

**HANDELINGEN
DER
NEDERLANDSE
JURISTEN-VERENIGING
1960**

NEGENTIGSTE JAARGANG

I

**N.V. UITGEVERS-MAATSCHAPPIJ
W. E. J. TJEENK WILLINK, ZWOLLE**

INHOUD

Praeadvies van Mr J. Remmelink

	Blz.
Inleiding	3
Gewetensbezwaar	7
Het conflict nader gezien	10
Het conflict elders	14
„Respecteert” ons strafrecht het gewetensbezwaar? .	17
Menggevallen	36
Wettelijke uitzonderingen	44
Bijzondere regelingen	47
Voldoet dit stelsel?	60
Waar greep de wetgever (nog) niet in?	69
Het probleem in België en in Duitsland	73
Slotbeschouwing	75
Addendum	79

INHOUD

Praeadvies van Prof. Mr D. van Eck

	Blz.
§ 1. Inleiding	81
§ 2. Geweten en gewetensbezwaren	82
§ 3. Zedelijkheid en recht	89
§ 4. De houding van het gezag tegenover het gewetensbezwaar	108
A. Inleiding	108
B. De dispensatie	110
C. De handhaving van de norm t.o. van de gewetensbezwaarden	123

Behoort de wetgever nadere regels van algemene of bijzondere aard te stellen betreffende het beroep op gewetensbezwaren tegen de naleving van door het strafrecht gesanctioneerde normen?

Praeadvies Mr J. Remmelink

Inleiding

Het recht vindt zijn oorsprong in het geweten. Niet alleen, naar Scholtens woord, bij de laatste toetsing van de positieve rechtsbeslissing, doch ook bij het begin is het geweten werkzaam, ongeacht in welke vorm de rechtsvinding gebracht. Ook buiten raads- of rechtszaal, in het vrije verkeer der burgers vlamt bij elke kruising van belangen het groene of rode lichtsignaal van het geweten op, appellerend aan het bestaan van goed en kwaad. Zonder deze primaire rechtszin, in iedere mens aanwezig, ware het niet mogelijk nog tot enig ordelijk rechtsbedrijf, tot enig dragelijk samenlevingsverband te geraken. Dit weten van de mens maakt het mogelijk, dat hij zich onderscheiden weet van de wereld om hem, het weten wordt aldus tot mede-weten¹ en maakt kennis mogelijk van de langzamerhand te herkennen wetmatigheden in het menselijk handelen, doordien de gezamenlijke gewetens blijkbaar op zeer belangrijke punten telkens weer samenstemden, zodat tenslotte de uiterste generalisaties in gulden regel en decalooq – door hoger hand voor dit doel saamgevat – kenbaar konden worden, leidende beginselen, die het geschreven recht „durchreissen”, ja met een beroep waarop in een enkel extreem geval zelfs de geldigheid van het positieve recht zelf betwist kan worden, al wil de positieve rechtsorde hiervan meestal niet weten.

¹ Etymologisch heeft het woord in de Germaanse wereld aanvankelijk slechts de betekenis gehad van „weten, kennis van de zaak”, doch in de M.E. ging het als equivalent fungeren van *conscientia* (Gr *συν-ειδησις*), welke term reeds eeuwen in de hier veronderstelde zin gebruikt werd. Vermoedelijk is het equivalentieproces in de hand gewerkt door de sociatieve functie, welke men aan de syllabe „ge” (= mede) toeschrijft. Men denke aan *gebuur*. Zie hierover Franck's Etym. Wb., 2e dr. 1929; iets afwijkend het Woordenboek en i.v.m. deze afwijking weer E. Wolf, *Peregrinatio*, München 1954, p. 81.

Wij onderscheiden dus, hoe innig ook verstrengeld, recht en gerechtigheid. Dit hoger recht echter is slechts het masker van een voor de natuurlijke mens, hoe begaafd ook, niet kenbare oneindig verfijnde, onuitputtelijke geestelijke wet, welke alleen in het geloof verstaan kan worden. De Christen staat aldus in tweeërlei rechtsbetrekking. Naar zijn eigenlijke status valt hij onder de geestelijke wet, de *lex fidei*, welke tegelijkertijd is de *lex charitatis*, als „vreemdeling” in de wereld onderwerpt hij zich aan de uiterlijke ordeningen, waarmee de wereld voor de ondergang wordt behoed en waarin hij als aanvanger in het geloof op uiterst gebrekkige wijze onder vele spanningen zijn roeping heeft te volgen. Wie het uiterlijk legitiem gedrag verenigt met gelovige onderwerping aan de geestelijke wet heeft een goed geweten, zowel voor God als voor de mensen. In deze zin onderscheiden wij derhalve eveneens tweeërlei geweten corresponderend met de dubbele iustitia, een paradox welke ten laatste alleen in het geloof als een eenheid is te begrijpen. Overheid en onderdaan hebben tot taak te streven naar de wereldlijke rechtvaardigheid, welke hoezeer absoluut tegenover de positieve rechtsorde, naar hoger geestelijk perspectief evenzeer betrekkelijk is. De overheid oordeelt derhalve over het wereldlijk geweten, de vraag of men al zijn intellectuele krachten en zedelijke waardevoorstellingen heeft gebruikt². Het gezag over de ziel, het geweten in absolute zin, heeft God zich alleen voorbehouden, doch daarmee ook het oordeel over de laatste grond van het menselijk handelen. Het eeuwenoude beginsel „*De internis non curat praetor*” behoudt in deze zin in elk geval zijn waarde.

In rechte wordt de vraag wat een rechtvaardig handelen genoemd kan worden door de positieve rechtsorde zelf bepaald. Zij gaat er van uit, dat haar streven naar een respectabel doel is gericht en dat elke rechtsgenoot zich het nodige inzicht voor de nakoming van haar daartoe strekkende eisen kan verwerven. Zij laat hem daarbij vrij zich de nodige kennis te verschaffen, daarmee derhalve de mogelijkheid aanvaardend van dwaling. De middeleeuwse leer van het dwalend geweten heeft mitsdien voor deze verhoudingen betekenis. Of zij deze geldigheid ook bezit

² In deze zin zal men de term *Gewissensanspannung* van het B.G.H. ook moeten verstaan. Zie Henkel, *Mezgerbundel* p. 299.

tegenover misdragingen jegens de geestelijke wet, zal een twistpunt blijven tussen de beide grote christelijke confessies. Naar onze – evangelische – overtuiging zal elke gewetensdwaling tegenover de rechtswil van God voortvloeien uit de geestelijke perversie van de menselijke natuur en – vincibilis of niet – zondig zijn. En tegenover de overheid, handhaafster der uiterlijke neerslag dezer wet, kunnen wij ons op deze laatste grond niet vrijpleiten, gelijk – dit volgt uit het voorgaande – de overheid zich zou vergrijpen aan het niet onder haar ressorterend geestelijk rijk, wanneer zij de mens eigenmachtig zou losmaken, losdenken van zijn laatste motieven, zijn (on)geloof. Wanneer de overheid, met welke edele bedoelingen ook, zekerheid zou willen hebben over deze laatste rest, overschat zij de haar toegeordende taak en zou zij eigenlijk elke overtreding der wet bij gebreke van bewijs moeten pardonneren. Voor haar geldt: wie de uiterlijke ordeningen opzettelijk of onachtzaam overtreedt, is schuldig, heeft tegenover de overheid geen goed geweten, schiet te kort in de eisen van de objectieve goede trouw en zal in beginsel gestraft kunnen worden. Wel zal zo iemand er zich dus tegenover de overheid op kunnen beroepen, dat hij de door haar geëiste Gewissensanspannung wel heeft betracht, doch door verkeerde voorlichting, tegen zijn eigenlijke bedoeling in, is gaan dwalen. Dat is dan een tot de „uiterlijke” sfeer behorende aangelegenheid, waarin hoe moeilijk ook vaak, nader onderzoek, ten laatste een verantwoord oordeel mogelijk is. Wanneer wij hieronder over geweten spreken is dit vooral het geweten in absolute zin. Immers anders zou het gehele probleem zich niet voordoen.

Hoewel, zo wij reeds deden uitkomen, niet een ieder op deze wijze een scheiding zal aanbrengen tussen de geestelijke en uiterlijke rechtvaardigheid en velen de lijnen anders trekken, zal de uiteindelijke conclusie, dat het de overheid krachtens haar aard niet gegeven is de plooiën van ons geweten te ontvouwen, wel door de meesten in dit door de christelijke cultuur doortrokken land worden onderschreven.

Zolang de overheid de primaire beginselen van het natuurrecht ontziet, zolang zij – dit zullen we toch wel mogen zeggen – niet aanzet tot systematische moord

(Hooykaas) of tot het uitsteken van ogen (Pompe), heeft zij recht op gehoorzaamheid. Toch brengt een wijs beleid mee, dat zij met afwijkende meningen zoveel mogelijk rekening houdt. Allereerst, omdat omtrent de concrete toepassingen van het natuurrecht vaak enorm verschil bestaat³, doch ook, omdat in een gemengd land het gelijkheidsbeginsel meebrengt ook zoveel mogelijk rekening te houden met andersdenkenden, die zich weliswaar niet op het natuurrecht beroepen, doch wier blijkbaar ernstig gemeente opvattingen de veiligheid van de staat en de zedelijke orde niet in gevaar brengen. Het spreekt van zelf, dat alleen de wetgever hier kan beslissen. Hoewel ons gehele democratische staatsbestel met zijn vele grondrechten – artt. 7, 8, 9, 171, 172, 173, 181, 183, (196) en 208 Gw. – reeds als een concretisering van dit beginsel⁴ kan worden beschouwd, alsmede het op de verklaring van de rechten van de mens (N.J.B. 1949 p. 184) gebaseerde verdrag van Rome (T.B. 1951 no. 154) met bijbehorend protocol van Parijs (T.B. 1952 no. 80)⁵, gaat het hier over gewetensverkeer, dat zelfs op deze brede democratische baan geen plaats meer kan vinden en ten aanzien waarvan men zich derhalve zal dienen af te vragen of het algeheel geweerd moet worden, dan wel na behoorlijke legitimatie en eventuele toelating op een bescheiden zijwegje kan worden toegelaten. Wij zullen zien, dat de overheid in een aantal gevallen inderdaad dergelijke afwijkende opvattingen, welke zij niet gaarne tot een algemeen standpunt zou willen verheffen, nochtans uit eerbied voor de conscientie, waarachter velen de voetstappen van de allereerste vermoeden, heeft ontzien, dit zelfs eenmaal in de Gw. vastleggend en daarmee naar veler mening een nieuw grondrecht – art. 196 – toevoegend. Waar deze regelingen ontbreken, de wetgever derhalve geen reden heeft kunnen

³ De iure naturae multa fabulamur (Luther).

⁴ Practisch alle schrijvers aanvaarden dit beginsel, al verschillen de funderingen. Vgl. o.m. v. d. Pot, 6e dr. p. 511; Kranenburg, 7e dr. p. 333 ev.; zie ook H. Ver. v. W. d. R. 1924 p. 55; A. C. Josephus Jitta, id. p. 44; v. d. Bergh, Rep. Soc. W. (Rw.) p. 362; v. Bemmelen M.R.T. XLII p. 202; Pompe, Het nieuwe tijdperk enz. p. 26; L. W. G. Scholten, A.R. Staatsk. 1931 p. 536; Dooyeweerd, Calv. en Natuurr. p. 31; Vrij, Verz. G. p. 44; Stellinga, Grondtr. St. r. p. 164; H.M.G. 22 Feb. 1949 M.R.T. XLII p. 365.

⁵ Zie ook art. 43 lid 1 Statuut voor het Koninkrijk (S. 1954 no. 503).

vinden met afwijkend gedrag rekening te houden, de nadelen van een generale regeling op de koop toenemend, zal strafoplegging moeten volgen aan hen, die willens en wetens – ondanks gesanctioneerd verbod – hun individuele opvatting blijven doorzetten. Aldus steeds theorie en praktijk. Nochtans wordt, zoals wij hierna zullen zien, tegenwoordig wel gepleit om voornoemd beginsel „respecteer de gewetens der onderdanen zoveel mogelijk” in een of andere, zij het zeer beperkte vorm, ook in de strafrechtelijke fase nog te laten doorwerken.

Gewetensbezwaar

Alvorens verder te gaan, lijkt enige nadere overdenking omtrent een geschikte omschrijving niet ongewenst. Hoewel het geweten behoort tot het type woorden, waarvan een ieder de betekenis van nature wel weet (zodat wij ons tot dusverre dan ook van een definitie konden onthouden), schijnt het, zo is het wel uitgedrukt, bij nader onderzoek te verdwijnen, als de prins in het sprookje wanneer naar zijn naam gevraagd wordt. Al naar tijd en levensbeschouwing is het verschijnsel aangemerkt als goddelijk orakel, hoogste instantie der rede, menselijk oordeel, instinct, de zedelijke natuur in het algemeen, conclusie van het verstand, stem van de gemeenschap, het goddelijke in de mens enz. Het wordt gesitueerd in, zo niet vereenzelvigd met de wil, het driftleven, het verstand, de existentie. Men beschouwt het als feilbaar en onfeilbaar. Er is een christelijk, theosofisch, ja zelfs een communistisch geweten, evenals er ook omschrijvingen bestaan, dienstbaar voor psychologie en psychiatrie (Freud), omdat naast theologie en recht, vooral deze wetenschappen met het verschijnsel te maken te hebben. Men zie speciaal voor ons onderwerp de beschouwingen van de zenuwarts C. J. Schuurman in M.R.T. XL p. 567. In de theologie, waar het van oudsher thuis is, is in verband met deze verschillende omschrijvingen dan ook wel voorgesteld om de term maar geheel uit het wetenschappelijk spraakgebruik te verbannen en in een van de indringendste geschriften van de latere tijd⁶ wordt na vele honder-

⁶ P. Prins, Het Geweten, diss. V.U., Delft 1937 p. 555. Ik verwijs om plaatsruimte te besparen voor verdere literatuur naar deze dissertatie. Zij is een *Fundgrube*, evenals de bekende diesrede van mijn mede-praeadviseur.

den bladzijden tenslotte van een poging tot definitie afgezien. Inderdaad veel verder dan „gevoel voor goed en kwaad”, dat de mens zich hetzij vóór⁷, hetzij na, ook wel tijdens het verrichten van een handeling bewust is, komen we, ook na ruime tolbetaling aan de psychiatrie in wezen niet. Het geweten blijft een geheim, „quiddam inter Deum et hominem medium” (Calvijn).

