

Artikel 262 Sr: laster

8.1 Inleiding

Artikel 262 Sr verbiedt laster. Dit delict kan met recht een rustig bezit worden genoemd. Het aantal vervolgingen wegens laster is, blijkens de cijfers, zeer gering.¹ Het gevolg van het feit dat laster in de rechtspraak weinig voorkomt is dat jurisprudentie daarover nauwelijks voorhanden is. Nadere begripsafbakening en bespreking van de bestanddelen van laster vult derhalve een lacune.²

Art. 262 Sr is een gekwalificeerde vorm van smaad. De kwalificerende omstandigheid is gelegen in het feit dat de smaad of het smaadschrift - de telastelegging van een bepaald feit met het kennelijke doel van ruchtbaarheid - is gepleegd, *wetende dat het telastegelegde feit in strijd met de waarheid is*.

De kwalificerende omstandigheid van art. 262 Sr geldt niet voor de eenvoudige belediging (art. 266 Sr). Dit is begrijpelijk. Als een opzettelijke eenvoudige belediging uit niet meer bestaat dan een scheldwoord, laat de vraag of die uitlating al dan niet in strijd met de waarheid is gedaan, zich moeilijk beantwoorden. Een scheldwoord heeft veelal het karakter van een waardeoordeel en is daarom niet waar of onwaar. Slechts feiten zijn (on)waar. Anders is het wanneer aan iemand een feit wordt telastegelegd, zonder dat er sprake is van een bepaald feit. Het van iemand zeggen dat deze een kleptomane is, is niet het telasteleggen van een bepaald feit. Er is dan geen smaad. De bewering levert wel - indien aan de overige eisen is voldaan - eenvoudige belediging op. Deze minder concrete beweringen kunnen zeer wel door de verdachte zijn gedaan, wetende dat die bewering in strijd met de waarheid is. Dat in een dergelijk geval de wet geen mogelijkheid geeft om, zoals bij de gekwalificeerde smaad, de straf te verzwaren, valt echter wel te begrijpen. Hoewel de dader weet dat zijn vage beschuldiging strijdt met de waarheid, heeft een dergelijke uitlating toch voor het slachtoffer een minder bedreigend karakter, daar zij immers geen concrete beschuldiging bevat. Zij is daardoor minder gevaarzettend van aard dan wanneer een bepaald onwaar feit wordt rondgestrooid.

De maximum op te leggen straf bedraagt bij laster ten hoogste twee jaar vrijheidsstraf of een geldboete van maximaal 25.000 gulden. Voorts kent de bepaling, blijkens het tweede lid, de mogelijkheid om een bijkomende straf op te leggen: de ontzetting uit het recht tot het bekleden van een ambt of van bepaalde ambten én ontzetting uit het recht om bij de gewapende macht te dienen.³

- 1 Het losbladig commentaar van Noyon-Langemeijer-Remmelink (o.c., aantek. 9 op Titel XVI Sr) leert ons dat er vanaf 1978 tot en met 1981 slechts zeven veroordelingen waren voor de - niet uitgesplitste - artt. 262, 268 en 271 Sr; het aantal septs voor genoemde delicten bedroeg echter 62.
- 2 Dat geldt ook voor de andere weinig voorkomende delicten van artt. 268 en 270 Sr.
- 3 Tot 1978 was als bijkomende straf bij art. 262 Sr ook genoemd de ontzetting uit het actieve en passieve kiesrecht. Na kritiek uit de Tweede Kamer op deze bijkomende straf werd bij Nota van wijziging door de regering voorgesteld om die bijkomende straf te schrappen; een amendement van H. Roethof werd toen door de indier ingetrokken (vgl. Tweede Kamer 1977-78, 11 249, Tweede Nota van wijzigingen, nr. 26). Opmerkelijk

In paragraaf 8.3 geef ik de betekenis van het bestanddeel feit in art. 262 Sr. In paragraaf 8.4 komt het subjectieve bestanddeel wetende dat (het telastegelegde feit met de waarheid strijdt) aan de orde. De verhouding tussen smaad en laster in verband met de klacht en het opportuniteitsbeginsel wordt in paragraaf 8.5 besproken. In paragraaf 8.6 stel ik art. 265 Sr, de regeling van de bewijskracht van het rechterlijk gewijsde in verband met laster, ter discussie. Voorafgaand aan deze onderwerpen geef ik in paragraaf 8.2 een beknopte wets- en rechtshistorische schets van het delict laster.

8.2 Beknopte wets- en rechtshistorische schets

De strafbaarstelling van laster zoals die in 1881 was geformuleerd, eiste dat de verdachte van smaad de waarheid van het telastegelegde feit niet kon leveren. Bovendien moest de telastelegging tegen beter weten in zijn geschied.

Na de wetswijziging van 1978 verviel de eerstgenoemde eis. Wat bleef was de eis van de bewuste leugen: de pleger van smaad werd ook in de nieuwe regeling wegens laster vervolgd en gestraft, indien hij wist dat het telastegelegde bepaalde feit met de waarheid streed.

In de oude regeling was zelfstandige vervolging van laster uitgesloten. Veroordeling wegens laster was afhankelijk van de processuele houding van de van smaad verdachte ter zitting.⁴ Deze koppeling werd door de wetgever van 1978 niet wenselijk geacht. Vandaar dat de oude waarheidsregeling voor een groot deel uit het WvSr werd geschrapt (vgl. de artt. 263 en 264 (oud) Sr).

De waarheidsregeling werd overigens ook strijdig geacht met de accusatoire procesvorm, waarin de verdachte geen lijdend voorwerp van onderzoek is. De artt. 263 en 264 (oud) Sv beperkten volgens de regering *'de vrijheid van verdediging bij vervolging wegens smaad of smaadschrift'*.⁵

De Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer had weinig moeite met het voorstel om de destijds geldende waarheidsregeling te schrappen en art. 262 Sr te wijzigen. Zij achtte het door de regering aangevoerde aspect van de strijdigheid met het accusatoire karakter van het strafproces overtuigend. Bovendien overwoog de Commissie dat het *'toelaten van het bewijs van de waarheid voor de in zijn eer en goede naam aangetaste persoon in vele gevallen een extra toevoeging van leed [kan] betekenen en daarom, zonder duidelijke rechtvaardiging vermeden [dient] te worden'*. Over de voorgestelde opzet concludeerde de Commissie dat *'de vervolgingsmogelijkheid van kennelijk lasterlijke aantijgingen voldoende gewaarborgd'* was.⁶ De voorgestelde redactie werd door beide Kamers nagenoeg onweersproken aanvaard.

is dat de bijkomende straf van ontzetting van het recht om bij de gewapende macht te dienen, bij de behandeling van de wetswijziging weinig aandacht heeft gekregen. In art. 113 Sr en in art. 137e Sr werd deze bijkomende straf niet genoemd; wel die van ontzetting uit het recht om een beroep uit te oefenen, mits de feiten in dat kader zijn begaan.

4 Ik roep in herinnering dat art. 263 (oud) Sr het bewijs van de waarheid in een aantal gevallen toeliet, namelijk indien de rechter dit noodzakelijk oordeelde ter beoordeling van een beroep van de verdachte op het derde lid van art. 261 Sr en indien het slachtoffer een ambtenaar in functie was. Buiten deze gevallen was het waarheidsbewijs niet toegelaten en veroordeling wegens laster uitgesloten; zie hoofdstuk 6.

5 Tweede Kamer 1970-71, 11 249, MvT, nr. 3, p. 6-7.

6 Tweede Kamer 1971-72, 11 249, VV, nr. 5, p. 2-3.

8.3 Het feit dat met de waarheid strijdt

Laster is een gekwalificeerde vorm van smaad: het opzettelijk iemand beledigen door met het kennelijke doel van ruchtbaarheid een bepaald feit te laste te leggen, *terwijl de lasteraar weet dat dat feit in strijd met de waarheid is*. Het gecursiveerde deel van de voorgaande zin is het kwalificerende bestanddeel dat laster kenmerkt. De betekenis van het feitsbegrip in art. 262 Sr is gelijk aan die van het begrip in art. 261 Sr: ook laster vereist het iemand telasteleggen van een concreet eeraanrandend feit, te weten een concreet strafbaar feit.

