59.

111. Zie G.A.M. Strijards, o.c., p. 35-36.

112. De proportionaliteitseis mag dan wel algemeen geaccepteerd zij, wat de goede trouw van lid 2 betreft is echter de algemene opvatting in de literatuur dat art. 43 lid 2 ziet op de *subjectieve* goede trouw en dus ook "domme dwaling" discolpeert. Zie onder andere, G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, vierde druk, bewerkt door J.V. van Dijk, Haarlem-'s-Gravenhage 1927, p. 252-253; W. Zevenbergen, *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht*, eerste deel, Groningen-Den Haag 1924, p. 122-123; H.B. Vos, *Leerboek van het Nederlands Strafrecht*, derde druk, Haarlem 1950, p. 171; D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, tiende druk, bewerkt door J. (...wordt vervolgd...)

zijn dan door de tekst van dat artikel wordt gesuggereerd. Niet alleen de verdachte moet hebben gemeend dat het bevel bévoegd gegeven werd (subjectieve goede trouw), maar ieder normaal mens zou dat in diezelfde situatie gedacht moeten hebben (objectieve goede trouw) Domme dwaling disculpeert dan niet meer.

10.3. De ontwikkelingen ten aanzien van het wettelijk voorschrift en de overmacht; AVAS

Ook de ontwikkelingen ten aanzien van het wettelijk voorschrift en de overmacht hebben hun invloed gehad op het (noodzakelijke) werkterrein van art. 43 Sr.

Zo huldigde de Hoge Raad tot 1899 met betrekking tot het *wettelijk* voorschrift de enge leer. Alleen een wet in formele zin kon een wettelijk voorschrift in de zin van art. 42 Sr opleveren¹¹³. Het verlaten van deze enge leer¹¹⁴ betekende dat ook wetten in materiële zin, niet zijnde wet in formele zin, een grond konden opleveren voor een beroep op art. 42 Sr.¹¹⁵ Dit had mede tot gevolg dat, waar in die gevallen nog wel een beroep op art. 43 mogelijk was, het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond zijn belang op dat punt verloor¹¹⁶. De verdachte kan zich nu immers rechtstreeks op het wettelijk voorschrift beroepen en heeft art. 43 Sr "niet meer nodig". Het ambtelijk bevel verliest daarmee een stukje van zijn (vroegere) werkterrein; het hoeft niet meer te worden toegepast.

112. (...vervolg...)

Rommelink, Alphen aan den Rijn 1987, p. 289; T.J. Noyon en G.E. Langemeijer, *Het Wetboek van Strafrecht*, bewerkt door J. Rommelink, aant. 4 bij art. 43 (suppl. 2).

In de oorlogsrechtspraak is overigens wel een objectieve invulling van de goede trouw gebruikelijk. Zie D. Hazewinkel-Suringa-Rommelink, o.c., p. 291-292; Th.W. van den Bosch, *De toepassing van strafuitsluitingsgronden in het militaire strafrecht*, in: *Naar eer en geweten* (Rommelink-bundel), Arnhem 1987, p. 67.

113. Zie bijvoorbeeld HR 27 juni 1887; W. 5447.

114. De enge leer werd door de Hoge Raad in 1899 opgegeven, zie W. 7307.

115. Zie hierover uitgebreider, J.M. Houben, o.c., p. 35-36.

116. Zo kon in de gevallen van HR 17 december 1894, W. 6603 en Rb Leeuwarden 23 januari 1890, W. 5867, gezien de enge leer, niet met succes een beroep op art. 42 worden gedaan, maar had een beroep op art. 43 Sr wel kans van slagen gehad. Had in die tijd de ruime leer reeds gegolden, dan was het beroep op art. 42 Sr geen probleem geweest, en was het ambtelijk bevel "niet interessant meer".

Ook de ontwikkeling die de *overmacht* doormaakte, is van invloed geweest op de mate waarin het noodzakelijk is om art. 43 Sr toe te passen teneinde tot de gewenste oplossing te komen. Sinds het beroemde Opticiens-arrest¹¹⁷ heeft immers ook de juiste keuze in een conflict van plichten (noodtoestand), strafuitsluiting tot resultaat¹¹⁸. Deze verruiming brengt met zich mee, dat niet meer in alle gevallen een beroep op art. 43 Sr hoeft te worden gedaan, maar ook kan worden teruggevallen op art. 40 Sr, de *overmacht*. Het zal namelijk vaak zo zijn dat het bevel de bevolene in een conflict van plichten brengt. Aan de ene kant de plicht om het bevel op te volgen (vaak zelfs met de hete adem van het strafrecht in de nek) en aan de andere kant de plicht om de (straf)wet niet te overtreden. Een goede keuze in dit conflict levert noodtoestand op in de zin van art. 40 Sr. Hoewel art. 43 Sr voor dat deel als een soort specialis van *overmacht* gezien kan worden, en art. 43 Sr in de praktijk dus wordt toegepast, is opnemng van art. 43 in de wet, voor dat gebied minder noodzakelijk geworden.