Toch is enige nadere omschrijving voor de jurist onontkoombaar en de geëigende weg daartoe is aansluiting aan het algemeen spraakgebruik. Wij hoeven ons voor deze fenomenologische (ik zou haast zeggen naïeve) methode niet te schamen, want grote geleerden die het gewetensverschijnsel in diepgaande studies hebben geanalyseerd (Thomas, Kant, Heidegger, Kierkegaard en de Groningse hoogleraar W. J. Aalders) hebben beklemtoond om toch vooral te letten op de betekenis, welke de volksmond aan het verschijnsel toekent, omdat het zo oermenselijk is en het begrip uit de populaire spreektaal door de wijsgerige en theologische scholen is overgenomen. Wij spreken dan van een stem in ons gemoed, welke ons omtrent een bepaald onderwerp met absoluut gezag zegt of het goed of kwaad (Recht of Onrecht) is en ons daarna onweersstaanbaar oproept tot een dienovereenkomstig gedrag. Het is de toepassing van een innerlijke, godsdienstige, in elk geval heilige absolute norm. Hoewel het woordje heilig ontbreekt, zal men de definitie in de M.v.A. ontw. Dienstweigeringswet (Dww.), Bijl. H. 2e K. 1922/3 no. 77 „Een gebod, dat zich als norm met volstrekt gezag aan (ons) oplegt” hiermee gelijk mogen stellen. In de bekende publicatie van het Ned. Gesprekscentrum „Wezen en Grondslag van het Recht” (Kampen enz. 1957 p. 18) is deze laatste definitie blijkbaar overgenomen. Wanneer wij zien, dat van Dale het geweten, voorzoveel hier van belang, omschrijft als: 1. het innerlijk besef van goed en kwaad; 2. de gezamenlijke al of niet bewuste voorstellingen en begrippen waarnaar de mens de zedelijke waarde van zijn handelen beoordeelt; – dan geloof ik dat deze aanduiding wel verantwoord is.

Onze vraagstelling rept van gewetensbezwaren. Hierbij is dus speciaal gedacht aan het weerstand gevoelen tegen een bepaalde gevorderde praestatie, bv. krijgsdienst ver-

⁷ Het zg. „indicerend” geweten. Daarover spreken wij dus vooral.

richten. Men wil dan passief blijven. Het geweten kan echter ook oproepen tot activiteit, het „eigendunkelijk” wijziging trachten te brengen in een situatie. Dit is dan de *gewetensdrang*, soms *roeping* genoemd. Het bekende opruiingsarrest van 1916, straks te noemen, betrof zo'n geval. Men denke verder aan processieverbod, bigamie (art. 237 Sr.), onbevoegde uitoefening der geneeskunst (art. 436 Sr.), kerkelijke huwelijkssluiting (art. 449 Sr.) enz. In wezen is hier hetzelfde aan de hand, al zal de onweerstaanbaarheid derden, dus ook de rechter, minder gauw aanspreken. Dit geldt ook de straks nog nader te noemen onuitwijkbaarheid. De openbare orde — ook een belangrijke factor — loopt bovendien groter gevaar door een doen, dan door een niet-doen. Voor het gemak zullen we, evenals onze vraagstelling, hoofdzakelijk van gewetensbezwaren spreken.

Met gewetensbezwaar mag worden gelijkgesteld gemoedsbezwaar, een woord dat in het algemeen taalgebruik trouwens ook meestal in dezelfde betekenis wordt gebruikt. Het accent valt dan alleen minder op het weten (van de norm) dan op de plaats waar wij deze norm situeren. „Geweten, Godstem in 't gemoed”, dichte Bilderdijk reeds. Van Dale spreekt eveneens in deze geest van het gemoed als de zetel van ('s mensen) geestelijk gevoel, van „in gemoede menen” als „in het diepst van zijn ziel van mening zijn”, alsmede van „gemoedsbezwaar” als „bezwaar door de stem van het gemoed inz. als zetel der godsdienstige overtuiging”, terwijl hij „gewetensbezwaar” o.m. aanduidt als „gemoedsbezwaar”. In deze zin ook het Woordenboek. Tijdens de parlementaire behandeling van enige hieronder te noemen regelingen is men echter naar onderscheid gaan zoeken, kennelijk aanknappend bij een andere — eveneens bij van Dale te vinden — meer in de emotionele sfeer liggende betekenis van het woord, welke hier echter duidelijk niet aan de orde was. „Gemoedsbezwaar” zou doelen op „iets dat onze licht wisselende en dikwerf slechts ogenblikkelijke stemming of neiging aangeeft” (de heer Brummelkamp tijdens de behandeling van de Eedswet, H. 2e K. 1915/16 p. 1210). Ook bij de behandeling van de Dww. heeft het onderscheid een rol gespeeld, omdat de Minister aan de tegenstelling gemoeds-gewetens-bezwaar een argument ontleende om het

beroep op de Dww. te beperken (H. 2e K. 1922/3 p. 2276), waarover straks meer. Ons lijkt met de heer Dresselhuys (H. 2e K. 1922/3 p. 2270) het maken van onderscheid strodorsen. Tegenwoordig gebruikt men de termen dan ook weer rustig door elkaar. Zie M.v.A. Ontw. Wet bestrijding tuberculose rundvee (Bijl. H. 2e K. 1951/2 no. 2338). Kleene (p. 120) hield – voor zijn tijd begrijpelijk – nog wel aan het onderscheid vast, minder begrijpelijk deswege zeekr. 's-Hage 25 Nov. 1948 M.R.T. XLII p. 361, edoch o.m. wat *deze* overweging betreft in appel vernietigd.

Het conflict nader bezien

De gewetensbezwaarde waaraan wij allereerst denken, heeft bezwaar tegen nakoming van de wet. Willens en wetens verzet hij zich daartegen. In de practijk zal hij eerst met redelijke argumenten zijn recht hebben gesteld, zal hebben trachten aan te tonen dat het positieve recht nog wel een plaatsje voor zijn opinie reserveerde, dan wel voor zijn hoger recht moest wijken. Pas wanneer alles is afgewezen, valt hij terug op het laatste, zijn gewetensovertuiging. Vaak is deze strijd al door anderen voorgestreden, zodat in rechte direct de gewetensovertuiging gesteld wordt. Bij de gewetensdrang zullen deze fasen meestal samenvallen. Bovendien zal vaak de besluitvorming getroubleerd worden door gemoedsbewegingen enz. Toch is ook daar het bewust trotseren van de wet denkbaar. Wij zien de zuivere gewetensbezwaarde als een bepaald type Überzeugungstäter. Zijn overtuiging is echter gebaseerd op het hoogste wat de mens van nature heeft, zijn geweten. Dit onderscheidt hem van andere principiële wets-overtreders, voor wie men in de regel dan ook minder consideraties heeft.

Op welke normen zullen de gewetensbezwaarden zich nu vooral beroepen? In de regel op een door de wetgever zelf aanvaarde norm van de zedenwet, bv. de regel „Gij zult niet doden”, welke tegelijkertijd ook een goddelijke norm is, zodat getwist wordt over de al dan niet volstrekke toepasselijkheid op het onderwerpelijk geval. Sommigen – o.m. minister Heemskerk in de 2e K. bij de behandeling van de Dww., l.c.; zie ook M.v.A. 1e K. 1922/3 no. 77) – hebben het beroep op gewetensbezwaren hiertoe willen

beperken, waarbij zij echter niet de subjectieve overtuiging van de bezwaarde eisten, dat de norm tevens een goddelijk gebod was. M.i. zal men in een gemengde staat, trouwens ook naar christelijk besef, ook hem tot het vellen van een gewetensoordeel in staat moeten achten, die het besef van goed en kwaad niet tot een goddelijke norm herleidt. Aldus ook L. W. G. Scholten, o.c. p. 536. Het maken van onderscheid zou in de practijk ook moeilijkheden kunnen geven, (zie ter illustr. gesch. v. Kiesw. en Leerplichtw.). Ook een juridisch, bv. een volkenrechtelijk, bezwaar kan derhalve tevens een gewetensbezwaar zijn. Zo zullen de - trouwens ook in een verheven stijl vervatte - Rechten van de mens⁸ tevens heilige normen zijn. Doch ook een politiek bezwaar kan tevens een gewetensbezwaar zijn. Zo kan men zich voorstellen, dat voor een overtuigd communist, aanhanger van de leer van het historisch materialisme, het bezwaar tegen de democratische staatsinstellingen en derzelver verdediging voortkomt uit een bij hem diep gewortelde overtuiging omtrent Recht en Onrecht, m.a.w. voor hem een heilige zaak, het enige ware, kan zijn. Ditzelfde heeft n.m.m. voor sommige politieke delinquenten in de afgelopen oorlog gegolden. Wanneer het bezwaar blijft in de sfeer van het recht, van de juiste methode of tactiek, hoe belangrijk ook, waarbij implicite wordt erkend, dat meerdere oplossingen voor betrokkene, hoe onjuist of nadelig ook, mogelijk zijn, zonder tevens absoluut zedelijk verwerpelijk te zijn, is men niet „op gewetensniveau”. Tolbestormers en tegenstanders van overheidsingrijpen in de landbouw in de dertiger jaren beriepen zich niet op hun geweten⁹. In deze geest ook de hoogleraar Steger tijdens de behandeling van de Dww. (H. 1e K. 1922/3 p. 1006). Dit alles geldt ook voor economische, financiële of andere utilistische (vooral op eigen belang afgestemde) bezwaren. De tegenstelling „tussen beurs en geweten” is zelfs spreek-

⁸ Vgl. de considerans van het verdrag van Rome: „Opnieuw haar diep geloof bevestigende in deze fundamentele vrijheden, welke de grondslag vormen voor rechtvaardigheid en vrede (enz.).”

⁹ Zie echter thans ds. Zandt: „Ligt de dag soms na in het verschiep, waarvan de Openbaring van Johannes spreekt... dat slechts diegenen kunnen kopen en verkopen, die het merkteken van het beest hebben? Vele gewetensbezwaarde boeren vrezen dit”. (H. 2e K. 1953/4 p. 231)

woordelijk geworden. Ook duidelijk in de sfeer van de emotie of angst liggende weerstanden of opwellingen zullen er buiten vallen.

De wetmatigheid in de gewetensoordelen waarop wij in de inleiding wezen, zal wel een der oorzaken zijn, dat normbetwistingen gegrond op het geweten betrekkelijk zelden voorkomen. Nauwgezette afweging der waarden, zal immers meebrengen, dat men zich ondanks vaak principiële bezwaren toch nog schikt, zij het „propter vitandum scandalum vel periculum”. Vandaar ook de bereidheid om te gehoorzamen aan wetten, welke onze materiële belangen bedreigen. In de rechtszaal gaat het derhalve practisch steeds om de juiste toepassing der norm, niet om de betwisting. Om het „kisch” te zeggen: „A thief is not necessarily a disbeliever in property”¹⁰. Ook de dief wil in zijn eigendom erkend worden. Toch moeten wij ook het beroep op een zeer individuele norm, welke wellicht alleen geldt voor het concrete geval niet uitschakelen. Elke gewetensbeslissing is nu eenmaal ten laatste een volstrekt individueel ondernemen, een „unbedingtes” handelen, d.w.z. voortkomend uit een niet objectief vast te stellen, niet kentheoretisch te fixeren grondmotief. Het zou trouwens de eerste maal niet zijn, dat één man – terecht – tegen het scheef gegroide geweten van een hele groep is ingegaan (Galilei). Onjuist, nl. neigend in de richting van een collectief geweten deswege Hof Leeuwarden in een straks nogmaals te noemen arrest dd. 23 Feb. 1954 N.J. 1955 no. 420: – „Dit bezwaar (tegen vervangende burgerdienst) wordt bij het Genootschap, waartoe verdachte behoort (Jehova’s getuigen), geenszins algemeen gedeeld, doch het spruit voort uit *eigen* opvatting van Gods Woord (enz.)”. Verderop noemen wij nog een uitspraak – vs. kr. t. v. Oost dd. 1 Aug. 1957 –, waarbij een R.K. Fries zich verzette tegen immunisatie, hoewel, gelijk bekend, de R.K. Kerk hiertegen geen bezwaar maakt. Misschien was deze man, om met professor Rogier te spreken, vergroen-vanprinsterend.

Onze conclusie is: Wanneer iemand verklaart: – Dit heb ik gedaan, omdat ik daartoe door mijn geweten werd gedrongen, dit geloof ik, moet de overheid in zoverre halt houden, dat zij deze uitlatingen als een gewetensuiting

¹⁰ I. Kisch, Inl. Ver. v. W. d. R., XXXX, 1e ged. 1955 p. 28.

aanmerkt, als „mögliche Form” (Jaspers), tenzij de man onmiskenbaar huichelt of schertst, dan wel duidelijk krankzinnig is. In hoeverre zij er verder *rekening mee houdt*, is een andere kwestie.

Het conflict doet zich pas voor, wanneer het gewetensbezwaar voor de betrokkene onoverkomelijk is. Aldus drukken zich ook uit enkele regelingen, waarin gewetensbezwaren tegen bepaalde voorwaarden worden erkend. Toch betekent dit *daar* niet, dat het bezwaar zo onoverkomelijk moet zijn, dat de bezwaarde *coûte que coûte* moet weigeren het gevraagde te verrichten. Er doet zich daar hetzelfde relativiseringsverschijnsel voor als bij de psychische overmacht. Wij kunnen dat goed zien bij de toepassing van de Dww., waar het aantal vrijstellingen veel groter is dan het aantal, dat werkelijk de consequenties zou trekken. In Frankrijk (en destijds in Zwitserland), waar men geen „Dww.” kent, is het aantal weigeraars dan ook opvallend klein, evenals in Nederland het aantal burgerdienstweigeraars. Wanneer op dienstweigering de doodstraf stond, zou het aantal weigeraars nog veel geringer zijn. In de praktijk schijnt „onoverkomelijk” niet veel te verschillen van „ernstig” of „gewichtig”, waarmee men oorspronkelijk bij Dww. en Eedswet heeft willen werken. Ook Minister Ort was destijds niet van het verschil overtuigd (H. 2e K. 1915/6 p. 1335). M.a.w. het zal hierop neerkomen, dat de man, indien tot het gevraagde gedwongen, vermoedelijk in zijn zieleleven ernstig zou worden geschokt, wellicht zijn geestelijk evenwicht zou verliezen, een offer dat de overheid uiteraard niet gaarne van haar onderdanen vergt.

Dan is er het vereiste van de onuitwijkbaarheid. Zodra de man zelf toegeeft – althans, zodra uit zijn houding moet worden afgeleid, dat hij dat doet – dat hij zonder zijn geweten in die mate te bezwaren een andere oplossing had kunnen kiezen, heeft de overheid met het gewetensbezwaar niet meer te maken. Een voorbeeld levert op I.L.R. 10 Nov. 1959 N.J. 1960 no. 1 betreffende een door de Rb. Dordrecht met een niet geheel geslaagde formule aan een automobilist opgelegde voorwaardelijke ontzegging van de rijbevoegdheid met als bijzondere voorwaarde: „dat veroordeelde zich binnen drie weken na het ingaan van de proeftijd zal verzekeren (enz.) tegen W.A.

(enz.).” De officier zag hierin strijd met art. 14c lid 3 Sr., nu veroordeelde principiële bezwaren van godsdienstige aard tegen zodanige verzekering had. De H.R. achtte die strijd niet aanwezig, daar de Rb kennelijk had bedoeld, dat de voorwaarde ook niet werd overtreden, wanneer de veroordeelde zich onthield van autorijden. Soms is zo’n alternatief echter dermate buiten de orde, dat men toch aan het bestaan van de conflictssituatie moet vasthouden. Iets dergelijks deed zich destijds voor bij het hierna nog te noemen Besluit bestrijding tuberculose rundvee, waar het gewetensbezwaar betrekking had op de strafuitsluitingsgrond „het aangesloten zijn bij een gezondheidsdienst” en men dit conflict zou kunnen ontgaan door te voldoen aan de hoofdnorm „geen koeien meer houden”. Ook thans, schoon juridisch-technisch anders geformuleerd, is de situatie nog zo. Er is dan ook wel gesteld (Hof Arnhem 2 Oct. 1952 N.J. 1952 no. 227), dat zich deswege mogelijk geen onuitwijkbaar conflict voordeed. Zie ook de heer Louwes in de 1e Kamer (H. 1951/2 p. 948). Deze ontsnapingsmogelijkheid, niet veel meer dan de vrijheid om eigen economisch graf te delven, lijkt echter, uitzonderingen daargelaten, te verwaarlozen, waarbij ik buiten beschouwing laat, dat ook het beroep iemands roeping kan zijn, m.a.w. voor betrokkene godsdienstige zin kan hebben, vooral wanneer hij dat jarenlang heeft uitgeoefend.