Een vraag die bij een delict als laster van belang is, is die naar de interpretatie van het begrip telastegelegde feit. Eist art. 262 Sr de telastelegging van een onwaar feit, dat dus niet heeft plaatsgevonden? Of is van een feit in art. 262 Sr ook sprake indien de telastegelegde gebeurtenis op zichzelf heeft plaatsgevonden, maar indien de koppeling ervan aan het slachtoffer van laster opzettelijk onwaar is. Anders geformuleerd: eist strafbaarheid wegens laster het telasteleggen van een feit dat niet heeft plaatsgevonden of ziet het feitsbegrip van art. 262 Sr ook op een (mogelijk) gepleegd feit dat door de lasteraar ten onrechte in verband met zijn slachtoffer wordt gebracht.

De wetgever heeft bij de totstandkoming van de lasterbepaling in het WvSr geen woord vuil gemaakt aan dit vraagpunt. Uit de wetshistorie is derhalve geen antwoord op deze vraag af te leiden. Ik meen dat het feitsbegrip van art. 262 Sr niet al te restrictief behoeft te worden uitgelegd. Ook degene die een weliswaar daadwerkelijk plaatsgevonden hebbende gebeurtenis in de openbaarheid brengt, terwijl hij weet dat zijn slachtoffer part noch deel aan die gebeurtenis heeft, maakt zich aan laster schuldig.

De strafbare gedraging van art. 261 Sr, waar art. 262 Sr naar verwijst, is immers niet het zonder meer debiteren van bepaalde gebeurtenissen of gedragingen. Strafbaar is het *iemand's* eer of goede naam aanranden *door* het telasteleggen van een bepaald *feit*. De beweerde gebeurtenis of gedraging wordt gekoppeld aan degene tegen wie het misdrijf van smaad wordt gepleegd. Het feit, met andere woorden, is de beweerde gebeurtenis door iemand veroorzaakt. Strekking noch tekst van art. 262 Sr sluiten een dergelijke lezing van het bestanddeel feit uit.⁷

8.4 Wetende dat (het telastegelegde feit strijdt met de waarheid)

8.4.1 Inleiding

Laster kenmerkt zich door het beschuldigen van iemand, '*wetende dat* het te laste gelegde feit in strijd met de waarheid is' In deze paragraaf bespreek ik dit voor laster typische opzetvereiste dat in de rechtspraak nauwelijks aan de orde is gekomen. Nadat in paragraaf 8.4.2 een overzicht is gegeven van de opvattingen hierover van de wetgever en van sommige schrijvers, geef ik in paragraaf 8.4.3 mijn eigen opvatting over de betekenis van het subjectieve vereiste van laster.

7 Ook het oude art. 264 Sr en het huidige art. 265 Sr, die beide zagen en zien op het bewijs van de onwaarheid en de daaraan mogelijk gekoppelde gevolgen voor de lasteraar (zie hoofdstuk 4.2.3.1 e.v. en dit hoofdstuk, paragraaf 8.4.2 e.v.), sluiten een extensievere interpretatie van het 'feitsbegrip' van art. 262 Sr niet uit.

8.4.2 Rechtshistorie van 'wetende dat'

8.4.2.1 Inleiding

De uitleg van de opzetvorm 'wetende dat' is niet eenduidig. Grammaticaal betekent deze opzetvariant een *zeker* weten dat. Deze uitleg kan tot moeilijkheden bij de bewijslevering leiden. Het is dan ook de vraag of een (vorm van) voorwaardelijk opzet onder 'weten dat' kan worden begrepen.⁸

Eerst bespreek ik beknopt de betekenissen die aan dat bestanddeel in het algemeen worden gegeven.

8.4.2.2 'Wetende dat': algemeen

Over de uitleg van het subjectieve bestanddeel 'wetende dat' als opzetvorm, heerst, zoals aangestipt, geen overeenstemming. Discussiepunt is of de betekenis van 'weten dat' samenvalt met de betekenis van opzettelijk, waaronder ook het voorwaardelijk opzet is begrepen.

Dit verschil van mening over de inhoud van het bestanddeel heerste niet bij de wetgever. De regering stelde tijdens de parlementaire behandeling van het leerstuk opzet:

'Indien opzet zoowel "willen" als "weten" omvat, dan is er geen de minste bedenking om zich in de omschrijving te bedienen van uitdrukkingen als 'wetende dat', 'kennis dragende van', 'des bewust' enz. Ja meer, dergelijke uitdrukkingen zijn de meest natuurlijke, wanneer men te doen heeft met handelingen die op zich zelve per se opzettelijk zijn en waar dus die uitdrukking van het opzet tot die bekendheid met sommige omstandigheden bepaald is'.

Eerder gaf de regering in antwoord op Kamervragen aan dat beantwoording van de vraag of *'"zekerheid" noodig is, dan wel gemis aan zekerheid van het tegendeel voldoende is'* afhankelijk is van *'den aard van het concrete misdrijf'*. De regering vervolgde:

'Daar zijn misdrijven waarbij tusschen voorwaardelijk opzet en onvoorwaardelijk opzet geen onderscheid hoegenaamd te pas komt; de houder van een publiek huis bijv., verplicht om den naar den leeftijd der bij hem inwonende vrouwen onderzoek te doen, kan zich niet verdedigen door de bewering dat hij den juisten leeftijd niet met zekerheid kende; door het niet-informeren blijkt de dolus'.⁹

Op grammaticale gronden is echter te verdedigen dat 'wetende dat' niet elke opzetvorm bestrijkt, maar alleen een 'zeker weten dat'. Rammelink meent dat de term een *'redelijke mate van zekerheidsbewustzijn, zelfs (...) een grote mate van waarschijnlijkheid'* eist. De 'Wortlautgrenze' zou

8 Zie Van Bemmelen/Van Veen, *Ons strafrecht*, deel I, o.c., p. 91-92.

9 Smidt I, o.c., p. 82-83; de Commissie van Rapporteurs kon zich met dit antwoord verenigen; zij stelde dat *'eene definitie van opzet niet volstrekt noodig is'*. De Commissie waarschuwde wel tegen het gebruik van alternatieve termen voor opzettelijk in delictomschrijvingen: *'zij meent dat men ook uiterst voorzichtig moet zijn om een ander woord dan opzettelijk te gebruiken. Het bezigen van andere uitdrukkingen, waar de taal haar niet volstrekt eischt, zou de moeilijkheid van interpretatie, ook door tegenstelling tegenover het woord opzettelijk in andere artikelen, noodeloos vermeederen'*.

een ruimere interpretatie van 'wetende dat' tegenhouden.¹⁰ Een gevolg van deze interpretatie zou zijn dat het bestanddeel 'wetende dat' in art. 262 Sr geen voorwaardelijk opzet omvat. Uit HR 19-10-1965, NJ 66 270, waarin het delict van art. 174 Sr centraal stond, zou afgeleid kunnen worden dat de Hoge Raad aan een dergelijke strikte uitleg de hand houdt. In deze zaak werd een slager veroordeeld wegens overtreding van art. 174 Sr. Het Hof had aangenomen dat de verkoper wist dat zijn vlees schadelijk voor de gezondheid was met een overweging die neerkwam op de aanname van een voorwaardelijk opzet. Het cassatiemiddel dat in die zaak werd aangevoerd, namelijk dat 'weten dat' geen voorwaardelijk opzet zou inhouden en dat de slager daarom ten onrechte veroordeeld was, werd door de Hoge Raad verworpen met de overweging dat art. 174 Sr verbiedt waren te verkopen (etc.) terwijl de verkoper weet dat zij schadelijk voor het leven of de gezondheid kunnen zijn. De Hoge Raad had het middel van cassatie 'simpel' kunnen verwerpen door te overwegen dat het bestanddeel 'wetende dat' in art. 174 Sr voorwaardelijk opzet omvat. Die opvatting wilde ons hoogste rechtscollege 'kennelijk niet voor zijn rekening nemen'.¹¹

Het standpunt dat het weten alle vormen van opzettelijk handelen bestrijkt, werd verdedigd door A.-G. Fokkens. In zijn conclusie bij HR 19-1-1993, NJ 93 491, m.n. Th.W. van Veen, neemt hij op grond van de hierboven geciteerde wetsgeschiedenis aan dat er geen *'wezenlijk verschil bestaat tussen de wettelijke termen "wetende dat" en "opzettelijk"*. En zijns inziens vloeit hieruit voort dat het voorwaardelijk opzet, dat Fokkens beschrijft als *'bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden'*, mede door het 'weten' wordt bestreken. 'Opzettelijk' en 'wetende dat' zijn in deze optiek qua inhoud inwisselbaar.¹²