Tot slot is, wat de consequenties die andere strafuitsluitingsgronden voor art. 43 Sr met zich meebrengen, het ontstaan van een buitenwettelijke schulduitsluitingsgrond, de AVAS (Afwezigheid Van Alle Schuld), van belang¹¹⁹. Wanneer de verdachte van een strafbaar feit verschoonbaar heeft gedwaald omtrent de feiten of het recht, of wanneer hij heeft verkeerdt in verontschuldgbare onmacht, of zich zorgvuldig heeft gedragen, dient hij niet te worden gestraft omdat hem van zijn gedrag geen (niet voldoende) verwijt valt te maken; bij hem is "alle" schuld afwezig.

Nu in 1886 in art. 43 lid 2 Sr een regeling is gecreëerd voor een specifieke dwaling - de dwaling namelijk ten aanzien van de bevoegdheid van de bevelgever om het bevel te geven - en nadien een algemene regeling van de dwaling buiten de wet is ontstaan, kan men zich met recht afvragen in hoeverre het tweede lid van art. 43 Sr nog een eigen plaats verdient, naast de AVAS. Wanneer men, met de indieners van de Novellen van mening is, dat art. 43 lid 2 ziet op verschóónbare dwaling, dan kan

117. HR 15 oktober 1923, NJ 1923, 1327.

118. Zie voor een schets van deze ontwikkeling, D. Hazewinkel-Suringa-Remmelink, o.c., p. 255-257.

119. Zie hieromtrent de dissertatie van W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld/afwezigheid van alle schuld*, diss. Groningen, Arnhem 1982.

dat tweede lid misschien gemist worden omdat de AVAS hierin (ook) voorziet. Meent men dat ten aanzien van het onbevoegd gegeven ambtelijk bevel ook "domme dwaling" disculpeert (en moet disculperen), dan behoudt het tweede lid zijn bestaansrecht.

Concluderend kan worden gesteld dat door de ontwikkelingen op het gebied van (sommige) andere strafuitsluitingsgronden art. 43 Sr minder wordt toegepast, danwel dat toepassing ervan minder noodzakelijk is geworden.

10.4. Wetgeving

Ook nieuwe wetgeving sinds 1886 heeft de rol van art. 43 Sr teruggedrongen. Dat is met name het geval wat betreft de regelgeving op het terrein van het tram- en treinvervoer en ten aanzien van oorlog, genocide en foltering.

Al in 1859 bepaalde de *Spoorwegwet* in art. 47 lid 3, dat de spoorwegbeambte of -bediende straffeloos is zodra zijn handeling het gevolg is van een door een bestuurder van de spoorweg gegeven last. Deze regeling was in die tijd wel begrijpelijk. Toen gold in Nederland immers de Code Pénal, die alleen in een aantal met name genoemde gevallen, aan het handelen op bevel strafuitsluitende werking toekende. In 1875 werd de *Spoorwegwet*-1859 door een nieuwe wet vervangen. Ook deze nieuwe wet geeft een bepaling omtrent het handelen op bevel. Art. 56 lid 2 bepaalt:

"Zij (de beampten en bedienden van den spoorweg¹²⁰, PHSvR) zijn niet strafbaar, zoo hunne weigering of overtreding een gevolg is van den last, door de bestuurders van de spoorwegdienst gegeven."

De Commissie De Wal had wel voorgesteld om deze¹²¹ regeling te laten vervallen, nu het Wetboek van Strafrecht een eigen, algemene regeling omtrent het handelen op bevel zou gaan bevatten¹²², maar dit voorstel werd niet overgenomen¹²³. Nu de *Spoorwegwet* van 1875 nog steeds van

120. Zie art. 56 lid 1.

121. Toen gold nog art. 47 lid 3.

122. Notulen deel IV, p. 235, 514-515.

123. Mogelijkerwijs omdat men "de beampten en bedienden van den spoorweg" niet als ambtenaren beschouwde (art. 43 Sr ziet immers alleen op *ambtelijke* bevelen).

kracht is, moet in "bevelssituaties" op dat terrein, art. 56 lid 2 van die wet worden toegepast. Art. 43 Sr vervult hier geen rol meer.