Wanneer rechter en bezwaarde verschillen omtrent de onuitwijkbaarheid en de laatste beschouwt deze als een onderdeel van het gewetensbezwaar, zal de rechter hierover oordelend komen op het terrein van het gewetensbezwaar zelf. Wij zien dit straks, wanneer gewetensbezwaarden weigeren gebruik te maken van de door de wet geboden gelegenheid vrijstelling wegens gewetensbezwaar te vragen. Zo men weet, neemt de H.R. in ’t algemeen aan, dat men als men de voorgeschreven administratieve weg niet volgt niet meer aan overmacht toekomt (H.R. 19 Nov. 1917 N.J. 1917 p. 1238 W. 10204).

Het conflict elders

Wij spreken over gewetensbezwaren tegen door straf gesanctioneerde normen. Dit betekent, dat bezwaren tegen administratieve maatregelen, waaraan deze sanctie niet

verbonden is, er buiten vallen. Toch kan men zich het conflict ook hier voorstellen. Als voorbeeld verwijs ik naar een extra-judiciële beschikking van de ktr. te Leeuwarden dd. 16 Jan. 1951 N.J. 1951 no. 191. Het betrof een verzoek van de K.v.K. krachtens art. 20 (thans art. 28) Handelsregisterwet tot doorhaling van de vermelding „Fries” en „Ned. staatsburger” achter de vraag omtrent de nationaliteit van de vennoten der firma Doekel Brouwer, opgenomen in de door die firma ingediende opgaaf voor inschrijving in het handelsregister. De ktr. wees dit door hem op zich zelf gewettigd geacht verzoek af, omdat Brouwer hem had verklaard, dat hij lid was ener gereformeerde kerk, dat hij als christen zich gehouden wist tot de gehoorzaamheid aan de overheid, dat die regel ook bij hem slechts één uitzondering bevatte, nl. dat hij Gode meer had te gehoorzamen dan de mensen. Dat hij hier deze uitzondering aanwezig achtte en gewetensbezwaar had mede te werken tot verandering der opgave, tenzij in de door hem hierboven aangegeven zin, aangezien God hem als Fries had geschapen. A.G.C. van Proosdij (N.J.B. 1951 p. 432) heeft ontkend, dat Doekele zich op een gewetensbezwaar had kunnen beroepen, omdat van hem zelf niet een bepaalde prestatie werd verlangd (bv. iets ondertekenen). Gelijk hiervoor betoogd, is dit niet beslissend. Ook wanneer men passief kan blijven, kan men zich toch om des gewetens wille geroepen achten tegen het bestaan of het zich wijzigen van een situatie bezwaar te maken en zeker als gerequesteerde. 't Enige was dat Doekele geen s.f. kon plegen met dit verzet.

Wij staan hier intussen op de overloop naar het civiele recht, waar de conflictssituatie ook niet ondenkbaar is, doch zich zelden voordoet, vermoedelijk omdat het althans in het eigenlijke civiele recht meestal om zakelijke kwesties gaat en de mensen, gelet op de hier heersende vrijheid, een voor hen onaanvaardbaar bedrijf wel zullen vermijden (een r.k. persoon zal niet in een Sanitas-winkel gaan werken), terwijl bij eventuele wanprestatie om des gewetenswil een vervangende prestatie (schadevergoeding) gauw verricht kan worden. Ook is toetsing hier natuurlijk een moeilijker zaak. Een enkele maal verneemt men er nochtans iets van. Zo nam pres. Rotterdam dd. 27 Aug. 1957 N.J. 1958 no. 224 een Ambonnees in be-

scherming die een arbeidsverhouding had verbroken om voor zijn vrouw te zorgen. De vrouw was ziek tengevolge van een miskraam en werd door angsten gekweld. De Ambonnees werd door zijn werkgever ex art. 6 B.B.A. aangesproken. De pres. overwoog dat het voor de Ambonnees, een man met een uitheemse mentaliteit, een gewetenszaak was die weg te volgen, omdat hij anders handelend, zou komen in een ernstige psychische ontstemming en tot een niet te dragen verlies van zelfrespect. De pres. nam overmacht aan. Als voorbeeld van een gewetensbezwaar in de door ons bedoelde zin is deze zaak overigens niet geheel geslaagd, het is eerder een menggeval, waarover wij straks nader spreken. De pres. sprak trouwens ook van een conflict in de *affectieve* sfeer. In wat wijder verband spreken over het probleem o.m. F. W. Bosch en W. J. Habescheid in de *Jur. Zeitung* van 15 Apr. 1954 (zie ook N.J.B. 1954 p. 523). De schrijvers gaan vrij ver: de gewetensbeslissing moet ook in het civiele recht erkenning vinden, voor zover ze niet in lijnrechte strijd is met de openbare orde. Wel trachten ze door wijziging van de overeenkomst of verrekening van de wederzijdse prestatieplicht nadelen voor de wederpartij te voorkomen. Voorbeeld: een bioscoopexploitant boekt volgens het gebruik „blind” een bepaalde film, welke voor hem naderhand onaanvaardbaar blijkt, i.e. „Die Sünderin”. In dit geval zou hij een andere film kunnen nemen. „Treu und Glauben” zullen als regulatief beginsel moeten fungeren. Ik vrees, dat de Nederlandse rechter niet zover zou gaan, doch zou zeggen: Gij moet het risico zelf dragen, wanneer gij om op zich zelf edele motieven een film niet wilt draaien.

De „materialistische” inslag van de fiscus zal wel een der redenen zijn, waarom een beroep op gewetensbezwaar tegen het betalen van belasting zelden gedaan is – hoogstens in de vorm van verzet tegen de invordering – en nog minder erkenning heeft gevonden.

De straks te noemen bijzondere regelingen vallen echter niet buiten ons onderwerp, daar zij dispensaties op de door straf gesanctioneerde normen inhouden, welke, voorzoveel hier van belang, speciaal voor dit doel gegeven worden. Worden ze geweigerd, dan geraakt de bezwaarde, wanneer hij in zijn houding volhardt, onmiddellijk in

overtreding. Het betreft hier alleen een voorfase, doch in materiële zin is hetzelfde aan de hand; is sprake van mensen, die principieel niet willen buigen voor de door straf gesanctioneerde wet. Dit zou pas anders worden, wanneer de strafrechter met betrekking tot een gewetensbezwaar „schuld” zou kunnen vaststellen. Alsdan gaat het wel om verschillende zaken en kan men zeggen, dat uit de omstandigheid, dat de wetgever hier en daar regelingen heeft getroffen, nog niet kan worden afgeleid, dat hij per se de straffeloosheid van de gewetensbezwaarde niet heeft gewild. Dat de rechter echter over de schuld aan een gewetensbezwaar zou kunnen oordelen, ontkennen wij, gelijk reeds blijkt uit de inleiding. Thans de vraag:

„Respecteert” ons strafrecht het gewetensbezwaar?

Er zijn momenteel een aantal gezaghebbende schrijvers, die zulks, zij het vaak zeer aarzelend, aannemen. Ik noem allereerst J. M. van Bemmelen, die in R.M.-Themis 1952 p. 262 stelt, dat een ernstig gewetensbezwaar een rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond kan opleveren, al zal het feit, dat de wetgever een bepaalde gedraging verboden heeft bijna steeds op zo ernstige morele grond zijn geschied, dat de gevallen waarin eigen gewetensbezwaren zwaarder moeten wegen zeer zelden voorkomende uitzonderingen zullen zijn. In zijn jongste werk (Ons Strafrecht, Haarlem 1959 p. 138) denkt van Bemmelen echter uitsluitend aan de mogelijkheid van een schuld-uitsluitingsgrond. In dezelfde geest Langemeijer bij Noyon, aant. 8 bij art. 40 Sr.: – geen noodtoestand, wel overmacht, wanneer men zich bij een redelijk mens een overweldigende drang van het gewetensbezwaar kan voorstellen. Ook elders heeft Langemeijer zich over het probleem uitgelaten, waarover straks. Op – in wezen – hetzelfde standpunt staat vermoedelijk Bronkhorst (diss. p. 230 ev. en stelling VI), alsmede Hooykaas, allereerst als A.G. in zijn beroemde conclusie, hierna te noemen en naderhand in zijn inaug. rede (pp. 7 en 8). Ook Vrij was pro (T.v.S. LXII p. 64), waarover straks meer. Scherp tegenstandster is mevrouw Hazewinkel-Suringa, wier argumenten hieronder nog wel ter sprake komen, ten dele zijn ze identiek met de mijne: zie Ars Ae. 1951/2 p. 147,

R.M.-Themis 1954 p. 362, T.v.S. 1957 p. 222 en *Inl.*, 2e dr. p. 165. Ook Pompe, die de bestudering van het vraagstuk door zijn diepgaande noten – hieronder te noemen – op gang heeft gebracht, is tegenstander. Beslissend argument: De rechter mag niet over het geweten van zijn medemens oordelen (*Handb.*, 5e dr. p. 140), ook ons argument, gelijk men wel begrijpt. Destijds waren ook nog afwijzend, zij het met duidelijke tegenzin: van Eck in zijn bekende diesrede van 1956 (p. 13) en W. Jonkers (*A.Ae.* 1954/5 p. 77 ev.). Van Hattum was blijkbaar destijds ook tegenstander (p. 354). De oudere schrijvers waren allemaal „tegen”.

Gaan wij nu na of iure constituto een gewetensbezwaar een rechtvaardigings- of strafuitsluitingsgrond kan opleveren, daarbij de betrekkelijke jurisprudentie van de H.R. analyserend. Bezien wij daartoe eerst de psychische overmacht, de situatie, waarin op iemand zodanige drang wordt uitgeoefend dat hij niet meer tot een objectieve afweging van „voor” en „tegen”, niet tot normale besluitvoering kan komen, terwijl zulks bij praktisch ieder mens, die in dezelfde geestestoestand zou geraken, het geval geweest zal zijn, een en ander i.t.m. de straks nog te noemen noodtoestand, als wanneer men zijn geestelijke evenwichtstoestand nog wel heeft kunnen bewaren. In dit geval gaat het derhalve om een beslissing, die anders uitgevallen zou zijn, wanneer men vrijelijk had kunnen kiezen, terwijl de drang (*Smidt I* p. 375) als uitwendige oorzaak van ontoerekenbaarheid buiten de dader zelf gelegen moet zijn. Men voelt, dat het gewetensbezwaar, juist een vrije beslissing voortkomend uit het diepe innerlijk, hier niet thuis hoort. Ook al wordt ze na zware innerlijke strijd genomen, tenslotte is het onze beslissing, draagt ze het stempel van onze verantwoordelijkheid. Aldus ook mevrouw Hazewinkel (*A.Ae.* 1951/2 p. 147). M.a.w. zolang het gewetensbezwaar nog als een vrije wilsact gequalificeerd kan worden, heeft men met overmacht niet te maken. Wij geven echter toe, dat wij hier van een wetenschappelijk niet te bewijzen a priori uitgaan. Zij die bv. de filosofie van Karl Jaspers tot levensbeschouwing hebben gekozen, althans deze hierin hebben vervlochten, zullen hier een grenssituatie herkennen, waarin juist van een onverklaarbare identiteit van hoogste vrijheid en

hoogste dwang gesproken kan worden, uit welk conflict zich dan de mens alleen maar door een existentiële – niet rationeel te beredeneren – daad kan bevrijden. Ook de Christen zal deze paradoxen ervaren. Men denke aan Luthers woord op de Rijksdag te Worms: Hier sta ik en ik kan niet anders. Doch kan een wereldlijk rechter hierover oordelen?

Op de hiervoor genoemde overwegingen is ook gebaseerd het bekende arrest H.R. 26 Juni 1916 N.J. 1916 p. 703 t.a.v. de predikant, die een manifest, dat opwekte tot dienstweigering had verspreid en deswege door Rb. Alkmaar wegens overtreding van art. 131 Sr. was veroordeeld. De H.R. overwoog, dat req. zich weliswaar beriep op overmacht, aanvoerende, dat zijn geweten hem daartoe had gedrongen, doch dat het Hof de drijfveer, welke verdachte had bewogen – door het Hof gekenmerkt als een „innerlijke drang tot handelen *zonder meer*”, nader door de H.R. geparafraseerd als een drang *niet* veroorzaakt door rechtstreeks op req. inwerkende bijzondere *uitwendige* omstandigheden, nl. zijn innige overtuiging omtrent het zedelijk ongeoorloofde van de krijgsdienst en van hetgeen daarmee samenhang – terecht niet als overmacht in de zin van art. 40 Sr. had aangemerkt, zijnde deze drijfveer „slechts een uit eigen opvattingen omtrent de zedelijke en maatschappelijke waarde van wettelijke instellingen en voorschriften voortspuitende drang”. Daarmee was het probleem teruggebracht tot de tegenstelling tussen rechtsnorm en (een gevoelde) ethische verplichting, welke normen reeds nu eenmaal „zonder meer” niet kunnen collideren. In deze zin werd dan ook – andere hier niet ter zake doende punten daargelaten – door het H.M.G. op 11 Febr. 1919 M.R.T. XIV p. 505 beslist t.a.v. een joodse luitenant, die had geweigerd op Zaterdag de wacht te betrekken en zich door middel van zijn raadsman beriep op overmacht in de zin van een conflict van plichten, nu de luitenant was gesteld tussen de keuze de hem gegeven order na te komen of te gehoorzamen aan de door zijn geloofsovertuiging opgelegde plicht de Sabbath te vieren.

Algemeen werd de kwestie sedert als afgedaan beschouwd. Vermoedelijk zal dit *één* van de redenen zijn geweest, waarom in de politieke rechtspraak het beroep op het geweten, voorzover ik kon nagaan, betrekkelijk

weinig voorkomt, al waren er uiteraard ook *andere*: velen erkenden „fout” te zijn geweest, hadden dus geen behoefte meer aan dit verweer, hoogstens aan een beroep op de straks nader te bespreken dwaling: Bijz. Hof Arnhem 24 Apr. 1946 N.O.R. no. 443: Nederlander meende als volksduitsler verplicht te zijn tot Duitse krijgsdienst. Bovendien was aan het staande houden van de juistheid van het gedrag het risico verbonden, dat de rechter zulks als een halsstarrige houding zou aanmerken (BR.v.C. 17 Juni 1946 N.O.R. no. 395). Tenslotte zullen velen niet gedrongen zijn door een voor hen *heilige* norm (Bijz. Hof 's Hage 25 Juli 1946 N.O.R. no. 441: dringende *behoefte* het Nederlandse volk te dienen), al beriep Rauter zich hierop wel enigszins (BR.v.C. 12 Jan. 1949 N.J. 1949 no. 87), evenals Mussert, die bij het Hof had aangevoerd, dat de bevordering van actieve deelneming aan de Duitse oorlogsvoering was geschied in de heilige overtuiging het vaderland te dienen, welk verweer in juridische vorm door één der raadslieden saamgevat, de BR.v.C. dd. 20 Mrt. 1946 N.O.R. no. 124 ertoe bracht een soortgelijke uitspraak te doen als de twee andere toprechters: – Het persoonlijk inzicht kan geen maatstaf zijn voor hetgeen volgens de rechtsorde of de morele orde gerechtvaardigd is te achten, wil men niet iedere objectieve orde in de samenleving voor elk afwijkend gevoelen aantastbaar maken. Met name de terminologie van de H.R. vindt men naderhand in vele beslissingen terug, doch ook de BR.v.C. maakte school (zeekr. 's Hage 1 Dec. 1955 M.R.T. XLIX p. 85 t.a.v. een gewetensbezwaar tegen militaire dienst).