Anderen nemen aan dat de betekenis van het weten als opzetvorm per delict verschilt. Soms is 'wetende dat' slechts een strikt weten, dan weer strekt het zich uit tot voorwaardelijk opzet. Soms is de wetsgeschiedenis van het betreffende delict bepalend voor de uitleg van 'wetende dat', dan weer de wetssystematiek.¹³ Op grond van de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie concludeert Brouns bijvoorbeeld dat *'de wetgever geen betekenisverschil heeft toegekend aan het woord opzettelijk en de uitdrukkingen voor wetenschap'* en dat *'"opzettelijk" en uitdrukkingen voor weten inderdaad tegen elkaar uitwisselbaar [schijnen] te zijn'*. Volgens Brouns geeft *'de uitdrukking van wetenschap een nadere specificatie van het opzet aan wat betreft de te weten omstandigheid'*, zoals dat tevens bij het bijkomend oogmerk het geval is. *'De vraag of wetenschap en voorwaardelijk opzet verenigbaar zijn, is daarom geen andere dan de vraag of dat opzet ook onder het woord opzettelijk gebracht kan worden'*. Brouns meent dat de Hoge Raad eveneens de voorkeur geeft aan een delictsgebonden uitleg van subjectieve bestanddelen.¹⁴

Met Brouns ben ik van mening dat de uitleg van een bepaalde opzetvorm afhankelijk is van het delict waarvan zij deel uitmaakt. Bij een louter grammaticale interpretatie van het in een delict omschreven opzet bestaat het gevaar dat er teveel van het concrete geval wordt geabstraheerd. Een algemene uitleg miskent dat het opzet altijd in verband met een concrete

10 Hazewinkel-Suringa/Rommelink, o.c., p. 195.

11 Vgl. Van Bemmelen/Van Veen, deel I, o.c., p. 92.

12 Gewezen kan worden op art. 188 Sr (het doen van een klacht of aangifte dat een strafbaar feit is gepleegd, *wetende dat* het niet is gepleegd); uit redactionele overwegingen besloot de Tweede Kamer het oorspronkelijk voorgestelde *'hij die opzettelijk van een niet gepleegd strafbaar feit aangifte of klacht doet ...'*, te doen wijzigen in de huidige bepaling; vgl. HR 12-3-1963, NJ 63 306; HR 10-2-1986, DD 87.304.

13 Brouns, o.c., p. 228-230; vgl. hierover ook De Hullu, Wetenschap en voorwaardelijk opzet ..., o.c., p. 491.

14 Brouns, o.c., p. 230-231.

verboden gedraging staat. Bepalend voor de uitleg van de in een strafbaarstelling gebezigde opzetvorm is, naast de context van dat delict, de systematiek van de regeling waarvan het delict deel uitmaakt. Ook de wetshistorie kan de betekenis van de gebezigde opzetvorm mede bepalen. Dat betekent naar mijn mening dat in het geval van de opzetvorm 'wetende dat' een voorwaardelijk opzet in beginsel zou kunnen volstaan.¹⁵ Een uitleg van 'wetende dat' die alleen striktere opzetvormen dan het voorwaardelijk opzet toelaat lijkt mij echter ook niet uitgesloten.¹⁶

Voor een ruime interpretatie van 'wetende dat' werd gekozen in het eerder genoemde HR 19-1-1993, NJ 93 491, m.n. Th.W. van Veen. In deze zaak stond de vraag centraal of in het geval van opzetheling (art. 416 lid 1 sub a° Sr) het bestanddeel 'wetende dat (een goed dat van misdrijf afkomstig is)', slechts op strikte opzetvormen ziet danwel de voorwaardelijke opzetvorm insluit. Op grond van zowel de wetsgeschiedenis als de wetssystematiek kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat het 'weten dat' in de zin van art. 416 lid 1 sub a° Sr de '*bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans dat een goed door misdrijf is verkregen*' mede omvat. De Hoge Raad overwoog hierbij dat blijkens de MvT op het wetsvoorstel dat de wijziging van de helingsbepalingen beoogde, door de regering '*aanscherping van de helingsbepalingen*' werd gewenst. Niet te rijmen hiermee zou zijn geweest de opzeteis van art. 416 Sr te verzwaren door een strikte lezing van 'wetende dat'. Daar kan aan worden toegevoegd dat de wetssystematiek van de helingsbepalingen pleit tegen een strikte lezing. Tussen de schuldheiling (art. 417bis Sr) en de opzetheling van de artt. 416 lid 1 Sr zou dan immers een gat ontstaan. De dader die slechts het risico loopt dat het goed door misdrijf is verkregen, zou daarin vallen en daarmee de dans ontspringen.¹⁷

8.4.2.3 'Wetende dat' en laster

Zoals betoogd is bij de uitleg van 'wetende dat' de eigen context van het delict en zijn geschiedenis van belang. Om de vraag naar de betekenis van het bestanddeel 'wetende dat de telastelegging met de waarheid strijdt' in de zin van art. 262 Sr te beantwoorden is het derhalve zaak om de wetsgeschiedenis van dat bijzondere bestanddeel en de plaats van laster ten opzichte van smaad nader te bezien.

De tot 1978 geldende bepaling van laster luidde, voorzover hier van belang:

'Hij die het misdrijf van smaad (...) pleegt ingeval het bewijs der waarheid van het te laste gelegde feit is toegelaten, wordt, indien hij dit bewijs niet levert en de telastlegging tegen beter weten is geschied ...'.

De Raad van State bekritiseerde de regering omdat zij er volgens de Raad niet in was geslaagd de '*weifelende terminologie*' van de Code Pénal ten aanzien van het opzet te vermijden, '*immers de in meerdere artikelen voorkomende uitdrukkingen van (...) "tegen beter weten aan" als even zoovele surrogaten voor het woord "opzettelijk" schenen dit aan te toonen*'.

In het Rapport aan de Koning merkte de regering op dat de uitdrukking tegen beter weten (aan iemand iets telasteleggen), die in (het latere) art. 262 Sr voorkwam, '*ter nadere aanduiding*

15 Mogelijk in deze richting tendeert HR 15-4-1986, NJ 86 709.

16 Vgl. bijvoorbeeld HR 2-7-1990, NJ 91 110.

17 Zie over deze uitspraak: De Hullu, Wetenschap en voorwaardelijk opzet ..., o.c., p. 491.

van het zeer eigenaardig opzet, dat onverminderd het oogmerk om te beledigen, aan alle strafbare belediging gemeen, tot het wezen van laster vereischt wordt'.¹⁸ Wat dat 'zeer eigenaardige opzet' betekende, werd niet duidelijk gemaakt. Vermoedelijk duidde het op de specifiek voor laster gestelde eis dat de dader, behalve het 'oogmerk' om te beledigen¹⁹ ook een zekere bewustheid van de onwaarheid moest hebben.

Deze betekenis van het 'eigenaardige opzet' bij laster is des te aannemelijker wanneer de opmerkingen van de regering over laster daarbij betrokken worden. Zij merkte over laster op dat de 'logen' daarvoor kenmerkend was. Dit betekende dat bij laster *onbewustheid* ten aanzien van de onwaarheid uitgesloten werd: *'hij die de waarheid (...) meent te spreken, lastert niet'*, aldus minister Modderman.²⁰ Argeloosheid ten aanzien van de onwaarheid leverde dus geen laster op. 'Logen' veronderstelt immers ten minste een (mate van) bewustzijn van het onware karakter van het telastegelegde bepaalde feit. Of daarmee ook het voorwaardelijk opzet op de onwaarheid uitgesloten werd, was niet duidelijk. Over de mate van bewustzijn werd immers niets gezegd. Deze opzetschakering stond echter bij de totstandkoming van het WvSr ter discussie en werd niet onmiddellijk aanvaard.²¹

De wijziging van laster bij de wetwijziging van 1978 was niet het gevolg van een gewijzigde opvatting over het subjectieve vereiste van laster. De regering stelde bij de parlementaire behandeling van het wijzigingsvoorstel dat bij het onderhavige subjectieve bestanddeel gedacht werd aan verdachten die zich bewust zijn van de onwaarheid van hun uitlating. Later gaf de regering aan dat er sprake moest zijn van *'evidente valsheid'* van de bewering.²² Hiermee werd de suggestie van de Commissie Langemeijer om een *'grof lichtvaardig'* geuite beschuldiging onder laster te laten vallen, niet overgenomen.²³ Een dergelijke uitlating werd door de regering als smaad beschouwd.