Naast de Spoorwegwet, kennen ook de Locaalspoor- en tramwegwet¹²⁴ (art. 5), de Wet aanleg locaalspoor- en tramwegen¹²⁵ (art. 4 lid 2) en de Wet betreffende de openbare middelen van vervoer, met uitzondering der spoorwegdiensten¹²⁶ (art. 12 lid 6) een met art. 56 lid 2 Spoorwegwet vergelijkbare regeling.

Opvallend aan deze bijzondere regelingen betreffende het handelen op bevel is, dat ze minder stringente voorwaarden voor strafuitsluiting stellen dan art. 43 Sr. Er wordt daar immers alleen bepaald dat de last van een bepaalde persoon afkomstig moet zijn; verdere eisen worden door de wetgever niet gesteld¹²⁷.

De tweede categorie wetgeving, die in verband met art. 43 Sr van belang is, wordt gevormd door de (ontwerp-)regelgeving op het gebied van de oorlog, de genocide en de foltering¹²⁸.

In zowel de Wet oorlogsstrafrecht (art. 10), de Uitvoeringswet Genocideverdrag (art. 3), als in het ontwerp-Uitvoeringswet Folteringsverdrag (art. 3), wordt een beroep op art. 43 Sr uitgesloten. Het bevel is immers per definitie onbevoegd gegeven (geen enkel gezag is namelijk bevoegd aan zijn ondergeschikten bevelen te geven tot het plegen van oorlogsmisdrijven, genocide of foltering) en de verdachte zal nooit te goeder trouw kunnen menen dat het bevel hem wel bevoegd werd gegeven¹²⁹. Op dit terrein kan art. 43 Sr dus geen toepassing meer vinden.

Tot slot verdient het wetsontwerp Wijziging Politiewet (w.o. 19535) vermelding. Art. 33a van dit ontwerp geeft een wettelijke basis aan geweldgebruik en veiligheidsfouillering door politieambtenaren. In de MvT wordt hierbij opgemerkt dat, wat het geweldgebruik betreft, de

124. Wet van 9 juli 1900, S. 118.

125. Wet van 15 december 1917, S. 703.

126. Wet van 28 april 1880, S. 67, gewijzigd bij wet van 1926, S. 321 (in 1981 ingetrokken, S. 671).

127. Dat was ook het bezwaar van de Commissie De Wal tegen handhaving van art. 47 lid 3 Spoorwegwet, zie noot 120.

128. De wetgeving ten aanzien van foltering bevindt zich nog in de "ontwerp-fase".

129. De uitsluiting van het beroep op art. 43 (en 42) Sr, is fel bekritiseerd. Zie met name, N. Keizer, *Oorlogsmisdrijven en het beroep op wettelijk voorschrift of ambtelijk bevel: Artikel 10, lid 1 van de Wet Oorlogsstrafrecht*, MRT 1980, p. 344-360 en Th.W. van den Bosch, o.c., p. 70.

politieambtenaar die na geweldgebruik wordt vervolgd (bijvoorbeeld terzake van mishandeling, art. 300 Sr) zich niet meer op art. 43 Sr, het ambtelijk bevel, moet beroepen maar op art. 42 Sr, het wettelijk voorschrift¹³⁰. Wordt dit wetsontwerp aangenomen, dan zal wat het geweldgebruik van politieambtenaren betreft art. 43 Sr vrijwel¹³¹ niet meer worden toegepast.

11. Slotsom

In het voorgaande is de ontwikkeling geschetst van de regeling van het handelen op bevel; een ontwikkeling van beginsel-verklaring (1809) tot een min of meer gedetailleerde wetgeving in het huidige Wetboek van Strafrecht (1886). Na 1886 stond het wetgevingsproces wat art. 43 Sr betreft weliswaar stil, maar ontwikkelingen elders in het strafrecht hebben wel consequenties met zich meegebracht voor de (noodzakelijke) toepassing van art. 43 Sr. Naar mijn mening is de invloed van die ontwikkelingen elders in het strafrecht op art. 43 Sr deels misschien niet vergaand genoeg geweest; maar voor een deel zijn ook vraagtekens bij de vergaande consequenties te plaatsen.