Grote twijfel kwam met het arrest van de H.R. van 20 Juni 1950 N.J. 1951 no. 348 waarin een Alphense veehouder cassatie had aangetekend wegens een tegen hem in appel uitgesproken veroordeling van het Besluit bestr. t.b.c. onder h. rundv. en er zich over beklaagde, dat de Rb. zijn verweer „ik heb gewetensbezwaren enz.” niet had weerlegd. De H.R. stelde toen, dat dit beroep „naar zijn strekking ... een verweer (was) als bedoeld in art. 358 derde lid Sv. en de Rb. daaromtrent bepaaldelijk een beslissing had behoren te geven”. In zijn bekende noot heeft Pompe vermoed, dat de H.R. hiermee in beginsel „de mogelijkheid” – en wel in de vorm van overmacht –

heeft aanvaard (zie ook Handb. 5e dr. p. 140). Tegen deze interpretatie heeft mevrouw Hazewinkel met een beroep op oudere jurisprudentie, ook vermeld door van Eck in zijn practadv. voor het Thijmgenootschap (p. 36), dit arrest geheel strafprocessueel willen verklaren, omdat het constante rechtspraak zou zijn, dat op elk beroep op een strafuitsluitingsgrond, ook indien dit ongegrond geschiedt, toch een afzonderlijke beslissing zou moeten worden gegeven, doch deze poging moet – s.o.r. – worden afgewezen, reeds hierom, omdat de latere jurisprudentie juist de andere kant opgaat: wanneer het aangevoerde niet bevrijdend kan zijn, behoeft hierop geen beslissing te worden gegeven. Ik verwijs o.m. naar H.R. 18 Jan. 1949 N.J. 1949 no. 309, doch vooral naar H.R. 3 Apr. 1951 N.J. 1951 no. 463, straks in ander verband nog te bespreken.

Bovendien was de opvatting van de Utrechtse hoogleraar nog om een tweede reden verklaarbaar. Immers op dezelfde dag heeft de H.R. (N.J. no. 349) in een andere zaak een arrest gewezen, dat eveneens de mogelijkheid van een strafuitsluitingsgrond voor gewetensbezwaarden openhield. Het betrof iemand uit Apeldoorn, die een deserteur had verborgen en door de feitelijke rechter was veroordeeld ex art. 189 lid 1 Sr. Nu had echter de deserteur een beroep gedaan op de Dww. en had mitsdien, zomen de zaak al tot een einduitspraak zou laten komen (zie hierover verderop) nog een kans op vrijspraak in de zin van art. 193 Rechtspl. Landm. Zou men onder deze omstandigheden nog wel kunnen stellen, dat de deserteur „schuldig” was (aan desertie), gelijk art. 189 lid 1 Sr. eist? De H.R. achtte zulks toch wel mogelijk, deze uitdrukking lezende in de zin van „het begaan hebben van (desertie)” en overwoog t.a.v. het beroep op noodtoestand – immers alsdan was er niet meer sprake van een strafbaar feit –: „dat ... het zich bij een dienstplichtige voordoen van gewetensbezwaren ... ook indien deze erkend zijn of voor erkenning in aanmerking komen, niet oplevert een noodtoestand, waardoor een door hem begaan strafbaar feit niet strafbaar is”. Daarmee was dus uitgemaakt, dat noodtoestand als rechtvaardigingsgrond in elk geval niet in aanmerking kwam. Begrijpelijke beslissing, want als men wat wil doen, is geringere concessie mogelijk; recht-

vaardiging van 't gedrag gaat wel ver. 't Schijnt, dat de H.R. inderdaad de geringere uitlaat niet geheel afsloot, immers hij vervolgde „ongeacht in hoever het (strafbaar) feit hem (de deserteur) kan worden verweten”. Hoewel de H.R. een slag om de arm houdt (hij „acht” de vraag „niet”), zal hij toch n.m.m. de mogelijkheid om wegens een gewetensbezwaar straffeloos te worden niet uitgesloten hebben willen achten, anders zou hij deze toevoeging vermeden hebben. Het arrest H.R. 17 Juni 1952 N.J. 1952 no. 683 eveneens handelend over gewetensbezwaren is weinig relevant¹¹: – de Rb. had hier het beroep op gewetensbezwaren verworpen op de enkele grond, dat dit niet een strafuitsluitingsgrond opleverde, welke in het betrokken besluit (bestr. t.b.c. enz.) was genoemd, hetgeen uiteraard gelet op het arrest van 1951 een niet gemotiveerde afwijzing mocht heten.

Het is intussen niet direct duidelijk, hoe wij – tegenover de afgewezen noodtoestand allereerst aan de psychische overmacht denkend – het gewetensbezwaar, gezien het verleden, hierin moeten „plaatsen”. Wanneer wij ons echter bedenken, dat voor het aannemen van psychische overmacht mag worden gelet op des daders psychische toestand, op zijn karakter en wezen, dan zouden wij daartoe ook een bepaalde geestelijke constellatie kunnen rekenen. Wanneer een dergelijke man geconfronteerd wordt met voor hem buitengewone omstandigheden, dan zou zulks tot de conclusie kunnen leiden, dat betrokkene redelijkerwijze niet anders heeft kunnen reageren. Als (negatief) voorbeeld zou ik kunnen noemen Hof Arnhem 2 Oct. 1952 N.J. 1952 no. 227 betreffende een gewetensbezwaar tegen aansluiting bij een gez.h.dienst voor dieren: „in het namens verd. aangevoerde (ligt) niet besloten..., dat verd. het feit zou hebben begaan onder een zodanige psychische dwang, dat vrije wilsvorming en rustig en redelijk overleg waren uitgesloten”. Pompe, die deze mogelijkheid ook overweegt, denkt hier aan opdracht of aandrang van een persoon die over de verdachte moreel gezag heeft. Vroeger zou men alleen bedreiging of dwang voldoende hebben geacht: H.R. 24 Apr. 1939 N.J. 1939

¹¹ De opmerkingen, welke mevrouw Hazewinkel (Inl. p. 166 noot 2) over dit arrest maakt, moeten, het zij in alle eerbied gezegd, op een vergissing berusten van de hooggeleerde schrijfster.

no. 939. Wij kunnen ons deze figuur overigens eerder plaatsen bij de gewetensdrang, dan bij het – bezwaar, omdat in het laatste geval de tijd tot overleg groter is, hoewel hier weer allerlei invloeden mogelijk zijn, vooral bij jeugdige personen vanwege oudere lieden, artsen, predikanten, pastoors enz. Intussen hebben wij, wanneer deze oplossing door de H.R. werd bedoeld, niet met het zuivere gewetensbezwaar te maken, doch met gewetensbezwaar in de zin van *gewetensnood*. De rechter oordeelt dan immers, dat 's mans besluitvorming gestoord was, dat zijn wil, wel beschouwd, *niet* tegen de wet was gericht. Wij hebben dan met een mengvorm te maken, waarover wij straks nog iets zullen zeggen. Tegen deze oplossing hebben wij geen bezwaren, al beseft een ieder, dat zij de hoogste eisen stelt aan de prudentie des rechters.

Met de tweede interpretatie treden wij buiten de psychische overmacht. Alsdan wordt de vraag van het „kunnen” nl. in sterke mate mede bepaald door de vraag of de rechtsorde verlangt, dat men aan een dergelijke drang weerstand moet bieden, m.a.w. door objectieve factoren, belangenafwegingen, die uit de verschillende voorschriften van de rechtsorde in haar geheel blijken. In deze geest Langemeijer. Zie behalve Noyon, zijn *Inl. Wijsb.* (p. 256) en zijn opmerkingen in de vergadering van de ver. v. W. d. R. (H. XXXXIII, 2e ged. 1958 p. 54): – de gewetensbezwaarde heeft de zwaarste verplichting zich af te vragen of zijn bezwaar werkelijk opweegt tegen de reusachtige nadelen van inbreuk op het positieve recht. Goede trouw in de zuiver subjectieve zin is daarbij geen voldoende verantwoording. In deze geest ook Hooykaas als A.G. in zijn belangrijke conclusie bij het eerste veeboerarrest: 1. het bezwaar moet in de voorstelling van de bezwaarde onoverkomelijk zijn; 2. het rechtssysteem moet het als overmacht kunnen aanvaarden, hetgeen blijkens zijn oratie (pp. 7 en 8) Hooykaas het geval acht, wanneer de schade voor de staat uit de erkenning voortvloeiend... geringer zou zijn, dan de schade voortvloeiend uit eventuele niet-erkenning, waarbij dan in aanmerking zou moeten worden genomen of de schade van de staat nog langs andere weg kan worden vergoed. Men is hier aan de buitenste rand van art. 40 Sr., de schulditsluitende noodtoestand. Wanneer men het met mij vrecmd

vindt om van de man die uit de volle kracht zijner ethische persoonlijkheid heeft gehandeld te zeggen, dat hij door overmacht is gedrongen (art. 40 Sr.), zou men een betere term kunnen zoeken, welke de afwezigheid der schuld uitdrukt: – d.w.z., dat de rechter onder deze omstandigheden geen straf behoeft op te leggen, de strafbehoefte der maatschappij niet meer aanwezig is. Wat te denken van Unzumutbarkeit? (zie ook van Bemmelen, O.S. p. 137). Dit regulatieve rechtsbeginsel kan echter op zoveel „randgevallen” worden toegepast, het zou ook goed dienst kunnen doen bij de verruimde psychische overmacht, zo-even besproken. Zou de H.R. niet nog een wat preciezer en inheemser rubricering op het oog gehad kunnen hebben, passend in ons strafuitsluitingssysteem? Het zou mogelijk zijn, dat de H.R. die het vermeed over overmacht te spreken, dacht aan een strafuitsluitingsgrond sui generis, afgestemd op de bijzondere aard – het hoogst persoonlijke – van het gewetensbezwaar. Dit zou dan de derde interpretatie zijn. Wij zouden dit als volgt willen verduidelijken:

In zijn doorwrocht praeadvies van 1930 voor deze vereniging (p. 61 ev.) heeft Vrij uitvoerig de stelling verdedigd, dat als uitvloeisel van het beginsel „geen straf zonder schuld” schuld in de zin van het kunnen beseffen (voorzien) van feit en wederrechtelijkheid (materieel gezien) tot de elementen van een s.f. behoort, al moet men zulks bij overtredingen processueel verwerkt zien in de constructie van de ongeschreven strafuitsluitingsgrond „avas”. Bevinden wij ons dan bij de van buiten aangebrachte oorzaken der ontoerekenbaarheid, waarom zou dit beginsel zich niet kunnen concretiseren, buiten het uitdrukkelijk genoemde art. 37 Sr., bij de *inwendige* oorzaken? Aan deze onderscheidingen heeft Vrij vermoedelijk gedacht, toen hij in 1953 in zijn reeds geciteerde T.v.S.-artikel de grond voor het wegvallen van de strafbaarheid van de gewetensbezwaarde zocht in de (niet-) toerekeningsvatbaarheid van de dader, „die behalve bij gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing van zijn psychische vermogens ook kan ontbreken, indien die nog onvoldoende ontwikkeld of zoals bij slaapwandelaar en gehypnotiseerde, ook zonder gezondheidsaantasting, innerlijk gestoord zijn; en nog bij een enkele andere speciale constellatie

van zijn innerlijk (gewetensbezwaar) valt zijn persoon individueel het feit niet te verwijten". Vrij knoopt hier aan bij de aanvankelijke opzet van ons wetboek, toen art. 37 nog de slaapwandelaar zou omvatten en art. 38 (oud) de jeugdige persoon voor straf behoeft. Wij moeten ons voorstellen, dat met behulp van voornoemd beginsel thans deze groepen, althans sommige ervan, toch nog aan bod kunnen komen. En daartoe rekent Vrij ook de gewetensbezwaarde, ook een persoon, die het niet helpen kan, dat hij er een afwijkende geestelijke constellatie op na houdt en deswege niet geacht kan worden het feit gelijkwaardig met de rechtsgenoten te beseffen en het krachtens dat inzicht zijn wil kunnen bepalen. Invloed van de Duitse jurisprudentie en commentariërende literatuur (vooral K. Peters, J.R. 1949 p. 496) inzake de bekende euthanasie-processen zal hieraan evenmin vreemd geweest zijn: – Het betrof hier artsen, die hadden meegewerkt aan Hitlers moordcampagne tegen ongeneeslijke zieken, omdat zij zich door hun geweten gedrongen gevoelden op deze wijze tenminste een aantal mensen te redden. Zij werden vrijgesproken wegens een ongeschreven persoonlijke strafuitsluitingsgrond. Het aannemen van een verontschuldigungsgrond, waardoor „de schuld aan de daad" weggevallen zou zijn, zou, aldus motiveerde zulks een der uitspraken tot „unübersehbaren Folgen" geleid hebben (enz.). Hoewel deze rechtsfiguur – een aan de persoon gebonden strafuitsluitende qualificatie – in het Duitse strafrecht om zeer uiteenlopende redenen voorkomt, vaak buiten het eigenlijke strafrecht gelegen (extritorialiteit), zijn er ook toepassingen, welke met de gedachte „heel geringe schuld" verband houden, hetgeen de wetgever in zo'n geval dan heeft bewogen om de straf maar geheel uit te sluiten. Vgl. bv. par. 257 lid 2: „Begünstigung" door een familielid van de dader om hem aan bestraffing te onttrekken. Peters somt zelfs toepassingen op, welke op ons terrein liggen.

Op het eerste gezicht schijnt hier een stevig plechtanker uitgeworpen voor het benarde geweten. De onmiddellijk bij een ieder opkomende bezwaren tegen de constructie van overmacht of noodtoestand ontbreken. Men bevindt zich hier nl. niet op het vlak der voorzienbaarheid, de subjectieve wederrechtelijkheid (vandaar geen avas in

de zin van geen-culpa), maar trekt zich verder terug in het hoogst individuele, het innerlijk van de mens, waar men zich het geweten gesitueerd denkt. Alsdan zou het gewetensbezwaar opleveren een ongeschreven hoogst-persoonlijke strafuitsluitingsgrond (sui generis), een concretisering van het beginsel „geen straf zonder schuld“, doch ditmaal in de hoogst persoonlijke sfeer, op de lijn van de niet-toerekeningsvatbaarheid in de zin van art. 37 Sr. Wanneer wij bedenken, dat Vrij als gezaghebbend strafrechtjurist in die dagen ongetwijfeld sterk zijn stempel heeft gedrukt op de jurisprudentie van de H.R., lijkt het niet uitgesloten, dat de H.R. destijds een oplossing in deze geest voor ogen heeft gestaan, temeer daar Vrij in het arrest waarin zo merkwaardig alleen over 't verwijten (van schuld) werd gesproken (1951 no. 349) rapporteur was.