Voorts kan gewezen worden op de ratio van de strafverzwaring, zoals die in een eerder stadium van de parlementaire behandeling door de regering onweersproken werd weergegeven:

'GevalLEN waarin een valse beschuldiging tegen beter weten in is gelanceerd, verdienen een veel scherpere afkeuring dan die waarin de dader te lichtvaardig is uitgegaan van de juistheid der door hem gestelde feiten, of waarin alleen de openbaarmaking van de - wel gegronde - beschuldiging niet gerechtvaardigd [is]'.²⁴

18 Smidt I, o.c., p. 78-79; hierbij zij vermeld dat in het O.R.O. het *oogmerk* om te beledigen werd vereist.

19 De discussie die in de Kamers werd gevoerd over het vereiste opzet van art. 261 Sr, resulteerde in de eis van *opzettelijke* eeraanranding. De Kamer wilde, zoals eerder betoogd, van een oogmerk om te beledigen niet weten.

20 Smidt II, o.c., p. 387; p. 397.

21 Vgl. Brouns, o.c., p. 201 e.v. Een voorbeeld uit de schaarse jurisprudentie over art. 262 (oud) Sr: Hof Arnhem 12-3-1908, W. 8803; zie voorts: Gericke, o.c., p. 56; Simons, diss., o.c., p. 195; Noyon, o.c., aantek. 2 op art. 262 Sr; Van Bemmelen/Van Hattum, o.c., p. 495.

22 Tweede Kamer, 1975-76, 11 249, MvA, nr. 6-8, p. 13.

23 Commissie Langemeijer, o.c., p. 15. De term *grof lichtvaardig* is in de context van strafbare belediging een ietwat ongelukkige term. Zij ziet meer op een vorm van culpa dan op een opzetschakering. Culpose belediging - voor zover al geen contradictie - is niet strafbaar; de Commissie Langemeijer had overigens ook niet bedoeld om culpose belediging strafbaar te stellen. De term zag (dan ook) op de houding ten opzichte van de onwaarheid.

24 Tweede Kamer 1970-71, 11 249, MvT, nr. 3, p. 6.

Van het schrappen van het onderscheid tussen smaad en laster wilde de regering niet weten:

'Zou men het begrip laster uit het wetboek willen schrappen en aan de rechter willen overlaten om de ernst van de aangedane smaad, indien die een lasterlijk karakter heeft, in de strafmaat tot uitdrukking te willen brengen, dan ontkomt men er moeilijk aan het thans op smaad bedreigde strafmaximum te verhogen en dat is minder wenselijk'.²⁵

De wetgever van 1978 zag, zo luidt de conclusie, nog steeds grond voor een wettelijk onderscheid tussen laster en smaad. Dit onderscheid werd gebaseerd op de houding van de dader tegenover de waarheid van de telastelegging.

Welke graad van wetenschap is vereist ten aanzien van de onwaarheid van het telastegelegde bepaalde feit? Heeft de wetgever van 1978 een andere inhoud aan het 'wetende dat' willen geven dan de wetgever van 1881? Niet aannemelijk is dat zulks het geval is. De MvT op het nieuwe art. 262 Sr onderscheidde immers de valse beschuldiging tegen beter weten in van de lichtvaardigheid ten aanzien van de onjuistheid van de gedane uitlating. En dat betekent dat in deze visie degene die onverschillig ten aanzien van de onwaarheid van zijn uitlating staat, niet lastert. Het is dan ook de vraag of de wetgever van 1978, gelet op de hiervoor weergegeven overwegingen over de subjectieve eis van art. 262 Sr, onder 'wetende dat' de opzetschakering van het voorwaardelijk opzet begrepen achtte.

8.4.3 Eigen opvatting

Enerzijds geven de parlementaire geschiedenis van het 'wetende dat' als algemene opzetvariant, alsmede argumenten van taalkundige aard, aanleiding om aan te nemen dat het bestanddeel 'wetende dat' (de uitlating in strijd met de waarheid is)' in het huidige art. 262 Sr gelezen moet worden als een opzettelijk in strijd met de waarheid doen van de beschuldiging. Qua betekenis is er geen verschil. Brouns stelt (dan ook) terecht dat opzettelijk en 'wetende dat' in veel delicten tegen elkaar uitwisselbaar *schijnen*.²⁶ Anderzijds geeft de specifieke parlementaire geschiedenis van de subjectieve vereisten van art. 262 Sr weer aanleiding om het opzetvereiste strikter te interpreteren dan elke opzettelijke strijdigheid met de waarheid.

Het lijkt mij toe dat, in de context van het delict laster, terecht van een *schijn* van uitwisselbaarheid van beide opzetvormen wordt gesproken. De (recente) parlementaire behandeling van art. 262 Sr geeft immers argumenten om het bestanddeel 'wetende dat' in art. 262 Sr niet zodanig ruim uit te leggen dat het voorwaardelijke opzet daardoor ook wordt bestreken. De dader die iemand beschuldigt van een feit, terwijl de onwaarheid van dat feit evident is,²⁷ pleegt laster. Van de dader die niet meer dan bewust de kwade kans loopt dat zijn bewering met de waarheid strijdt maar die niet welbewust de onwaarheid spreekt, kan niet gezegd worden dat hij aan iemand een feit telastelegt waarvan hij weet dat het met de waarheid strijdt. Dat geldt evenmin voor de dader die over iemand een uitlating doet, waarvan de onwaarheid pas achteraf komt vast te staan.

25 Tweede Kamer 1975-76, 11 249, MvA, nr. 6, p. 13.

26 Brouns, o.c., p. 230.

27 Evident betekent volgens Van Dale's Nederlands Woordenboek 'zonneklaar', 'in het oog springend', 'geen bewijs behoevend'.

Het helingsarrest (HR 19-1-1993, NJ 93 491, m.n. Th.W. van Veen) dwingt naar mijn mening ook niet tot een zodanig ruime uitleg van 'wetende dat' in laster dat daar het voorwaardelijk opzet onder begrepen kan worden. Een situatie waarbij mogelijkwijze een gat zou ontstaan tussen de opzetheling (als het 'weten dat' in art. 416 lid 1 sub a° Sr strikt uitgelegd zou worden) en de schuldheiling, zodat voorwaardelijk opzet op de wederrechtelijke verkrijging van het goed niet strafbaar zou zijn, doet zich bij smaad en laster niet voor. De materieelrechtelijke verhouding tussen opzetheling en schuldheiling heeft wat de subjectieve vereisten betreft een ander karakter dan die tussen smaad en laster. Het verschil tussen opzetheling en schuldheiling is uiteindelijk een verschil in gradaties tussen de in beide helingsvarianten voorkomende subjectieve bestanddelen. Een dergelijk verschil doet zich tussen smaad en laster niet voor. Voor strafbaarheid op grond van smaad is de (on)waarheid van de beschuldiging in beginsel irrelevant.²⁸ De bewuste onwaarheid van de betichting geeft aan laster zijn eigen kenmerk.

Zoals betoogd, bieden zowel de (recente) wetsgeschiedenis van art. 262 Sr als wetssystematische overwegingen gronden om voorwaardelijk opzet in het geval van art. 262 Sr niet voldoende te achten. Laster eist dat de dader ten tijde van het doen van de uitlating welbewust de onwaarheid moet hebben gesproken.

Iets anders is de vraag naar de vereiste graad van 'zeker weten' in art. 262 Sr. Impliceert de bewustheid alleen een volledige zekerheid ten aanzien van de onwaarheid van de bewering? Of is bewustheid van de waarschijnlijkheid van de onwaarheid al voldoende?

Het lijkt mij toe dat de dader die zich bewust is van de waarschijnlijkheid dat zijn bewering in strijd met de waarheid is, dat 'weet'. De waarschijnlijkheid van de onwaarheid veronderstelt toch een bepaald inzicht in het onwaarheidsgehalte van een telastelegging. Het is een vorm van opzet die verder gaat dan het '*lichtvaardig uitgaan van de juistheid*'²⁹ van de telastelegging. Dit laatste impliceert niet meer dan de mogelijkheid van onjuistheid. En dat heeft de wetgever van 1978 - waarschijnlijk - van laster uit willen sluiten. Art. 262 Sr eist niet een 'zeker weten'; opzet in de vorm van waarschijnlijkheidsbewustzijn op de onwaarheid volstaat. Van de dader die de kwade kans op de koop toe neemt dat de bewering onwaar is en haar desondanks niet nalaat, kan mijns inziens niet worden gezegd dat hij met deze opzetschakering handelt. Hij pleegt dan ook slechts smaad.

8.5 De verhouding tussen smaad en laster in verband met de klacht en het opportuniteitsbeginsel

Laster, dat in beginsel een klachtdelict is, is te beschouwen als een gekwalificeerde specialis van smaad. Zoals gezegd is de maximum op te leggen straf hoger dan bij smaad; voorts bevat het delict, naast alle bestanddelen van art. 261 Sr, een extra bestanddeel, namelijk het 'weten dat het telastegelegde feit in strijd met de waarheid' is.³⁰

28 De waarheid krijgt pas relevantie als de dader zich beroept op art. 261 lid 3 Sr: hij heeft te goeder trouw aangenomen dat zijn bewering waar is. Een succesvol beroep op het derde lid eist bovendien dat het algemeen belang de telastelegging noodzakelijk maakt.