Wellicht is de invloed die het ontstaan en de verdere ontwikkeling van de AVAS op art. 43 Sr heeft gehad, niet vergaand genoeg geweest. Mijns inziens was er veel voor te zeggen geweest om het tweede lid te schrappen

130. Op dit moment wordt algemeen aangenomen dat de politieambtenaar bij geweldgebruik een beroep kan doen op art. 43 lid 1: het bevoegd (op grond van art. 28 Politiewet) gegeven ambtelijk bevel. De Bijstandsinstructie Gemeentepolitie (BG), de Instructie Korps Rijkspolitie (IKR) en de geweldsinstructies van de verschillende gemeentelijke korpsen, worden namelijk als zodanig opgevat. Vgl. onder meer, J.R. Eland, *De voorschriften inzake het vuurwapengebruik*, in: *Redenen van Wetenschap*, Arnhem 1985, p. 19-21; A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht*, diss. VU Amsterdam 1986, p. 560 en de toelichting bij de BG en IKR. Een beroep op art. 43 Sr ligt voor de hand nu art. 28 Politiewet enkel de bevoegdheid sec geeft, terwijl deze bevoegdheid "intern", binnen het politieapparaat zelf, nader wordt ingevuld, omlijnd. Wordt genoemd wetsontwerp aangenomen, dan ligt een beroep op art. 42 Sr, het wettelijk voorschrift, voor de hand omdat de wetgever nu zélf (bij AMvB, vgl art. 34 van het wetsontwerp) de bevoegdheid "inkleurt". Daarmee richt de wetgever zich rechtstreeks tot de politieambtenaar, in tegenstelling tot de huidige situatie, waarin de *ambts*instructie tussen de wetgever en de politieambtenaar instaat.

131. Een beroep op art. 43 Sr ligt nog wel voor de hand waar in concreto een (mondeling) bevel is gegeven om geweld te gebruiken.

pen, nu volgens mij art. 43 lid 2 Sr *verschoonbare* dwaling ten aanzien van de bevoegdheid van de bevelgever vereist¹³². Daar vanuitgaande zijn tal van argumenten aan te voeren voor schrapping van het tweede lid. Zo doet het systematisch gezien vreemd aan, dat alleen het ambtelijk bevel een dergelijke regeling kent, en niet ook art. 40 Sr (overmacht), art. 41 Sr (noodweer) en art. 42 Sr (wettelijk voorschrift). Er kan immers ten aanzien van deze strafuitsluitingsgronden evenzeer gedwaald worden.¹³³ Wat het ambtelijk bevel zélf betreft, is het merkwaardig dat de verdachte die dwaalt ten aanzien van de bevoegdheid, zich moet beroepen op art. 43 lid 2 Sr, maar dat hij die dwaalt ten aanzien van de inhoud of de ambtelijkheid van het bevel, of ten aanzien van zijn ondergeschiktheid zich op AVAS dient te beroepen.

Aangezien de AVAS het gehele terrein kan bestrijken, verdient het dus misschien de voorkeur om het tweede lid van art. 43 Sr te schrappen.

Ook de consequenties die de "vervoersregelingen" met zich mee hebben gebracht voor het toepassingsgebied van art. 43 Sr zijn uit een oogpunt van wetgevingssystematiek minder fraai. Nu een algemene regeling van het handelen op bevel in het Wetboek van Strafrecht is gecreëerd, zijn aparte bepalingen in bijzondere wetten overbodig, en zelfs minder gewenst. Zij wekken immers de indruk, dat in de daar genoemde situaties, andere voorwaarden voor strafuitsluitende werking van een gegeven bevel (moeten) worden gesteld. Aangezien dat niet het geval mag zijn - er is geen enkele reden om ten aanzien van de daar genoemde personen andere eisen te stellen - pleit ook hier veel voor schrapping van deze bijzondere bepalingen. In deze gevallen geniet mijns inziens de toepassing van art. 43 Sr de voorkeur.

Wat de "oorlogsregelingen" en het wetsontwerp Wijziging Politiewet betreft, moeten mijns inziens vraagtekens worden geplaatst bij de wenselijkheid van de invloed die deze regelingen hebben gehad (zullen hebben) op de toepasbaarheid van art. 43 Sr.