Bij nader inzien lijkt deze oplossing toch moeilijkheden te geven. Allereerst met betrekking tot de vraag of zij ook het eigenlijke doelebewuste tegen-de-wet-ingaan omvat of meer de gewetensnood. Is dit laatste het geval, dan zijn we eigenlijk weer bij de verruimde psychische overmacht terechtgekomen en vraagt men zich af, wat het voor zin heeft om met een aparte strafuitsluitingsgrond te werken. Is het eerste het geval, dan zal men toch weer moeten afwegen naar objectieve maatstaven. Men kan toch alles maar niet door de gewetensbezwaarde laten bedreigen? Men zal dus moeten werken met „toerekenen“. Doch in wezen komt men dan weer terecht bij de zg. objectieve overmacht. Ook in Duitsland is het „Schrifttum“ thans wel vrijwel unaniem van mening, dat de toepassing van de figuur van de persoonlijke strafuitsluitingsgrond een verkapt opereren met een verontschuldigungsgrond is geweest.

Welke mening met betrekking tot genoemde drie mogelijkheden zouden wij echter *thans* aan de H.R. moeten toeschrijven? Laat ons daartoe eerst nog drie arresten bezien, alle inzake onbevoegde uitoefening der geneeskunst, waar eveneens de afwijkende innerlijke overtuiging een rol speelt. In al deze arresten liep het debat over de al of niet toepasselijkheid van overmacht:

1. Het eerste arrest – H.R. 3 Apr. 1951 N.J. 1951 no. 463 – speelt zich geheel af binnen de sfeer van de psychische overmacht. Overigens is het in de processuele fase blij-

ven steken. Zowel verdachte als raadvrouwe hadden zich hier op overmacht beroepen door – aldus de H.R. – resp. te stellen: „Ik mocht en kon het verzoek dier personen om hulp niet afwijzen” en „er bestond een plicht tot helpen; verdachte moest rekening houden met zijn plichten en humaniteitsgevoel”. Hiermee is echter – aldus de H.R. – niet uitgedrukt, dat verdachte in zijn handelen werd gedreven door een drang die hem zo krachtig of overrompelend overmande, dat hij daartegen geen voldoende psychische weerstand vermocht op te brengen. Derhalve is geen eigenlijk verweer van overmacht voorgedragen en behoefde het v.s. daarover geen beslissing te geven.

2. Ook het tweede arrest – H.R. 27 Jan. 1953 N.J. 1953 no. 225 – is blijven „steken”. Hier verklaarde verdachte: „Ik voel in mij een drang om de mensen te helpen en ik kan aan die drang geen weerstand bieden. Het is een gave van God”. Op deze uitlating had de Rb. niet gereageerd, wel op de stelling van de raadsman: „Voor verdachte die zich bewust is van zijn gave en die ziet het lijden waarin de in de t.l.l. genoemde personen verkeerden, is het niet mogelijk zich van de door hem begane handelingen te onthouden”. De Rb. had dit verweer wel verworpen door te stellen, dat „de gestelde zedelijke verplichting tot genezing van een zieke *zonder meer* (denk aan de terminologie van het Hof te vinden in 's Hogen Raads arrest van 1916 – R.) geen overmacht t.a.v. de overtreding van ... art. 436 Sr. kon opleveren”. De Rb. behoefde de uitlating van verdachte – aldus de H.R. – niet afzonderlijk te weerleggen, daar deze „niet meer of anders” inhield dan hetgeen de raadsman aanvoerde, immers zij behelsde slechts „*het bloot verklaren*” door verdachte, dat hij een drang om te helpen uit krachte van hetgeen hij als een gave beschouwde, gevoelde en aan die drang geen weerstand kon bieden” en dit behoeven – aldus de H.R. – geen overmachtsomstandigheden te zijn. M.a.w. voor overmacht was te weinig gesteld. In dit arrest wordt echter de vraag acuut of de H.R. aan „subjectieve” of „objectieve” aanvulling dacht. De A.G. Lange-meijer dacht aan het laatste en zocht derhalve de oplossing in de exclusieve strekking van art. 436 Sr. jo de W.U.G.

3. In het derde arrest – H.R. 26 Mrt. 1957 N.J. 1957

no. 473 – schijnt de H.R. de terminologie van de Rb. ontleend aan 1916 op zijn beurt weer te hebben overgenomen. Hier had verdachte's raadvrouw zich o.m. beroepen op de innerlijke overtuiging van verdachte die haar tot haar handelwijze drong. De Rb. had het echter onaannemelijk geacht, dat deze overtuiging dermate dwingend tot dienovereenkomstig handelen noopte, dat verdachte dit handelen onmogelijk achterwege zou kunnen laten. De H.R. achtte (allereerst) de gronden, welke de beslissing droegen ten dele van feitelijke aard en overwoog verder dat een beroep op „een gevoelde zedelijke verplichting *zonder meer* geen overmacht t.a.v. de overtreding van art. 436 Sr. oplevert *en* de Rb. heeft kunnen aannemen, dat requirante's overtuiging in dezen niet dermate dwingend ... noopte” enz. Ook dit arrest is aan multi-interpretabiliteit onderhevig. Men kan, gelijk Langemeijer in no. 2 de aanvulling in de objectieve sfeer zoeken. Toch schijnt de zinsbouw – „en” lijkt op „zonder meer” terug te slaan, zodat het laatste zinsdeel te kennen geeft, waarom de Rb. het beroep op overmacht niet „rond” kon achten – erop te wijzen, dat de H.R. het ontbrekende wil aangevuld hebben door meer blijken van werkelijk onoverkomelijke drang naast de innerlijke overtuiging, alzo een aanvulling op de wijze als hiervoor uiteengezet, in casu denkbaar doordien invloedrijke mensen, bv. een predikant, de onbevoegde gesmeekt hadden om toch te komen helpen. Vaste maatstaven kunnen echter, gelet op het individuele karakter van de psychische overmacht, onmogelijk gegeven worden. Bovendien speelt het voluntarium in causa hier nog doorheen. Onze voorzichtige conclusie is derhalve, dat de H.R. de innerlijke overtuiging, welke wij naar alle waarschijnlijkheid wel met „gewetensdrang” mogen gelijkstellen, in combinatie met bijzondere omstandigheden, waardoor 's mans wilsbesluit in ongereede zal zijn geraakt, als psychische overmacht wil aanvaarden, waarbij wij er nog even aan herinneren, dat de H.R. steeds voor de psychische overmachts-constructie een zekere voorkeur aan de dag heeft gelegd en deze van de noodtoestand onderscheidt. Wij achten, gelet op de hier gegeven mogelijkheid, de kans groot, dat de H.R. de destijds wat verhuuld gebleven gedachte aan een strafuitsluitingsgrond sui generis

weer zal hebben laten varen, al zullen wij de andere mogelijkheid niet geheel mogen afschrijven, en evenmin de kans, dat de H.R. in het zo-even besproken arrest wel de objectieve kant heeft uitgewild. Gelijk echter hiervoor gezegd: ondanks verschillende rubricering komen deze laatste twee oplossingen in wezen op hetzelfde neer. Wanneer wij ons derhalve thans – gelet op de onzekerheid – toch maar critiek veroorloven op de gedachte, dat het gewetensbezwaar op zich zelf dan wel als de kern van de objectieve overmacht een strafuitsluitingsgrond zou opleveren, maken wij gemakshalve geen onderscheid.

Allereerst kan men opmerken, dat het zo maar vrijstellen van mensen, die willens en wetens tegen de wet ingaan, al beroepen zij zich dan ook op hun geweten, indruist tegen het voor ons volk toch wel sprekende beginsel van de gelijkheid van alle „normale” burgers voor de (straf) wet. Men zal zich op sterke argumenten moeten beroepen om deze gedachte weg te nemen. Men kan daartoe echter wijzen op het rechtsgevoel, of zo men wil, op algemene beginselen der zedelijke orde, zoals deze thans worden begrepen. Op zichzelf zou dat voldoende zijn. Zie het arrest van 1916, waar bij het beginsel „geen straf zonder schuld” t.a.v. de overtredingen werd geconcretiseerd. Men zou hiertoe in dit geval kunnen aanvoeren: De vroegere afwijzende arresten zijn geweest in een tijd, toen men zich de verhouding positief recht – ethiek minder diep bewust was dan thans en beiden ver uiteen werden gehouden. Langzamerhand is echter, hoezeer langs daartoe gebaande paden de ethiek binnengedrongen, men denke voor het strafrecht aan 1923, totdat na de geweldige schokken van de tweede wereldoorlog ook voor de praktijk der rechtspraak niemand meer de nauwe verwevenheid ontkende met als uiterste consequentie, dat niet alleen de rechter, maar ook de onderdaan er verantwoordelijk voor is, dat niet door al te drieste inbreuken van het positieve recht de zedelijke orde wordt geschonden. Inzoverre is er geen plea of superior orders. Art. 11 A.B. kan hieraan niet afdoen, al gaat men ten onzent, nu blijkens recente jurisprudentie (H.R. 24 Feb. 1960, op het moment van het schrijven van deze regels nog niet gepubliceerd) het verdrag van Rome niet self-executing is, nog niet zover als in de Bondsrepubliek, waar in het Bonner

Grundgesetz — vgl. art. 1 lid 2 jo lid 1, zie ook artt. 20 lid 3 en 79 lid 3 een gebondenheid aan hogere regels wordt uitgesproken. Doch wanneer aldus van hoger hand een „gezonde” spanning tussen positief recht en individuele overtuiging bewust wordt aanvaard met als uiterste consequentie, dat rechtvaardiging van toepassing van positief recht op degene die aan de zedelijke eis voldoet soms is uitgesloten, zou het dan geen overspanning van het recht kunnen zijn om, wanneer een dergelijk beroep ten onrechte, doch te goeder trouw wordt gedaan en inbreuk voor de rechtsorde nog wel te dragen is, bestraffing te eisen? Moeilijk zal men de juistheid van een dergelijk betoog kunnen betwisten. De overheid aanvaardt hier het risico van een dwaling in het te goeder trouw nastreven van de geëiste hogere rechtvaardigheid. Dit alles is echter nog wat anders dan het accepteren van het doelbewust, zo mogelijk blijvend, verzet van de echte gewetensbezwaarde. Ik betwijfel of in ons volk een doorslaggevende rechtsovertuiging in deze zin leeft. Het schuldbegrip waarmee hier gewerkt wordt is bovendien geladen met objectieve elementen, welke men eerder geneigd zou zijn toe te bedelen aan de wederrechtelijkheid. In zoverre is Bronkhorst consequent, wanneer hij in navolging van zijn leermeester doch in strijd met het systeem van de H.R. overmacht en wederrechtelijkheid verbindt. Zo wil hij (p. 238) de rechter t.a.v. de weigerachtige veeboeren laten nagaan: 1. Ontstond er gevaar voor de volksgezondheid? 2. Had de boer zelf maatregelen genomen waardoor de kocien tegen t.b.c. beschermd waren? 3. Waren er meer boeren in die streek of elders met een dergelijke overtuiging die hetzelfde beroep gaan doen? T.a.v. de B.B.-weigeraars zou de rechter dan o.m. moeten overwegen: Wat zijn de consequenties, wanneer ik ontsla van r.v.v.? Gaat, gelet op het toch al geringe enthousiasme van het publiek alsdan het gehele instituut niet op de helling? Moeilijke vragen, vaak van juridische politiek, welke zeker door de rechters verschillend zullen worden beantwoord en in elk geval geen punten van overweging zullen hebben uitgemaakt voor de gewetensbezwaarde verdachte, die immers niet om utiliteitsredenen weigert. Wij voelen in een dergelijk van de strafbehoefte van de maatschappij zo sterk afhankelijke afwezigheid van schuld of overmacht de gedachte

opkomen van een gratie of rechterlijk pardon, inbreuken op het positieve recht uit hoofde van hogere rechtvaardigheid, dan binnen het raam van het positieve „schuldrecht” te bereiken valt, waarbij men ondanks schuld toch wil voorkomen, dat de man wordt gestraft. Ook de persoonlijke strafuitsluitingsgrond van het S.G.B. neemt in wezen een dergelijke tussenpositie in, de schuld zinkt hier beneden het peil der strafwaardigheid. Leerzaam is in dit verband een citaat uit de M.v.T. van ons wetboek (Smidt I p. 77): „De strafbaarheid van de daad afhankelijk stellen van haar zedelijke waarde of onwaarde volgens des daders opvatting berust – om met Kemper te spreken – op een verwarring van zedekundige en rechtsgeleerde begrippen. De strafwet verliest op die wijze alle objectiviteit, hare toepassing wordt afhankelijk van de min of meer juiste zedelijke en verstandelijke inzichten en waarderingen harer overtreeders *en de regter oefent gratie voor regt*”. Nogmaals: het rechtsgevoel mag wel zeer sterk spreken voor men een dergelijke beginselverklaring van een *strafwetboek* op het knievald kan werpen „al ben ook ik bereid dit te doen als de evolutie des rechts dit zou eisen. Hier zien we echter bezwaren; ondanks edele bedoeling een gevaar van rechtsonzekerheid, terwijl de toch al moeilijk tegen te spreken rechtsongelijkheid opnieuw de kop zou opsteken, zolang er geen wettelijke regeling is, want alle mogelijkheden om van de man die van r.v.v. wordt ontslagen, compenserende prestaties te vorderen, ontbreken. En vooral in onrustige tijden zou op deze wijze de rechtsorde wel enigermate gevaar kunnen lopen, immers hele volksgroepen kunnen er zich op gaan beroepen, doch dit argument lijkt thans niet opportuun.