29 Tweede Kamer 1970-71, 11 249, MvT, nr. 3, p. 6.

30 Vgl. De Jong, De macht ..., o.c., p. 115.

In het algemeen brengt het opportuniteitsbeginsel met zich mee dat in beginsel voor de lichtere generalis vervolgd mag worden, ook als in werkelijkheid sprake is van de specialis. Een complicatie is in dit verband echter dat zowel art. 261 Sr als art. 262 Sr (absolute) klachtdelicten zijn. Voor een ontvankelijkheid van de strafvervolging is derhalve een rechtsgeldig ingediende klacht vereist.³¹ Geeft het opportuniteitsbeginsel in het geval van een ingediende klacht ter zake van laster het OM de mogelijkheid om voor de lichtere smaad te vervolgen, ondanks het ontbreken van een klacht ter zake van smaad?

Bij de parlementaire behandeling van de strafbare belediging stelde minister Modderman dat uit het niet mogen vervolgen *'zonder klagte (...) niet [volgde], dat uit het indienen der klagte de verpligting tot vervolging geboren [zou] worden'*.³² Het opportuniteitsbeginsel geldt, met andere woorden, ook bij klachtdelicten.

Dat brengt met zich mee dat het OM een lasterzaak mag seponeren. Het opportuniteitsbeginsel staat voorts toe dat een klacht ter zake van laster tot een vervolging wegens smaad leidt. Daarvoor is echter wel vereist dat een klacht ter zake van laster mag worden verstaan als een klacht ter zake van smaad. In dit verband valt te wijzen op HR 22-4-1986, NJ 86 827, m.n. A.C. 't Hart. In deze bezwaarschriftprocedure tegen de dagvaarding klaagde verdachte dat het Hof 's-Hertogenbosch ten onrechte had beslist dat het OM de vrijheid had om een vervolging in te stellen op grond van art. 284 lid 1 sub 2° Sr, hoewel een klacht ter zake van (het zwaardere) art. 318 lid 1 Sr was ingediend.³³ De Hoge Raad overwoog naar aanleiding van dit cassatiemiddel:

'Geen rechtsregel bepaalt dat bij uitsluitend op klacht vervolgbare misdrijven de klacht een strafrechtelijke kwalificatie moet behelzen, en dat, voor zover de klacht wèl een kwalificatie inhoudt, klachtmisdrijven die buiten die kwalificatie vallen doch begrepen kunnen worden in het in de klacht omschreven materiële gebeuren, niet vervolgd zouden mogen worden'.

Dit lijkt te betekenen dat in het geval van een klacht ter zake van laster, het OM een vervolging ter zake van smaad mag beginnen. Het opportuniteitsbeginsel staat in beginsel toe dat het moeilijk te bewijzen bestanddeel *'wetende dat'* (de beschuldiging met de waarheid strijdt) buiten de vervolging blijft. De smaad valt weliswaar buiten de kwalificatie van de klacht, maar kan begrepen worden *'in het in de klacht omschreven materiële gebeuren'*.³⁴ Het uitgangspunt is echter dat het OM gehouden is een vervolging ter zake van laster in te stellen als de klacht uitgelegd kan worden als een klacht ter zake van laster. Men mag aannemen dat het slachtoffer niet de bedoeling heeft gehad de klacht tot smaad te beperken, als hij zich juist over de evidente onwaarheid van de bewering beklaagt.

31 De hier genoemde delicten zijn ambtshalve vervolgbaar indien smaad of laster zijn gepleegd tegen een overheidscollectiviteit of een ambtenaar in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening is (vgl. art. 269 Sr).

32 Smidt II, o.c., p. 415; vgl. Hazewinkel-Suringa/Remmelink, o.c., p. 552.

33 Zowel art. 284 lid 1 sub 2° (bedreiging door smaad) als art. 318 lid 1 Sr (afdreiging door smaad) zijn klachtdelicten.

34 De indiener van de klacht - in beginsel het slachtoffer - kan via art. 12 Sv hierover bij het Hof beklag doen over het niet vervolgen van laster.

Als het slachtoffer een klacht ter zake van smaad indient is vervolging wegens laster niet mogelijk. De waarheid van de bewering maakt dan immers geen deel uit van het in de klacht beschreven materiële gebeuren. Vervolging wegens laster strijdt dan met art. 269 Sr.

Een andere vraag die in dit kader van (theoretisch) belang is, is die naar de mogelijkheid van toepassing van art. 312 Sv - het mondeling aanvullen der telastelegging met wettelijke strafverzwarende omstandigheden - in het geval de OvJ de verdachte voor art. 261 Sr heeft gedagvaard. In het algemeen wordt aangenomen dat deze bepaling van toepassing is op de bij een gronddelict behorende strafverzwarende omstandigheden, die geen zelfstandige strafbaarstelling behelzen.³⁵ Niet zozeer de (toevallige) wetgevingstechniek geeft bij de vraag of art. 312 Sv van toepassing is de doorslag, maar de vraag 'of er in wezen van een strafverzwarringsgrond sprake is', aldus De Jong.³⁶

De kwalificerende omstandigheid van de specialis zou in dit verband als strafverzwarringsgrond kunnen gelden: laster behoort in wezen bij het gronddelict smaad. Laster is immers smaad of smaadschrift, met de opzettelijke onwaarheid als extra bestanddeel. Er dient derhalve voldaan te zijn aan de eisen die art. 261 Sr stelt: opzettelijke eeraanranding door het telasteleggen van een bepaald feit met het kennelijke doel van ruchtbaarheid.

Toch staat de klachtregeling van de artt. 261 en 262 Sr onder omstandigheden in de weg aan zinvolle toepassing van art. 312 Sv. Als de klacht de laster niet dekt, kan art. 312 Sv niet met kans op succes worden toegepast, ook al zou later vast komen te staan dat de dader weet dat zijn beschuldiging met de waarheid strijdt. Dit is anders indien de klacht wel ter zake van laster is gedaan. Een op smaad toegespitste telastelegging kan mijn inziens in dat geval wel op voet van art. 312 Sv worden aangevuld.³⁷

8.6 Artikel 265 Sr

8.6.1 Inleiding

Het huidige art. 265 Sr is een overblijfsel van de waarheidsregeling die tot de wetswijziging van 1978 gold. Het regelt de bewijskracht van een rechterlijk gewijsde in het geval van vervolging wegens laster. Ook geeft het in het derde lid een regeling over een bijzondere reden om de vervolging wegens laster te schorsen.

Ik zal hieronder betogen dat met het verdwijnen van de waarheidsregeling uit het WvSr, art. 265 Sr ten onrechte in Titel XVI Sr is blijven staan. Voordat ik hierop in paragraaf 8.6.3 in ga, volgt eerst een beknopt wetshistorisch overzicht en een bespreking van het huidige recht.

8.6.2 Korte wetshistorische schets en de huidige regeling volgens art. 265 Sr

35 De Jong, De macht ..., o.c., p. 176; vgl. bijvoorbeeld de artt. 182 lid 1 j° 182 lid 2 Sr of de artt. 300 j° 304 Sr.

36 De Jong, De macht ..., o.c., p. 177.

37 Van een op laster toegespitste telastelegging mag partieel worden vrijgesproken van het bestanddeel 'wetende dat' de beschuldiging met de waarheid strijdt en mag ter zake van het overblijvende gedeelte worden gekwalificeerd als smaad. De Hoge Raad acht kwalificerende bestanddelen niet essentieel (vgl. De Jong, De macht ... o.c., p. 84-85).

De oude waarheidsregeling werd gekenmerkt door een zekere complexiteit.³⁸ Zij was van toepassing indien de rechter het bewijs van de waarheid van het telastegelegde feit noodzakelijk achtte om het beroep van de verdachte op de exceptie van art. 261 lid 3 (oud) Sr te beoordelen (art. 263 (oud) Sr). Dat bewijs werd ook toegelaten, indien de smaad of het smaadschrift tegen een ambtenaar gedurende of ter zake van de rechtmatige uitoefening zijner bediening werd gepleegd. Veroordeling wegens *laster* was eerst dan mogelijk, als het bewijs van de onwaarheid was geleverd (en daarmee werd bewezen dat de verdachte 'tegen beter weten in' het feit had telastegelegd). Het bewijs van de waarheid werd niet toegelaten indien de telastelegging een *strafbaar feit* behelsde, dat op klachte vervolgbaar was en geen klacht gedaan was (art. 264 (oud) Sr).