De Wet oorlogsstrafrecht, de Uitvoeringswet Genocideverdrag en het wetsontwerp Uitvoeringswet Folteringsverdrag, sluiten, zo zagen we, het beroep op art. 43 Sr uit. Uit het oogpunt van rechtszekerheid valt dat wel te verdedigen. Iedereen weet dan immers dat hij zich in zo'n situatie

132. In deze zin ook, N. Keijzer, o.c., p. 349-350.

133. Iemand dént bijvoorbeeld dat hij wordt aangevallen, en dat hij zich derhalve in een noodweer-situatie bevindt.

nooit op een hem gegeven bevel kan beroepen. Anderzijds lijken deze uitsluitingen toch minder goed doordacht. Verdient het niet de voorkeur om de beslissing omtrent strafuitsluiting aan de rechter over te laten? Mogelijk zijn er situaties waarin strafuitsluiting op grond van een ambtelijk bevel, toch de juiste beslissing is. Zeker als bedacht wordt dat het niet altijd duidelijk voor de bevolene hoeft te zijn of het opvolgen van het bevel bijvoorbeeld een oorlogsmisdrijf¹³⁴ of foltering oplevert. Systematisch gezien is het honoreren van het beroep op overmacht - een dergelijk beroep wordt niet uitgesloten - in die gevallen minder fraai en wellicht zelfs niet mogelijk: Wil het beroep op overmacht (noodtoestand) kans van slagen hebben, dan moet immers de bevolene zich bewust zijn geweest van de conflictsituatie en vervolgens de goede keuze hebben gemaakt. Blijkt achteraf dat toch een oorlogsmisdrijf of foltering is gepleegd, dan was het per definitie de verkeerde keuze, en wordt het beroep op overmacht verworpen. Een beroep op art. 43 lid 2 Sr had misschien wel kans van slagen gehad!¹³⁵

Men kan zich ook ten aanzien van het wetsontwerp Wijziging Politiewet afvragen of de indienders van het wetsontwerp de gevolgen van het niet meer toepassen van art. 43 Sr voldoende hebben doordacht. Het feit dat de politieambtenaar zich in de toekomst op art. 42 Sr (in plaats van art. 43 Sr) dient te beroepen is namelijk van invloed op het karakter van de (nieuwe) ambtsinstructie¹³⁶ (waarin is uitgewerkt in welke gevallen geweld mag worden gebruikt of mag worden gefouilleerd). Op dit moment wordt de ambtsinstructie gezien als ambtelijk bevel¹³⁷. Dat betekent dat die ambtsinstructie de grenzen aangeeft waarbinnen de politieambtenaar zich op art. 43 Sr kan beroepen. Wanneer de politieman zich op art. 42 Sr moet beroepen worden de grenzen niet meer door de ambtsinstructie aangegeven - deze "verwordt" tot een handvat voor de beoordeling van

134. Vgl. Th.W. van den Bosch, o.c., p. 70.

135. Anders dan Th.W. van den Bosch, *Huidig en toekomstig Militair Straf- en Tuchtrecht*, Zwolle 1981, p. 48, ben ik van mening dat de verdachte in deze gevallen ook geen beroep op verontschuldigbare dwaling (AVAS) toekomt. Zou dat wel het geval zijn, dan zou immers de uitsluiting van het beroep op art. 43 Sr illusoir zijn, omdat het in art. 43 Sr nu juist gaat om strafuitsluiting in verband met verontschuldigbare dwaling (ten aanzien van de bevoegdheid van de bevelgever).

136. En de nadere regelgeving door beheerder en gezagdragers, waarop de MvT wijst, zie Bijl. Hand. II, 19535, nr. 3, p. 4 en 11.

137. Zie noot 130.

concrete situaties - maar door art. 33a, de wettelijke basis voor geweldgebruik en veiligheidsfouillering, en de AMvB waarin art. 33a wordt "uitgewerkt"¹³⁸. Het is de vraag of dit gewenste consequenties zijn van de nieuwe regeling; heeft men hierbij stilgestaan?

Art. 43 Sr mag dan een buitenbeentje in ons strafrecht zijn¹³⁹, het verdient meer aandacht dan het soms krijgt; de toepassing moet niet té gering worden!

P.H.S. van Rest

138. Zie omtrent deze materie, P.H.S. van Rest, *Geweldgebruik in de politiewet*, Algemeen Politieblad 1987, p. 113.

139. Vgl. Th.W. van Veen, *Het stelsel der excepties*, in: *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem 1986, p. 352.