Thans iets over de toetsing, een probleem samenhangend met ons principieel bezwaar waarop wij in de inleiding duiden en hetwelk ook voor Pompe, zij het wellicht anders gefundeerd, zwaar weegt. Weliswaar heeft de overheid voortdurend de beweringen van haar onderdanen te toetsen op oprechtheid – zij zou eenvoudig niet „uit de weg kunnen” wanneer dat anders was (zie bv. t.a.v. onder ede gehoorde getuigen in civilibus art. 1945 B.W.; zie als strafrechtelijk equivalent H.R. 12 Juni 1956 N.J. 1956 no. 389) – doch alsdan gaat het niet om

een oordeel over 's mans heilige overtuiging en zijn geloof hieraan. Zijn geweten blijft buiten debat, de rechter zal zelfs hopen – hem daartoe vermanen – dat de man tot inkeer komt, tot zijn diepste levensbron zal terugkeren. Toch zal het soms onvermijdelijk zijn voor de overheid, wanneer de man zijn geloofsovertuiging (enz.) dwars tegen de wet plaatst, daarvan kennis te nemen, erover te praten, eigen standpunt er tegenover stellen, om tenslotte – wanneer de man persisteert – deze overtuiging op te vatten als de wil, die tegen de wet ingaat, waarbij men op dezelfde wijze als bij alle andere wetschenders nagaat welke (gevaarlijke) mentaliteit uit 's mans houding blijkt, gemeten naar de maatstaven van de wereldlijke zedelijke orde, welke indruk de man geeft, de mate waarin herhaling is te verwachten, de gevolgen van de onderhavige inbreuk, kortom alle imponderabilia welke de strafmaat bepalen. Zelfs kan de rechter erkennen, dat de man blijkbaar in gewetensnood heeft verkeerd, eventueel uitspreken, dat hij van de goede trouw, van het hebben van het gewetensbezwaar wel overtuigd is. Zo gauw het hebben van het gewetensbezwaar echter, al is het ook slechts binnen het kader van de objectieve overmacht tot een criterium wordt gemaakt, aan de hand waarvan de strafrechter de schuld aan de wetsovertreding moet vaststellen, ontstaat er verwarring. Immers ook wanneer men daarbij bedoelt slechts te blijven binnen het betrekkelijke juridische oordeel – en dat willen allen, die niet van de synonymie tussen recht en ethiek uitgaan, omdat zij begrijpen, dat zij met een oordeel van meer pretentie niet alleen maar onderhevig zijn aan de gebruikelijke menselijke vergissingen (bewijsmanco's enz.), maar principieel „ultra vires” gaan – wekt men aldus naar buiten toch ten onrechte de schijn dat men een oordeel velt over iemands geweten. Zo zal de rechter zich over het gewetensbezwaar moeten uitlaten, want het wordt, indien daarop een beroep wordt gedaan, een „element” van de t.l.l. Immers ook de afwezigheid van de ter sprake komende strafuitsluitingsgronden moet wettig en overtuigend bewezen zijn (Langemeijer T.v.S. LXI p. 71). Daaraan doet de processuele uitzonderingspositie niet af. De rechter zal er dus van overtuigd moeten zijn, dat het gewetensbezwaar niet aanwezig is en zich daarover moe-

ten uitlaten. Dit lijkt moeilijk, vooral voor hen, die rekening houden met de synonymie van recht en ethiek, doch ook voor de anderen. Reeds thans, nu het gewetensbezwaar alleen voor de strafmaat een rol speelt, weet men daarmee soms geen raad. Wij zien dit bij de berechting van onbevoegde genezers en principiële dienstweigeraars. Hoe meer zal dit het geval zijn, wanneer het „schuldig of niet” ervan moet afhangen. Dit wordt niet anders door ons te bedenken, dat het bewijs in juridische zin nooit meer kan betekenen, dan het verschaffen van de in de gegeven omstandigheden grootste bereikbare waarschijnlijkheid. Immers deze zal toch altijd zo groot moeten zijn, dat een conclusie tot schuldig verantwoord is. Alleen bij uitgesproken farcegevallen enz. (zie boven), als wanneer zich het probleem in feite niet voordoet, zal de rechter zelf niet gauw in gewetensnood geraken. Men zou het de rechter kunnen vergemakkelijken door voldoende te achten dat de rechter van een gewetensbezwaar moet *blijken*, doch dit zou een inbreuk op ons bewijsstelsel zijn, gelijk men die aan de rand van ons strafrecht – in de geldboetesfeer – wel aantreft, al steekt er dan soms nog een verkapte administratieve zorgplicht achter (art. 40 W.V.W.). Een dergelijk omkering van de bewijslast zou echter eer de wetgever dan de rechter geoorloofd zijn. In elk geval zou dan de strafbaarheid van de dader – niet tengevolge van bewijsmanco's enz., maar principieel – gaan afhangen van de mate waarin hij erin slaagt de rechter zijn gewetensbezwaar aannemelijk te maken. Is men dan echter in wezen niet terechtgekomen in de sfeer van de gratie of het rechterlijk pardon? De schuld blijft immers hetzelfde, alleen er wordt dan niet gestraft. Wij zullen op ons terrein deze figuur straks ontmoeten bij de Kieswet.

Bovengenoemde bezwaren worden nog geaccentueerd, wanneer men de rechter bovendien nog over de schuld van het gewetensbezwaar – d.i. dan in deze voorstelling de gewetensdwaling – wil laten oordelen. Men zoekt dan wederom aansluiting bij de bekende leer van Thomas inzake de error (in) vincibilis, resp. conscientia errans (in) vincibilis en eist bv. dat de gewetensbezwaarde te rade moet zijn gegaan bij anderen, die meer ervaring hebben. Ook de publieke opinie moet hem zwaar hebben

gewogen. Gelijk meer opgemerkt, menen wij dat deze leer toegepast op het vlak van de uiterlijke rechtvaardigheid, waar „die Vernunft” zo'n belangrijke rol speelt, een waardevolle bijdrage is. Wellicht onbewust past men deze leer in de praktijk trouwens reeds veel toe. Vgl. bv. bij de politieke rechtspraak: Hof 's Bosch 26 Juli 1946 N.O.R. no. 320 inzake Arnold Meyer: gevoelens van vaderlands-liefde, doch „eigendunkelijk”; BR.v.C. 17 Juni 1946 N.O.R. no. 395: goede trouw, doch „schuldige eigengereidheid”; BR.v.C. (l.c.) inzake Mussert, wellicht geen laaghartige gezindheid, doch „eigengerechtigd”. Het ging hier echter om het „kunnen kennen” van de hoogste normen van de staatkundige, uiterlijke, rechtvaardigheid, niet om de vraag of deze verdachten hun geweten wel goed gevormd hadden. Hierover kan de rechter niet oordelen, het geweten is niet rationeel te analyseren, het is voor de buitenstaander vaak „la déraison de la raison”¹². Doch wanneer dit zo is, moet men ook de terminologie vermijden. In zoverre vind ik zelfs de mooie bundel van het gespreks-centrum (p. 18) onduidelijk. Alleen in de leer van de synonymie van recht en ethiek heeft het zin aldus te spreken.

Een praktisch bezwaar is nog, dat de vraag van de schuld in zo'n geval wordt verschoven naar een tijdstip, dat soms maanden, zo niet nog veel langer, ligt vóór het tijdstip waarop het feit is begaan. Dit riekt naar Gesinnungsrieckerei, al is het doel hier uiteraard anders: het alsnog vaststellen van de zedelijke waarde van 's mans gedrag, blijkende uit diens mentaliteit. Een dergelijke recherche naar iemands geestelijke (zedelijke) ontwikkeling met alle daartoe noodzakelijke navraag bij intimi met als doel te komen tot een eventuele schuldigverklaring heeft iets wrangs. De reclassering zal er niet voor te gebruiken zijn; deze loopt door de uitgebreide milieu- en psychiatrische rapportage reeds nu het gevaar aan de rechter onbedoeld gegevens te verschaffen nopens de schuld „aan het feit”¹³. Dit alles geldt minder wanneer zij, gelijk nu, gegevens verschaft die voor de strafbejege-

¹² Rev. d. Dr. Pén. et de Cr. 1956 p. 948.

¹³ Vgl. M. Grünhut, Bew.hilfe, 2e jg. no. 103, Jan. 1956; P. Cornil, Rev. d. Dr. pén. et de Crim., Mei 1956; pater Othmarus in Els. Weekbl. 5 Dec. 1959.

ning van belang kunnen zijn. Immers alsdan spelen naast de op de schuld aan het feit afgestemde vergelding, tal van andere factoren een rol, waaronder de zo-even genoemde Lebensführungsschuld. In de leer van de synonimie van recht en ethiek krijgt dit alles weer een extraaccent. Immers alsdan zou de rechter in zijn voorstelling afwijkend gedrag eerst nog in absolute zin in strijd moeten achten met de zedelijke orde. Wanneer we een Jehova-getuige tot voorbeeld nemen, betekent dit, dat de rechter de man eerst als een dwaler in zedelijk opzicht zou moeten kwalificeren (hij zal het wel niet zeggen) en vervolgens 's mans levensgeschiedenis moeten nagaan, van zijn jeugd tot het tijdstip van het misdrijf, zijn psychische en vooral geestelijke ontwikkeling. Wanneer de rechter dan eindelijk bij de levensfase komt, waarin de man zich bij het Genootschap heeft aangesloten en eenmaal in deze kring geraakt, niet anders meer kon, zal hij de pijnlijke vraag moeten beantwoorden: was hier schuld bij de verdachte? Men denke zich in, dat de man bv. tevoren practiserend R.K. of meelevend hervormd is geweest.

Tot dusver is er, voorzover wij weten, één uitspraak geweest, waarin met de gedachtengang van hen, die in de jurisprudentie van de H.R. de leer van de objectieve overmacht lezen, is rekening gehouden, al leidde het oordeel tenslotte tot een negatieve conclusie. Het betreft een niet gepubliceerd arrest van Hof Arnhem dd. 18 Sept. 1952 in de zaak, welke door de H.R. in vorengenoemd arrest van 17 Juni 1952 (tweede veeboer-arrest) was verwezen. Het Hof wees het beroep op overmacht af met de woorden van 1916, doch met de toevoeging: „en” (dat deze eigen opvattingen) „niet zodanige steun in het rechtssysteem of de algemeen erkende beginselen der zedelijke orde vinden, dat zij als overmacht zouden kunnen worden aanvaard”. Het tegendeel had zich dus ook *kunnen* voordoen ¹⁴.

In enkele kr. vss. is het gewetensbezwaar wel als strafuitsluitingsgrond (overmacht) aanvaard, zonder dat

¹⁴ Vermoedelijk zou dit arrest, indien gepubliceerd, met meer waardering ontvangen zijn dan dat van Hof 's-Hage dd. 3 Nov. 1950 N.J. 1951 no. 479, in de naar dit Hof verwezen eerste veeboerzaak. Immers daar werd eenvoudig overwogen, dat zulke gewetensbezwaren in de betreffende regeling niet worden erkend en dat zij ook geen overmacht opleveren. Ik ben het er mee eens, maar 't is wel erg kort.

echter werd gewerkt met overwegingen als bovenbedoeld. 't Gros – hieronder bv kr. t. v. Zuid, 17 Aug. 1948 N.J. 1948 no. 813 t.a.v. dienstweigering – viel trouwens geruime tijd voordat het vraagstuk opnieuw in discussie raakte. Het betrof een militair wiens verzoek om vrijstelling was afgewezen. De kr. was van oordeel, dat beklagde over wie een psychiatrisch rapport was ingewonnen dat hem volledig toerekeningsvatbaar had verklaard, indien hij ondanks genoemde bezwaren niettemin dienst zou verrichten in ernstige tegenspraak zou handelen met hem door zijn geweten gestelde dwingende normen en van hem onder deze omstandigheden een dergelijke gedragslijn in redelijkheid niet kon, noch mocht worden gevergd. De kr. nam aan, dat bekl. door overmacht was gedrongen. Het vs. werd echter – aldus deelt Bronkhorst mee (p. 233) – door het H.M.G. op 17 Mei 1949 vernietigd.

In een niet gepubliceerd vs. van kr. t. v. Oost. dd. 1 Aug. 1957 werd eveneens een gewetensbezwaarde wegens overmacht vrijgesproken. Het betrof hier een militair die godsdienstige bezwaren had tegen immunisatie en terechthield terzake van overtreding van art. 114 W.M.S. (niet voldoen aan dienstbevel). Op zijn verzoek om vrijstelling op grond van de Wet Immunisatie Militairen (W.I.M.) – waarover straks meer – was afwijzend beschikt, doch nadat de zaak was aangehouden om 's mans bezwaar nogmaals te laten toetsen, kwam alsnog vrijstelling af. De kr. overwoog, dat naar zijn oordeel beklagdes bezwaren voortsporen uit zijn godsdienstige overtuiging en dat moest worden aangenomen, dat die – pas later officieel erkende – bezwaren reeds bestonden, toen beklagde het s.f. pleegde. De kr. overwoog, „dat derhalve de beklagde geacht moet worden door overmacht te zijn gedrongen tot het plegen van het ... feit” (enz.).

Menggevallen

Thans ter meerdere informatie even een tochtje door het grensgebied van gewetensbezwaar en (andere) strafuitsluitingsgronden enz. Het zal de lezer nl. duidelijk zijn, het volgt reeds uit de inleiding, dat het gewetensbezwaar zich vaak vermengt met juridisch anders gerubriceerde gronden. Het geweten komt dan pas voor de dag wanneer het beroep op het recht is afgewezen. Voordien speelt het

echter mee en het zal vaak van de formulering afhangen of het geheel in het recht opgaat, dan wel afzonderlijk kenbaar is. In elk geval zal, wanneer het recht waarop de gewetensbezwaarde zich beroept (bv. een beroepsgeheim) erkend wordt, het gewetensbezwaar zelf niet meer aan de orde komen. Dit laatste is pas anders, wanneer het gewetensbezwaar zelf – grof gezegd: respecteer dan toch in elk geval mijn heilige overtuiging – in de wet zou worden erkend, hetgeen natuurlijk zelden voorkomt, behalve bij de „officiële regelingen”. Toch zijn er enkele voorbeelden, welke wij straks eveneens zullen noemen vóór die regelingen. Daar is dus vervlochtenheid met een beroep op *noodtoestand*, waarmee het beroep op gewetensbezwaar gepaard gaat.

Het is derhalve belangrijk, wat betrokkene zelf omtrent zijn beweegredenen meedeelt, aan de politie, doch vooral aan rechter en bestuurlijke instanties. Het recht werkt nu eenmaal met rubriceringen en formuleringen en vooral de H.R., die (begrijpelijk) op dit terrein de grootst mogelijke voorzichtigheid betracht, let zeer op de vorm. Extreem voorbeeld: H.R. 26 Juli 1927 N.J. 1927 p. 1151: Een getuige weigert een verklaring af te leggen, omdat hij dit „te pijnlijk” vindt, is nl. gehuwd met de zuster van verdachte. Hieruit volgt zonder meer nog niet, dat hij gebruik heeft willen maken van het recht zich te verschonen (art. 217 Sv.). Vooral bij *psychische overmacht* is het bijzonder moeilijk na te gaan wat nu eigenlijk als de *causa* gesteld wordt. Een gewetensbeslissing brengt nu eenmaal heftige gemoedsbewegingen mee, welke zo wij reeds zagen de vrije wilsbepaling verloren kunnen doen gaan. De hiervoor besproken arresten betreffende de onbevoegde genezers zouden negatieve voorbeelden kunnen zijn, in positieve zin wellicht het vs. inz. de Ambonnces: ook daar was sprake van een afwijkende geestelijke constellatie welke werd geconfronteerd met voor betrokkene buitengewone omstandigheden waaruit gemoedsbewegingen en een niet meer rationele besluitvoering voortvloeiden. Het spreekt van zelf, dat we hier met moeilijke grensgevallen te maken hebben, waar de rechter naar Pascals woord meer met de *esprit de finesse* dan met de *esprit de géométrie* zal moeten werken en naar de uiterlijke kenmerken vaak verwantschap zal zijn met de hiervoor ge-

noemde existentiële oplossing naar de filosofie van Karl Jaspers. Ook hier zullen onze Oosterburen vaak werken met *Unzumutbarkeit*. Ter illustratie hiervan diene het bekende geval uit de Duitse jurisprudentie (zie Gallas, Mezgerbundel p. 320): Een vader had nagelaten zijn zieke minderjarige dochter naar het ziekenhuis over te brengen, omdat zowel deze dochter, alsook zijn inmiddels overleden vrouw voor haar dood, hem hadden gesmeekt dit niet te doen. De dochter stierf, hoewel zij bij tijdige behandeling in een ziekenhuis nog gered had kunnen worden. Het R.G. nam destijds – 1936 – geen *Fahrlässigkeit* aan, omdat „zu billigende ethische Rücksichten“ die daad niet als „pflichtwidrig“ (in subjectieve zin) aanmerkten. Ook deze man heeft ongetwijfeld in gewetensnood verkeerd. Was hij echter iemand die willens en wetens tegen de wet wilde ingaan? Of werd hij dermate door innerlijke spanningen gekweld, dat hij er tenslotte niet meer uit kon komen, 't niet meer over zijn hart kon verkrijgen de dochter te laten vervoeren?