(Historisch) interessant is de verhouding tussen de oude waarheidsregeling en de oude strafvorderlijke bepalingen die de positie van de verdachte ter terechtzitting regelden. Hierbij kan met name gedacht worden aan de regeling van het horen van getuigen op verzoek van de verdachte. Dit recht kende art. 174 lid 1 van het WvSv uit 1838 hem dwingend toe.³⁹ Niet altijd kon dit recht onverkort worden uitgeoefend. Door in een limitatief aantal gevallen het bewijs der waarheid toe te staan, gaven de artt. 262 j° 263 (oud) Sr aan de verdachte een beperking voor de mogelijkheid om getuigen te (doen) horen, voorzover deze de (vermeende) waarheid van het telastegelegde feit konden staven.⁴⁰

Het criterium van art. 263 sub 1° (oud) Sr werd blijkens de (zeer schaars aanwezige) jurisprudentie tamelijk strikt toegepast. Indien de rechter oordeelde dat een beroep op art. 261 lid 3 (oud) Sr geen kans van slagen zou hebben, kon hij bepalen dat de verdachte niet werd toegelaten tot het bewijs van de waarheid van het door hem telastegelegde feit.⁴¹ De verdediging werd in die gevallen beperkt in het recht om getuigen te (doen) dagvaarden. Gelet op het (meer) inquisitoire karakter van het toenmalige strafproces zal deze beperking niet als problematisch zijn ervaren.

Zoals gezegd zijn bij de wetwijziging van 1978 de artt. 263 en 264 Sr geschrapt. Deze bepalingen beperkten volgens de regering de vrijheid van de verdediging van de verdachte bij vervolging van smaad. Met het oog op de accusatoire procesvorm, waarbij aan de verdediging zelfstandig uit te oefenen processuele rechten zijn toegekend,⁴² achtte de regering die beperking te ver gaan.⁴³

Enkele jaren later motiveerde de regering het schrappen van de waarheidsregeling ook door de persoon van het slachtoffer van laster te benadrukken. De regering wees op het feit dat een onderzoek naar de waarheid van de krenkende uitlating voor de zich in zijn eer en goede naam aangetaste persoon in veel gevallen een leedtoevoeging inhield.⁴⁴ Van een mogelijke strijdig-

38 Vgl. hoofdstuk 5; verder: Hazendonk, o.c., p. 130 e.v. Daar de regeling van de waarheid bij smaad en laster in 1978 ingrijpend is gewijzigd, wordt zij hier niet in extenso besproken. Voor een rechtshistorisch en -vergelijkend onderzoek naar de oude waarheidsregeling bij de strafbare belediging verwijs ik naar De Roo, *Smaad ...*, o.c., p. 5 e.v.

39 Vgl. hierover De Bosch Kemper II, o.c., p. 424 e.v.; art. 174 lid 1 Sv (1838) spreekt van het *moeten* horen der getuigen; zie voorts art. 155 Sv (1886) en art. 161 Sv (1886) en de bepalingen van het WvSv uit 1926: de artt. 263, 280 en 284.

40 Vgl. bijvoorbeeld HR 24-5-1902, W. 7844.

41 Vgl. Rb Dordrecht 9-1-1976, NJ 76 362.

42 Vgl. de artt. 263, 280 lid 2 en 3, 284 lid 3 Sv.

43 Tweede Kamer, 1970-71, 11 249, MvT, nr. 3, p. 3.

44 Tweede Kamer, 1975-76, 11 249, MvA, nr. 6-8, p. 15.

heid van dit argument met het eerder gedane beroep op een streven naar een meer accusatoire procesvorm werd daarbij niet gerept.

Art. 265 Sr werd onverkort gehandhaafd. Tijdens de parlementaire behandeling van het wijzigingsontwerp werden er geen woorden aan vuil gemaakt. De bepaling stelt in het eerste lid dat indien degene, tegen wie laster is gepleegd, van het door de dader telaste gelegde (*strafbare*) *feit* bij rechterlijk gewijsde onherroepelijk schuldig is verklaard, de veroordeling wegens *laster* uitgesloten is.⁴⁵ Het bestanddeel 'wetende dat het feit in strijd met de waarheid is', is dan niet te bewijzen.⁴⁶

Als het slachtoffer van laster vrijgesproken is van het hem telastegelegde (*strafbare*) *feit*, levert het rechterlijk gewijsde een bewijs der onwaarheid van dit feit op, zodat een bewezenverklaring wegens laster kan volgen (art. 265 lid 2 Sr). Een uitgebreid onderzoek naar de waarheid van het telastegelegde behoeft dan ter zitting niet plaats te vinden.

Art. 265 lid 3 Sr geeft een bijzondere vorm van schorsing der vervolging: indien tegen het slachtoffer van laster een strafvervolging is aangevangen, wordt de vervolging van de van laster verdachte geschorst, totdat bij rechterlijk gewijsde onherroepelijk over het telastegelegde (*strafbare*) *feit* is beslist.⁴⁷ Het ligt voor de hand om hier een (formele) einduitspraak in de zin van art. 138 Sv voor te schrijven, nu er geschorst wordt om uitsluitel over een andere vervolging te krijgen (vgl. art. 14 Sv). Het voorschrift van art. 265 lid 3 Sr stelt een geheel nieuw onderzoek ter terechtzitting zeker. Bovendien krijgt het OM de mogelijkheid om de vervolging wegens laster alsnog te seponeren.⁴⁸

8.6.3 *Het problematische karakter van art. 265 Sr*

Het huidige art. 265 Sr roept een aantal vragen op. De eerste vraag heeft betrekking op het eerste lid: 'indien de beledigde aan het telastgelegde feit is *schuldig verklaard* is veroordeling wegens laster uitgesloten'. Dienen hiervoor alle vragen van art. 350 Sv zodanig te zijn beantwoord, dat een veroordeling (danwel schuldig verklaring zonder oplegging van straf) volgt?

Uit het aloude juridische beginsel *res iudicata pro veritate habetur*: de (in gewijsde gegane) uitspraak van de rechter wordt voor de waarheid gehouden,⁴⁹ lijkt te volgen dat niet meer dan

45 Veroordeling wegens *smaad* is echter nog denkbaar. Een beroep op de omstandigheid dat de pleger van *smaad* te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat het feit waar was heeft dan wel kans van slagen, mits de uitlating in het algemeen belang is gedaan (art. 261 lid 3 Sr).

46 Nieboer plaatst art. 265 lid 1 Sr als '*uitsluiting van de veroordeling*' onder de bijzondere rechtvaardigingsgronden (W. Nieboer, Schets materieel strafrecht, Arnhem, 1991, o.c., p. 243).

47 Van Dorst spreekt in dit verband van een '*question préjudicielle au jugement*': de vervolging wegens laster mag worden gestart, maar de strafrechter mag geen vonnis wijzen voordat over de waarheid van het telastegelegde feit onherroepelijk is beslist (A.J.A. van Dorst, Vervolgingsbeletselen, Zwolle, 1989, p. 72).

48 Toepassing van art. 266 Sv, het intrekken van de dagvaarding, is overbodig, daar bij de einduitspraak 'schorsing vervolging' de rechtskracht van de oorspronkelijke dagvaarding wegens laster vervalt.

49 Strijards spreekt van een '*presumptio iuris*': een buitenwettelijk rechtsvermoeden. Aan het gezag van gewijsde verbindt hij twee betekenissen: in de eerste plaats een 'verbindende' betekenis en in de tweede plaats een 'bewijsrechtelijke' betekenis. Eerstgenoemde ziet op '*de geldingswijze van het gewijsde tussen de partijen die aan de rechtsstrijd deelnemen*'. Laatstgenoemde betekenis van het gezag van gewijsde verwijst naar de '*geldingswijze van het gewijsde jegens allen*' (G.A.M. Strijards, Revisie; inbreuken en executiegeschillen betreffende het strafgewijsde, Arnhem, 1989, p. 46-54). Oud-Raadsheer bij de Hoge Raad Drion heeft de achterliggende gedachte van de 'verbindende betekenis' van het rechterlijk gewijsde als volgt geschetst: '*het*

een bewezenverklaring is vereist. Dit was het uitgangspunt van de wetgever bij de totstandkoming van art. 265 Sr. Zoals ik later zal betogen, kan aan de houdbaarheid van dit beginsel, in elk geval in poenalibus, sterk getwijfeld worden.

Deze regel omtrent het gezag van gewijsde vindt in het burgerlijk procesrecht een pendant: art. 188 Rv bepaalt dat

'Een in kracht van gewijsde gegaan op tegenspraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, dwingend bewijs [oplevert] van dat feit'.⁵⁰

De term dwingend bewijs geeft aan dat de rechter verplicht is de inhoud van bepaalde bewijsmiddelen als waar aan te nemen (vgl. art. 178 lid 1 Rv). Zoals de tekst van art. 188 Rv aangeeft, is voor toepassing van het beginsel voldoende dat de strafrechter tot een bewezenverklaring is gekomen.

Tijdens de parlementaire behandeling van art. 188 Rv stelde de minister dat de bewijskracht van het vonnis ook gelding heeft in het geval van een ontslag van rechtsvervolging. In civilibus wordt niet geëist dat ter zake van het feit een straf of maatregel is opgelegd.⁵¹

De conclusie lijkt gewettigd dat, naar huidig recht, indien uit het rechterlijk gewijsde blijkt van een bewezenverklaring, het bestanddeel 'wetende dat het telastegelegde feit in strijd met de waarheid' is (art. 262 Sr), niet meer bewezen *mag* worden verklaard. Een in kracht van gewijsde gegaan ontslag van rechtsvervolging wegens niet strafbaarheid van feit of dader, doet daar niet meer aan af.⁵²

Het spiegelbeeld van deze situatie, berustend op hetzelfde beginsel van het rechtskarakter van een in gewijsde gegaan rechterlijk vonnis, wordt in art. 265 lid 2 aangetroffen: een vrijspraak wordt als bewijs gezien voor het delictsbestanddeel 'wetende dat het telastegelegde feit in strijd met de waarheid is'.⁵³

recht wil evenwicht herstellen waar dat verbroken was. En dat herstel moet definitief zijn, het herstelde evenwicht stabiel. Die doelstelling van "definitiviteit" is karakteristiek voor de rechtsbeslissing. Duidelijk komt dit tot uitdrukking in het "gezag van gewijsde" dat aan een rechterlijke beslissing in civiele procedures wordt toegekend. Wat eenmaal door de rechter beslist is, geldt definitief als waar tussen partijen'. (vgl. H. Drion, Kunstwerk en rechtsbeslissing, in: Het conservatieve hart en andere essays, Amsterdam, 1966, p. 167). Zie over het gewijsde verder: E. Gras, Kracht en gezag van gewijsde; de rechtskracht van einduitspraken van de burgerlijke rechter (diss. Amsterdam), Arnhem, 1994, p. 237.

50 Deze bepaling is de opvolger van het oude art. 1955 BW. De werking van art. 188 Rv is overigens meer beperkt dan art. 1955 (oud) BW: eerstgenoemde bepaling ziet slechts op vonnissen die op tegenspraak zijn gewezen. De MvT op het ontwerp rechtvaardigde deze beperking ten opzichte van art. 1955 (oud) BW door te stellen dat 'in het geval van een bij verstek gewezen vonnis niet de zekerheid [bestaat] dat aan het bewijs van de feiten die aandacht is besteed, die een dwingende bewijskracht rechtvaardigt'. Dit argument werd in een later stadium van de parlementaire behandeling van het nieuwe bewijsrecht in civilibus door de regering herhaald (Nadere MvA, 1985). Zie hierover: G.J. Boon, Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken; parlementaire stukken systematisch gerangschikt (G.R. Rutgers en R.J.C. Flach, red.), Deventer, 1988, p. 161-167.

51 Boon, o.c., p. 164.

52 Dit geldt dan uiteraard ook voor eventuele toepassing van art. 9a Sr.

53 Vgl. art. 1956 (oud) BW: 'indien iemand van een aan hem ten laste gelegd feit is vrijgesproken, kan die vrijspraak bij den burgerlijken rechter niet worden ingeroepen om eenen eisch tot schadevergoeding af te weren'.

De tweede vraag die naar aanleiding van het huidige art. 265 Sr kan worden gesteld, is die naar het gevolg van een door het slachtoffer van laster met succes ingediend verzoek tot herziening van een te zijnen nadele gewezen uitspraak (art. 457 Sv e.v.). Kan, als dat verzoek slaagt, dan het bewijs van de (on)waarheid (alsnog) geleverd worden?⁵⁴

Een hernieuwde bewezenverklaring van het telastegelegde feit heeft voor de van laster vrijgesprokene op grond van de huidige interpretatie van art. 265 lid 1 Sr uiteraard geen gevolgen. Een na herziening gegeven vrijspraak - na een eerdere bewezenverklaring - zal echter evenmin gevolgen hebben voor de op basis van art. 265 lid 1 (j^o art. 262) Sr gegeven vrijspraak van de van laster verdachte. Weliswaar levert de vrijspraak ten laste van de verdachte van laster het bewijs van de onwaarheid van zijn uitlating op, maar *zijn* vrijspraak zal in kracht van gewijsde zijn gegaan en is derhalve onaantastbaar (vgl. art. 68 Sr).

Een andere vraag is welk gewijsde te gelden heeft indien ná de herzieningsprocedure voor laster wordt vervolgd. In het geval van herziening op grond van conflicterende rechtspraak wordt het oorspronkelijk gewijsde vernietigd door de Hoge Raad. Het verwijzingshof onderzoekt de zaak opnieuw en 'doet bij een en dezelfde uitspraak recht' (art. 461 lid 1 Sv). Ook bij de zogeheten nova wordt door een verwijzingshof opnieuw onderzoek gedaan en een einduitspraak gegeven (artt. 465 j^o 474 Sv). In beide gevallen is die einduitspraak het (nieuwe) gewijsde in de zin van art. 265 Sr.⁵⁵

Een aantal kanttekeningen kan naar mijn mening niet achterwege blijven. Zo kan men zich afvragen in hoeverre het in het huidige recht kennelijk vereiste van art. 265 lid 1 Sr van een bewezenverklaring⁵⁶, recht doet aan de werkelijkheid in *strafzaken*. Opgemerkt moet worden dat het veelal van technisch-juridische omstandigheden afhankelijk is wanneer een niet-bewezenverklaring (vrijspraak) volgt dan wel een ontslag van alle rechtsvervolging.⁵⁷ Waar, om met een concreet voorbeeld te komen, het met vergunning vervoeren van bepaalde wapens tot een vrijspraak zal leiden, omdat de afwezigheid ervan als bestanddeel in art. 22 lid 1 WWM is opgenomen, zal handelen met een vergunning bij een delictsomschrijving die de aanwezigheid van de vergunning als een *fait d'excuse* kent, een ontslag van rechtsvervolging opleveren (vgl. bijvoorbeeld artt. 26 lid 1 j^o 27 lid 1 sub 2^o WWM).⁵⁸

Stel dat X ten aanzien van Y het bepaalde feit telastelegt dat die Y toen en daar verboden wapens heeft vervoerd en voorhanden heeft, terwijl hij weet dat die bewering in strijd met de waarheid is. Y wordt vervolgd wegens overtreding van de artt. 22 en 26 WWM. Ter zitting kan hij de vereiste vergunning laten zien van zowel het vervoer van het wapen als van het voorhanden hebben ervan. Y wordt vrijgesproken van art. 22 lid 1 WWM en ontslagen van rechtsvervolging ter zake van art. 26 WWM. Welke zijn de gevolgen voor X indien deze wordt vervolgd wegens laster ten aanzien van die Y? In het eerste geval is, zo neem ik aan, bij

54 Zie uitgebreid over de herzieningsgronden en -procedure: J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, Arnhem, 1989 (diss. Groningen), p. 265 e.v.

55 Slechts in één geval wordt de oude uitspraak gehandhaafd, nl. indien het hof na onderzoek ter zitting het oorspronkelijk gewijsde handhaaft. Ook dan echter is 's Hof's bevestiging van de oude uitspraak, welke uitvoering gedurende de herzieningsprocedure is opgeschort, het gewijsde.

56 Zie hierboven; vgl. Boon, o.c., p. 164.

57 Vgl. D.H. de Jong en J.L. van der Neut, *De bescherming in cassatie van de vrijspraak en het ontslag van alle rechtsvervolging*, in: RM Themis 1992, p. 231.