Men kan zich ook voorstellen, dat 's mans psychische toestand, de gewetensnood en de zwaarte der gevorderde prestatie tot niet-toerekeningsvatbaarheid in de zin van art. 37 Sr. doen besluiten. Het hieronder te parafraseren vs. van kr. t. v. Zuid dd. 17 Aug. 1948 M.R.T. XLIII p. 92 is daarvoor illustratief, al kwam men bij overmacht uit. Het betrof een militair wiens verzoek om vrijstelling was afgewezen en ex art. 114 W.M.S. terechtstond. De zenuwarts had gerapporteerd: De militaire dienst was voor deze zwakke neuroticus een te grote belasting en had zijn labiel evenwicht verstoord. De pacifistische levenshouding was een typische rationalisatie en het ging in werkelijkheid om de afweer van felle agressie-affecten, die ongetwijfeld de vader en vooral de oudere broer golden, die hem in zijn jeugd hadden gesard, in plaats van hem te verdedigen tegen aanvallen van andere kinderen; deze latente aggressiviteit was ondanks alle pacifistische rationalisaties nauwelijks verdrongen; en werd tijdens de theorieles (bajonetsteken – R.) geactiveerd en zelfs aanbevolen. Bij een dergelijke verleidingssituatie moest hij – aldus de psychiater – ontvluchten en moest de dienstweigering uitsluitend worden gezien als een neurotisch afweermechanisme, onttrokken aan de bewuste wil. Een andere

psychiater had gerapporteerd: Gepsychopathiseerde persoonlijkheid. Beklaagde – inmiddels wegens geestelijke labiliteit afgekeurd en naar huis gezonden – verklaarde ten processe: „Mijn bezwaren komen niet voort uit godsdienstige of politieke overwegingen, doch uit mij zelf. Ik voel, dat ik niet in staat ben om mijn medemensen te doden, om welke reden dan ook. Ik ben op 4 Juni 1947 (21 dagen voor zijn ongehoorzaamheid – R.) in werkelijke dienst gekomen en had toen reeds bezwaren..., doch (ik heb) toen nog geen dienst geweigerd, omdat er thuis moeilijkheden waren en ik daar niet wilde blijven. Pas na de theorie bajonetsteken heb ik aan Luitenant J. medegedeeld, dat ik verder dienst weigerde. De reden, dat ik vroeger nooit wilde terugslaan, wanneer ik geplaagd werd, was hoofdzakelijk, dat ik vreesde mij niet te kunnen beheersen. Mijn overtuiging is mij pas volkomen duidelijk geworden bij mijn verblijf in Duitsland van Jan.–Apr. 1945, alwaar ik ook een bombardement heb meegemaakt. Daarvoor had ik over de kwestie niet nagedacht” ... “. De kr. overwoog, dat op grond van genoemde rapporten, 's mans verklaring, de wijze waarop hij die deed en alle overige inlichtingen de bezwaren niet konden worden beschouwd als hem te zijn ingegeven door de stem van zijn geweten, maar dat zij uit zuiver psychische oorzaken voortspuiten, waarbij de natuurlijke afkeer tegen het doden van medemensen, welke ieder fatsoenlijk mens vervult, bij beklagde juist wegens zijn psychische toestand in sterke mate had medegewerkt. De kr. in het midden latend of hij zich door het oordeel van de commissie van advies (waarover verderop R.) gebonden achtte, overwoog, dat beklagde tot bedoeld feit was gedrongen en dat naar redelijk inzicht een weerstand bieden aan deze drang niet mocht worden verlangd. In hoger beroep (H.M.G. 28 Sept. 1949 M.R.T. XLIII p. 96) deed de raadsman eveneens een beroep op overmacht en wel in deze vorm, dat „beklaagde blijkens de rapporten der deskundigen geen weerstand kon bieden aan de drang, voortkomende uit zekere van zijn psyche uit werkende storende krachten, welke hem zouden dwingen in bepaalde gevallen op een bepaalde wijze te reageren zonder dat zich een storing van zijn geestvermogens in de zin van art. 37 Sr. zou voordoen”. Het H.M.G., aannemende dat

beklaagdes gedragingen blijkbaar niet waren ontstaan of beïnvloed door een van buiten af werkende oorzaak doch dat de in beklagde zelf aanwezige psychische factoren deze gedragingen in aanzienlijke mate hadden beïnvloed veroordeelde met verwijzing naar de systematiek van ons wetboek (alleen de van buiten aangebrachte oorzaak kan overmacht opleveren) bekl. tot acht m. gevangenisstraf. Zie voor soortgelijke vermengingen kr. t. v. West 25 Feb. 1948 M.R.T. XLII p. 366.

Een belangrijke mengvorm levert de *dwaling* op en wel met name met betrekking tot het besef van de ongeoorloofdheid van het gedrag, rechtsdwaling, eveneens een toepassing van het beginsel „geen straf zonder schuld” (vgl. o.m. H.R. 22 Nov. 1949 N.J. 1950 no. 180 met noot van B.V.A.R.; 19 Apr. 1955 S.E.W. 1955 p. 337 en A.G. en annotator B.V.A.R. bij H.R. 14 Oct. 1958 N.J. 1959 no. 24). Van een gewetensbezwaar op zichzelf is ook hier niet sprake, omdat, evenals bij overmacht, het feitelijk gedrag niet in overeenstemming blijkt met de wil, welke men de man moet toerekenen. Hij identificeert zich niet met de wederrechtelijkheid van zijn gedrag. In werkelijkheid had hij de wet willen nakomen. Er is geen „trotzdem”, de norm, schoon hem destijds duister, wordt niet *betwist*.

Het is duidelijk, dat het voor de rechter achteraf soms moeilijk is uit te maken of iemand destijds uit zijn diepste heilige overtuiging de overtreding heeft begaan dan wel heeft gedwaald. In vele gevallen zal dit oordeel afhangen van de indruk die de man op de rechter maakt tijdens de zitting. Persisteert hij daar bij zijn houding, dan komt dwaling niet aan de orde. Erkent hij ongelijk, dan blijft de vraag of hij destijds heeft kunnen weten, hetgeen bijna steeds het geval zal zijn. Ik geef een voorbeeld: Een boer weigert aansluiting bij een prov. gezondh.dienst in de mening, dat zijn koeien met een preventivum zullen worden behandeld, hetgeen hij in strijd acht met Gods Woord. Ter terechtzitting wordt hem echter duidelijk gemaakt, dat de behandeling plaats vindt met een diagnosticum, waarop 's mans bezwaren vervallen. Dwaalde deze boer nu, of is zijn gewetensoordeel – zijn diepste overtuiging – gewijzigd? Men zal het eerste wel aannemen, weshalve de vraag wordt teruggebracht tot deze: kon hem deze ver-

keerde voorstelling worden toegerekend, hetgeen eveneens zal worden aangenomen. Wie zich verzet tegen een overheidsmaatregel moet zich goed oriënteren. Quid, wanneer de man kennelijk gedwaald heeft in zijn bijbelexegese en dit op de zitting naderhand toegeeft? Zo beriepen sommige van bovenbedoelde bezwaarde veeboeren (vgl. M.v.A. Bijl. H. 2e K. 1951/2 no. 2338) zich destijds op het tweede gebod (calv. telling) i.v.m. het vanwege de provinciale gez.h.d. schetsen der runderen, doch lieten hun bezwaren vallen, toen werd verwezen naar hetgeen daarop in Exod. 20 : 5 volgt: „Gij zult U voor die niet buigen, noch hen dienen”, waarvan uiteraard niet sprake was. Destijds zijn vele bezwaren tegen het zich verzekeren weggenomen toen een gezaghebbend man als Kuiper (De Gemeene Gratie II p. 548) o.m. verklaarde, dat zulks als een toepassing van het „Draagt elkanders lasten” (Gal. 6 : 2) kon worden opgevat. In een dergelijk geval zal men moeten aannemen, dat de man het geestelijk reservoir waaruit hij zijn levensovertuiging put heeft aangevuld en moeten we aannemen, dat hij destijds een gewetensbezwaar had.

Vermenging doet zich voor, wanneer de gewetensnorm waarop de man zich beroept samenvalt met een norm van het positieve recht hetgeen zich derhalve kan voordoen, wanneer, gelijk in de Bondsrepubliek, een aantal natuurrechtelijke normen a.h.w. zijn gepositiveerd, zodat de individuele burger zich daarop tegenover de rechter kan beroepen. Dergelijke normen (bv. Die Würde des Menschen ist unantastbar; die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich) kunnen gemakkelijk met gewetensnormen samenvallen. Wij zouden hiervoor een goed voorbeeld gehad hebben in het verdrag van Rome. Zo zijn geëigend als gewetensnorm, o.m. art. 4 leden 1 en 2: Niemand mag in slavernij of dienstbaarheid worden gehouden; niemand mag gedwongen worden dwangarbeid of verplichte arbeid te verrichten. Art. 9 lid 1: Een ieder heeft recht op vrijheid van gedachten, geweten en godsdienst; dit recht omvat tevens de vrijheid om van godsdienst en overtuiging te veranderen, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als in zijn particuliere leven zijn godsdienst of overtuiging te belijden door de eredienst, door het onder-

wijzen ervan, door de practische toepassing ervan en het onderhouden van de geboden en voorschriften. Alsmede art. 14, dat de rechten en vrijheden van het verdrag verzekert zonder te letten op geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst. Nu kan men zich voorstellen, dat een eenvoudig dorpspastoor, die zich tot dusverre steeds met enige moeite heeft kunnen bedwingen om een processie op de openbare weg te houden, op het punt staande dit toch te doen, van zijn burgemeester hoort, dat art. 9 van genoemd verdrag met zijn gewetensdrang rekening houdt en hem het recht verschaft op deze wijze zijn vroomheid te uiten. Ik acht het niet uitgesloten, dat de rechter hier dwaling zou aannemen, tenzij de pastoor uitdrukkelijk zou zeggen: wanneer de burgemeester niet met mij gepraat had, had ik het ook gedaan. Op soortgelijke wijze kan men zich tal van andere vermengingen indenken. Zo zouden *sommige* bezwaarden tegen de B.B. zich hebben kunnen be-roepen op art. 4, hiertoe overtuigd door ouders of geestelijke- of juridische adviseurs.

Het is duidelijk, dat het hier gestelde probleem op deze wijze maar zeer gedeeltelijk kan worden opgelost. Alleen wanneer het volgen van het geweten samenvalt met het op zodanige wijze dwalen t.a.v. het „positieve” recht dat de schuld t.a.v. de wederrechtelijkheid wegvalt. In zoverre kan de gewetensbezwaarde dus profiteren van deze ruimere mogelijkheid tot rechtsdwaling. Het gewetensbezwaar is dan zelf echter niet in discussie. Men zal, na eenmaal wegens rechtsdwaling te zijn ontslagen van r.v.v. moeilijk ten tweede male hetzelfde verweer kunnen voeren. Deze „onherhaalbaarheid” geldt trouwens ook – wij vergaten dit te zeggen – althans tot op grote hoogte bij de psychische overmacht, een rechtsfiguur welke met dwaling trouwens een raakvlak heeft. Dienstweigerders enz. zullen er dus op de duur weinig baat bij hebben. Dit alles zou anders kunnen worden, wanneer „een” natuurrecht gepositiveerd zou worden, waarin was opgesloten, dat men zijn geweten ook zou moeten volgen, wanneer de hoogste rechter zou hebben uitgemaakt, dat er van de gestelde strijd tussen pos. recht en natuurrecht geen sprake was. Dit is echter noch in het verdrag van Rome, noch in het Bonner Grundgesetz geschied. Men zou zich een dergelijke situatie pas kunnen voorstellen in een land met

een totaal R.K. bevolking en waar bovendien een synonimie tussen recht en natuurrecht zou worden aanvaard. Er zou dan een bepaling moeten komen in de geest van art. 11 lid 1 Algemeen Staatskundig Program van de K.V.P.: (De staat) erkenne de eigen gebondenheid aan de natuurlijke en positieve rechtsorde. In een gemengd land is een dergelijke regeling – gezien de onenigheid hierover – niet te verwachten. Trouwens ook in de Latijnse landen, waar men vaak nog niet eens voorzieningen heeft voor principiële dienstweigeraars, is invoering van dit systeem n.m.m., ook al omdat bedoelde synonimie niet wordt aanvaard, niet waarschijnlijk. Deze synonimie en daarmee deze oplossing zou zich bovendien alleen voordoen tussen het „eigenlijke” strafrecht en de ethiek. Gewetensbezwaren tegen andere positieve normen zouden hier buiten blijven. De vraag rijst dan ogenblikkelijk: Is dit overblijvende terrein erg groot? Of: – waar situeren wij in ons strafrecht, dat ook wat de misdrijfsector betreft zo historisch bepaald is, het natuurrecht? Een moeilijke vraag waarover zelfs de voorstanders van een dergelijk onderscheid radicaal kunnen verschillen, al zal een ieder wel erkennen, dat er extreme vergrijpen zijn, waarvan de strafbaarheid zonder meer allerwegen wordt erkend; zie ook art. 7 lid 2 verdrag van Rome. Zo rekent van Eck – in zijn rede – op één uitzondering na – de in de jurisprudentie genoemde gevallen van gewetensbezwaar wel hiertoe (noot 19: het gaat hier zeker om plichten die in geweten binden), terwijl W. Jonkers een categorisch neen doet weerklinken. (A.Ae. 1954/5 pp. 80 jo 84). M.i. kan men met een dergelijk criterium niet werken. Bovendien loopt – om met Welzel te spreken (Jur. Z. 1956 p. 240) – door heel het strafrecht, van de criminele kern der ernstigste misdrijven tot de periferie van de bagatelzaken „eine kontinuierliche Linie eines ... materialen Unrechts”. M.i. is de leer van de H.R. om voor alle overtredingen der strafwet schuld te eisen hiermee in overeenstemming.

Politieke gewetensbezwaarden, die in het oog van de rechter tevens „redelijk” hebben gehandeld kunnen na een eventuele volgende oorlog profiteren van de dwalingsregeling van art. 103a Sr., waar niet strafbaar wordt verklaard diegene die in de redelijke overtuiging was het

Nederlands belang te dienen. Er kan op dit terrein dan misschien naast de heilige ook de redelijke overtuiging worden gesteld. Zie over deze bepaling N.J.B. 1952 p. 549.

Wettelijke uitzonderingen

Thans de beloofde voorbeelden, waarbij implicite in de wet met het gewetensbezwaar rekening is gehouden. Meestal volgt dit uit de geschiedenis der wet, welke soms geruggesteund wordt door een jarenlange administratieve toepassing. Soms heeft de wetgever zijn norm zelf al verzwakt door invoeging van termen als „zonder geldige reden” enz. Dit zal echter niet altijd het geval zijn. Men denke aan „buiten noodzaak” in art. 436 Sr.