58 Art. 27 lid 1 WWM is te beschouwen als een kwalificatie-uitsluitingsgrond; vgl. *De Wet Wapens en munitie; een strafrechtelijk commentaar* (H. Krabbe et al., red.), Alphen aan den Rijn, 1989, p. 106.

gewijsde vrijgesproken. Dit gewijsde geldt blijkens de tekst van art. 265 lid 2 Sr als 'volkomen bewijs van de onwaarheid van het feit'. Een bewezenverklaring van laster zal het gevolg zijn. Het tweede feit levert als kwalificatie-uitsluitingsgrond een ontslag van rechtsvervolging op: het *bewezenverklaarde* is geen strafbaar feit.

Als inderdaad moet worden aangenomen dat in de huidige opvatting slechts een bewezenverklaring vereist is bij toepassing van art. 265 lid 1 Sr, levert die 'schuldigerklaring' geen grond om X te veroordelen wegens laster. De dwingende tekst van art. 265 Sr miskent dan het systeem van 'regel en uitzondering',⁵⁹ dat het strafproces ten aanzien van einduitspraken kent.

De fictie van art. 265 lid 1 Sr, anders gezegd, lijkt mij niet zodanig te werken dat slechts een bewezenverklaring is vereist. Niet in te zien valt waarom kwalificatie van de bewezenverklaring en de vaststelling van de strafbaarheid van het feit en de dader niet vereist zou zijn. Indien een bewezenverklaring is geleverd, maar deze niet te kwalificeren is of de strafbaarheid van de dader ontbreekt⁶⁰, lijkt redelijke wetsuitleg met zich mee te brengen dat veroordeling wegens laster mogelijk is. De dwingende redactie van art. 265 lijkt hiermee geen rekening te houden.

Het volgende punt hangt hiermee samen. Het tweede lid geeft aan dat indien het slachtoffer van laster bij gewijsde is vrijgesproken, dat gewijsde als bewijs der onwaarheid van het telastegelegde feit geldt. Bij de totstandkoming van deze bepaling is ongetwijfeld aan het leerstuk van de onrechtmatige bewijsverkrijging en de (mogelijk) daaruit voortvloeiende consequentie van bewijsuitsluiting niet gedacht. Onder omstandigheden kan onrechtmatige verkrijging van het bewijsmateriaal tot uitsluiting van het bewijs leiden, met als mogelijk gevolg een vrijspraak.⁶¹

Niet ondenkbaar is de situatie waarin het slachtoffer van laster wordt vrijgesproken van het aan hem telastegelegde feit op grond van de hierboven beschreven omstandigheid, terwijl het als een paal boven water staat dat hij het feit inderdaad begaan heeft. Naar mijn mening kan dan niet worden volgehouden dat deze vrijspraak als bewijs kan dienen voor het opzettelijk onware karakter van de uitlating van de lasteraar: van een uitlating die bewust in strijd met de waarheid is, blijkt in zo'n geval niet. Het dwingende karakter van art. 265 lid 2 Sr leidt dan tot ongerijmdheden.

59 Deze term is ontleend aan W.H. Vellinga's opstel met deze titel in: Liber Amicorum Th.W. van Veen (J.P. Balkema et al., red.), Arnhem, p. 359.

60 Een ander voorbeeld dat tot 'onrechtvaardige' resultaten kan leiden, is het volgende. Stel dat een arts conform de richtlijnen euthanasie pleegt; stel verder dat deze arts wordt beschuldigd van moord. Volgens het model van art. 350 Sv zal bij een (theoretische) telastelegging wegens moord ten aanzien van de arts eerst een bewezenverklaring volgen, die wordt gekwalificeerd als overtreding van art. 289 Sr; de arts kan met succes een beroep doen op overmacht, hetgeen hem doet ontslaan van rechtsvervolging. Kan degene die de arts heeft beticht met succes een beroep doen op de bewijsuitsluitingsgrond van art. 265 lid 1 Sr? Wordt 'schuldig verklaard aan het telastegelegde feit' restrictief uitgelegd, dan levert hem dat inderdaad een vrijspraak wegens laster op. Slechts indien de term in art. 265 lid 1 Sr zodanig wordt uitgelegd dat daar evenzeer een kwalificatie én een strafbaar feit (en dader) onder valt, dan is dat anders. Of 'schuldig verklaard' in het eerste lid in deze bredere betekenis kan worden uitgelegd, is onduidelijk, zeker nu het tweede lid van art. 265 Sr spreekt van onherroepelijke vrijspraken als grond voor 'volkomen bewijs van de onwaarheid'.

61 Vgl. G. Knigge, Onrechtmatig verkregen bewijs en de overtuigende kracht van bewijsmiddelen, in: Leerstukken van strafprocesrecht; 3e dr., (G. Knigge, red.), Groningen, 1995, p. 145 e.v.

Tenslotte volgt het hieruit voortvloeiende, mijns inziens fundamentele, punt van kritiek op art. 265 Sr. Zoals gezegd, vloeide deze bepaling voort uit het beginsel *res iudicata pro veritate habetur*: de uitspraak van de rechter is rechtens waar.⁶²

De vraag is of deze regel niet aan enige relativering onderhevig is. In het civiele bewijsrecht wordt het dwingende bewijsrechtelijke karakter van een strafrechterlijk vonnis (vgl. artt. 188 j° 178 lid 1 Rv) gerelativeerd door art. 178 lid 2 Rv, dat stelt dat ook bij dwingend bewijs tegenbewijs mogelijk is. Aan het absolute karakter van het beginsel is in civilibus dus getornd. In het strafrecht kan men eveneens twifelen aan de houdbaarheid van een absolute bewijsrechtelijke betekenis van het gezag van gewijsde. Deze (fictieve) 'waarheid' is relatief, zoals bijvoorbeeld het bestaan van een herzieningsmogelijkheid (art. 457 Sv) al toont.⁶³ In zijn bespreking van Strijards' Revisie wijst Knigge op het feit dat het enige gezag dat aan het gewijsde kan worden ontleend, het vaststellen van de rechtspositie van de (gewezen) verdachte is: na een onherroepelijke uitspraak staat ten aanzien van de justitiabelen en de overheid rechtens vast of een verdachte een gewezen verdachte is of een veroordeelde. '*Partijen zijn aan die beslissing gebonden, ongeacht de vraag of zij juist is. Van een "praesumptie" dat rechterlijke beslissingen juist of zelfs waar zijn is dus geen sprake*'.⁶⁴ De grond voor het gezag van gewijsde ligt volgens Knigge dan ook slechts in het '*litis finiri oportet*', vrij vertaald: de rechter beslist de strijd voorgoed.

De belangrijkste vaststelling die uit een gewijsde is af te leiden, is dat de betrokkene niet meer in rechte kan worden betrokken voor dat feit (vgl. art. 68 Sr, art. 255 Sv); hij is geen verdachte meer (art. 27 Sv). Dat feit is, anders gezegd, geen onderwerp meer van een strafprocedure tegen het slachtoffer van laster.

In het geval van een gewijsde ten nadele van de verdachte (zijnde degene tegen wie de laster is gepleegd), heeft dit slechts betekenis voor zover het vaststelt dat hij strafbaar is. De bewezenverklaring als zodanig heeft echter weinig betekenis voor het bewijs van de waarheid van het feit zoals dat door de lasteraar is medegedeeld. Een gewijsde dat ten voordele strekt van een verdachte, is evenmin van betekenis voor het waarheidsgehalte van de uitspraak van de lasteraar. Voor dat feit kan de gewezen verdachte niet meer vervolgd worden; ongeacht de (materiële) waarheid of onwaarheid ervan.

Geconcludeerd kan worden dat binnen de regeling van de (individuele) belediging aan de fictie van art. 265 Sr geen plaats meer toekomt. De dwingende bewijskracht die uit deze bepaling voortvloeit kan, zoals ik heb betoogd, tot ongerijmdheden leiden. Bovendien is een rechterlijk gewijsde in eerste instantie nooit waar of onwaar; het is er slechts en op grond van die vaststelling heeft een gewijsde rechtspositionele gevolgen voor alleen het slachtoffer van laster. Met de positie van de lasteraar heeft het gewijsde niets van doen. Aan art. 265 Sr komt, ook gelet op deze verbindende betekenis van het gezag van gewijsde in het strafrecht, geen functie toe in de regeling van de strafbare belediging. Het dient te worden geschrapt. Naar geldend recht zou de bepaling als een bewijsvermoeden kunnen worden opgevat, waartegen, zoals in civilibus, tegenbewijs mogelijk is.

62 Vgl. Strijards, o.c., p. 55.

63 Zie ook Gras, o.c., p. 87.

64 G. Knigge, bespreking van G.A.M. Strijards, Revisie, in: RM Themis 1991, p. 190-191; vgl. ook zijn annotatie onder EHRM 25-8-1993, NJ 94 1 (Sekanina).