Wel zal dit vermoedelijk zo zijn bij art. X 8 lid 3 Kieswet, volgens welk artikellid de kiezer van wie blijkt, dat hij een geldige reden van verhindering heeft gehad niet strafbaar is voor het verzuimen van zijn opkomstplicht. Hier is immers een jarenlange administratieve traditie aanwijsbaar, dat de burgemeesters deze bezwaren als een geldige reden aanmerken, aangevuld door circulaires en andere officiële uitlatingen van regeringswege. In deze geest reeds Minister Ruys de Beerenbrouck (H. 2e K. 1924/5 p. 2353), alsmede de Ministers van Binn. Z. en van Justitie in 1928 en 1937 (S. en J. ed. no. 2, 21e dr. p. 346). De bewogen geschiedenis van het voorschrift hoe onduidelijk ook, schijnt hiermee niet in strijd te zijn. In 1917, ten tijde van de invoering gingen al stemmen op voor een niet-vexatoire toepassing met het oog op gemoedsbezwaren (H. 2e K. 1916/7 p. 181). In het zittingsjaar 1924/5 wilde de regering de strafsanctie gelet op de massale weigeringen, laten vervallen (Bijl. H. 2e K. no. 296). Er zou alleen een nudum praeceptum overblijven. Hiervoor voelde de Kamer niet en op voorstel van enige leden werd de thans nog bestaande oproep-procedure ingevoerd. Verder verviel de berisping als straf en werd ingevoerd o.m. een lid 3 bij art. 150, luidend, dat „geen straf (werd) opgelegd, wanneer de kiezer ten genoegen van de ktr. (aantoonde) een geldige reden van verhindering te hebben gehad...”. Bij deze gelegenheid diende ds. Kersten een amendement in om naast de „geldige reden” nog speciaal de gewetensbezwaarden te vermelden. De Kamer was voor deze gedachte op zich

zelf niet ongevoelig, doch had allerlei technische bezwaren, waarbij werd opgemerkt, dat de term „geldige reden” de gewetensbezwaren reeds omvatte. Daarop trok ds. Kersten zijn amendement in, teneinde te voorkomen, dat een eventuele verwerping om bijkomstige redenen een argument a contrario ten ongunste van de gewetensbezwaarden zou opleveren. Naderhand wilde de regering voor de gewetensbezwaarden, voorzover deze zich op hun godsdienstige overtuiging beriepen, een regeling treffen soortgelijk aan die van de Dww. enz. (Bijl. H. 2e K. 1924/5 no. 370). Dit voorstel is echter door de 1e K. verworpen, onder meer omdat men bezwaar had tegen de beperking tot godsdienstig bezwaarden, hetgeen de socialisten tot tegenstemmen noopte. Deze verwerping zegt derhalve nog weinig met betrekking tot de mening van de wetgever of de gewetensbezwaarden zich op een geldige reden kunnen beroepen. Ook naderhand zijn nog ettelijke pogingen gedaan om de verschijningsplicht afgeschaft te krijgen (vgl. o.m. H. 2e K. 1927/8 p. 2433; id. 1932/3 pp. 1552-1558; id. 1934/5 p. 1858; id. 1945/6 p. 505), welke alle mislukten, zonder dat men ook hieruit weer kan afleiden, dat men per se van het gewetensbezwaar als geldige reden niet weten wilde. De ktr. te Utrecht beschouwde destijds - 27 Juli 1927 N.J. 1927 no. 1523 - het gewetensbezwaar ook als zodanig. Het betrof een vrouw uit Zeist die zich bij monde van haar gemachtigde beriep op Gods Woord. De ktr. interpreteerde de betrokken uitzonderingsregel echter als de verplichting tot het toepassen van een rechterlijk pardon, verklaarde haar mitsdien wel strafbaar, doch legde geen straf op. Zij het wellicht meer toevallig dan opzettelijk werd derhalve in de oude Kieswet de gewetensbezwaarde gepardonneerd, hetgeen ons, zoals uit het voorgaande volgt, de juiste rubricering lijkt. In het overeenkomstig artikel in de huidige wet is, zoals wij boven zagen, vermoedelijk vanwege de geringe importantie van deze kwestie, het (obligatoire) rechterlijk pardon vervallen.

Een voorbeeld waarbij afwijkende administratieve voorbeelden leidden tot dienovereenkomstige interpretatie levert op de beslissing van kr. t. v. Oost dd. 21 Sept. 1949 N.J. 1951 no. 75; M.R.T. XLIV p. 269 ev. en 415. Het betrof hier een militair die geweigerd had zich ondanks

een daartoe strekkend dienstbevel te laten inenten en terzake van overtreding van art. 114 W.M.S. terechtstaande, zich op onoverkomelijke bezwaren ... ontleend aan zijn opvatting omtrent de godsdienst beriep. De kr. overwoog, dat de Minister van Oorlog blijkens een Ministeriële Kennisgeving van 4 Juli 1947 er nadrukkelijk de aandacht op had gevestigd, dat het de Commandanten wel geoorloofd was door overreding te trachten militairen die uit hoofde van gewetensbezwaren weigerden zich te laten inenten, alsnog zich aan vaccinatie te onderwerpen, doch elke dwang of onheuse behandeling verboden was. De Minister had – aldus de kr. – echter niet aangegeven welke procedure moest worden gevolgd ter beoordeling van bedoelde bezwaren, weshalve de kr. zich gerechtigd achtte deze te beoordelen. De kr. nam op grond van de verklaring van beklagde en van diens ter terechtzitting aanwezige vader alsmede van het algemeen bekende feit, dat bepaalde godsdienstige groeperingen als waartoe bekl. behoorde, vaccinatie afwijzen, aan, dat „bekl. als beklagde's bezwaren ten rechte als gewetensbezwaren dienen te worden aangemerkt”. Nu een vrijspraak op grond van bv. overmacht? Neen, de kr. volgde een andere weg. Bekl. is – aldus de kr. – als serieus gewetensbezwaarde een persoon op wie voornoemde beschikking des Ministers van toepassing is. Doch dan kan het onderhavige bevel niet als een dienstbevel worden beschouwd, immers het inenten van gewetensbezwaarden is aldus buiten het kader van de dienst geplaatst.

Een ander voorbeeld is art. 78 lid 4 Pensioenwet, weliswaar geen strafrecht, doch een krachtige administratieve sanctie inhoudend, nl. verval van invaliditeitspensioen, tegen degenen die zonder deugdelijke grond weigeren zich ter observatie of tot herstel in een inrichting te doen opnemen. Op grond van de geschiedenis (zie o.m. de uitspraken van Minister Colijn in 2e K., H. 1924/5 p. 1935) verstaat men onder deugdelijke grond ook het gewetensbezwaar.

Verder kan men nog wijzen op de subtiële onderscheidingen waarmee de jurisprudentie werkt teneinde het begrip uitoefening der geneeskunst af te grenzen van de „zuivere” gebedsgeneezing, aan welk streven onmiskenbaar ten grondslag ligt de gedachte dat men afwijkende reli-

gieuze opvattingen ondanks de exclusiviteit der wettelijke regeling toch nog enige ruimte wil laten, zonder daarbij het doel der wet geheel te frustreren. Vgl. H.R. 23 Apr. 1934 N.J. 1934 p. 1277 met noot van W.P.

Meer in de vorm van gewetensnood zou men zich tenslotte nog kunnen indenken, dat onder de wettige ver-
hinderingsgrond (art. 30 lid 2 B.W.), waardoor de aan-
gifteplicht voor de B.S. (art. 30 lid 1 B.W. jo art. 448 Sr.)
getemperd wordt, zekere „gewetensbezwaren” zouden
kunnen vallen, al zal het echte gewetensbczwaar n.m.m.
nimmer een kans maken. Men zie over deze kwestie H.R.
22 Nov. 1955 N.J. 1956 no. 47 met noten van W.P. en
D.J.V. betreffende de aangifteplicht van de (wettelijke)
vader van een overspelig kind.

Bijzondere regelingen

Bij de toepassing van dit échappatoire stuitte de wet-
gever uiteraard op de twee grote moeilijkheden op dit
gebied:

1. Hoe onderkent men echte gewetensbezwaren?
2. Welke compenserende maatregelen moeten worden
getroffen om het nadeel van deze inbreuk, resp. het on-
gerechtvaardigd voordeel zoveel mogelijk weg te nemen?

Hieronder zal in vogelvlucht een overzicht worden
gegeven van de voornaamste maatregelen, waarbij in
hoofdzaak zal worden gelet op de methoden die de wet-
gever heeft aangewend om aan de zoëven genoemde moei-
lijkheden het hoofd te bieden. Daarna zullen wij bespre-
ken in hoeverre deze methode – grosso modo – als ge-
slaagd moet worden beschouwd.

Al naar gelang het belang, dat er voor de staat mee
gemoeid is, is de overheid soepeler in het toestaan van
uitzonderingen. Zij kan in de lichtste gevallen nog zonder
meer een keuze toelaten. Hier doet zich dus eigenlijk het
probleem niet meer voor. Als voorbeeld mag gelden
art. 4 Eedswet 1916, waar de in art. 1 voorgeschreven eed
zonder meer door een belofte resp. verklaring kan worden
vervangen, indien het betreft een openbaar ambt, open-
bare betrekking, waardigheid of bediening, beroep of meer
duurzame werkkring, waarbij voogden en curators afzon-
derlijk zijn genoemd. Ook in de administratieve recht-

spraak, raden van beroep (S.V.) ambtenarengerechten, centrale raad van beroep is men vrij in keuze.

Vlg. art. 1 Eedswet 1911 mag men afwijken van het daar voorgeschreven eeds- of belofteritueel (twee voorste vingers opsteken enz.), wanneer men aan zijn godsdienstige gezindheid de plicht ontleent de eed of belofte op andere wijze af te leggen. Hier zal men dus van de „afwijkende” godsdienstige gezindheid op dit punt mededeling moeten doen aan de rechter, die dit buiten de persoon staande gegeven zou moeten controleren aan de kerkelijke leer¹⁵ (wij noemen een dergelijke contrôle in 't vervolg gemakshalve objectieve toetsing i.t.m. de subjectieve toetsing = toetsing van de persoon), doch in de praktijk meestal genoeg zal nemen met de enkele mededeling. Werkelijk bedrog kan overigens achteraf nog gestraft worden ex art. 192 Sr.: — Men heeft zich onttrokken aan de eedsaflegging, zoals men die moest of mocht doen.

Keuze is er ook voor de arbeiders die tot een kerkgenootschap behoren, dat de wekelijkse rustdag op de Sabbath of de Zevende dag viert. In de Arbeidswet (art. 13) is bepaald, dat de voorschriften die deze wet geeft t.a.v. de Zondag, voor Joden (enz.) gelden t.a.v. de Sabbath (enz.). De betrokkenen moeten daartoe een verzoek richten tot het hoofd der onderneming. Men moet aannemen, dat de patroon mag nagaan of het beweerde waar is. In zoverre is er dus weer objectieve toetsing.

Iets nauwer wordt de band al aangesnoerd, wanneer de bezwaarde een schriftelijke verklaring moet afleggen. Wel behoeft ook hier de overheid de eerlijkheid van de verklaring niet te geloven, maar wel mag zij eisen, dat er verklaard wordt, waarom men weigert. In deze geest artt. 1, 4, 5 en 7 Inentingswet 1939, waar van de ouder van een kind dat niet tegen pokken is ingeënt, geëist wordt, dat hij een verklaring overlegt, houdende de reden, waarom deze vaccinatie achterwege bleef. Overtreding is strafbaar. Legt men wel een verklaring over, dan is men verplicht deze te bespreken met de burgemeester (enz.) en een geneeskundige. Men wilde aldus de bezwaarde laten blijken, dat het hem ernst is en hem voorts de betekenis van de vaccinatie uiteenzetten. Van de verschijning wordt een acte opgemaakt, welke door de drie partijen wordt onder-

¹⁵ Vgl. o.m. M.v.A. Bijl. H. 2e K. 1910/11 no. 138.

tekend. Weigert de opgeroepene te verschijnen, dan volgt eveneens straf. In de practijk wordt deze wet, naar mijn opvatting, nogal willekeurig gehandhaafd. Bij de overtreder ligt ondanks de uitwijkmogelijkheden vaak een gemoedsbezwaar op de achtergrond.

Een schriftelijke verklaring wordt ook geëist in art. 3 Eedswet 1916. De te beëdigden persoon moet verklaren tegen het afleggen van eden ook wanneer enig wettelijk voorschrift dit vordert onoverkomelijke bezwaren te hebben, ontleend aan zijn opvatting omtrent de godsdienst. Er wordt hiervan een acte opgemaakt, welke mede wordt ondertekend door de rechter. Hoewel ook hier van toetsing geen sprake is, zal de rechter toch moeten oordelen of er niet discrepantie ontstaat tussen wat mondeling wordt te kennen gegeven en wat de man wil ondertekenen. Wanneer de man mondeling verklaart dat hij weigert een eed af te leggen, omdat hij zich de kwestie niet meer goed kan herinneren en vervolgens bovengenoemde verklaring wil tekenen mag de rechter zulks m.i. weigeren. Dan is zelfs de schijn niet meer aanwezig. Waar echter niet meer dan deze uiterlijke conformiteit wordt geëist, lijkt mij ondanks gebleken bedrog de strafsanctie van art. 192 Sr. niet te gebruiken.

Op hetzelfde vlak ligt de kennisgeving, te doen aan de Burgemeester wanneer men zo overwegend bezwaar tegen het onderwijs op alle binnen 4 resp. 6 km van de woning gelegen lagere scholen heeft dat men de kinderen voorlopig liever daarvan verstoken laat (artt. 7 jo 10 Leerplichtwet). Het bezwaar waarom het gaat zal vermoedelijk – hierop wijst de geschiedenis¹⁶ – in de zedelijke en godsdienstige sfeer moeten liggen. Voorbeeld: een oud-gereformeerd ouderpaar weigert de kinderen naar een openbare school te zenden. Het is de vraag of de bezwaren zich ook mogen uitstrekken tot de persoon van de onderwijzer. Waar deze echter de sfeer van het onderwijs bepaalt, lijkt dit niet per se uitgesloten. Van toetsing vanwege de overheid is niet sprake. Voldoende is, dat de

¹⁶ Men repte bij de totstandkoming van gemoedsbezwaar. Zie M.v.T. Bijl. H. 2e K. 1897–1898 no. 160. In deze geest ook G. Sterringa, Leerplicht en Leerplichtwet, Groningen 1934. Anderzijds wilde men het niet beperken tot godsdienstige bezwaren, omdat de regeling daardoor in strijd zou komen met het beginsel van gelijk recht voor allen. M.v.A. Bijl. H. 2e K. 1898–1899 no. 14.

ouder de moeite neemt zijn verklaring op schrift te stellen en dat de inspecteur deze mede-ondertekent. Ook hier is in zoverre enige wering van al te duidelijk misbruik mogelijk, dat de inspecteur kan weigeren te tekenen, wanneer er niet sprake van is dat het bezwaar tegen het onderwijs gericht is. Toetsing is er, wanneer de inspecteur blijkt, dat het kind op de school waartegen bezwaar gemaakt wordt, gedurende het jaar vooraf gaande aan de dagtekening der verklaring geplaatst is geweest: Is de inspecteur dan overtuigd, dat geen ernstig bezwaar tegen het onderwijs, maar een andere reden tot die aanvraag voor vrijstelling heeft geleid, weigert hij de mede-ondertekening. Bij weigering tot mede-ondertekening is beroep mogelijk bij de hoofdinspecteur.

T.a.v. joodse bakkerijen – art. 36 Arw. – is met betrekking tot het mogen arbeiden op Zondag (en de zeer beperkte arbeid op de Sabbath) bepaald, dat zij in de vorm door de Minister van Sociale Zaken vastgesteld een verklaring moeten indienen bij de arbeidsinspectie, waarbij wordt verklaard, dat de verzoeker behoort tot een Israëlitisch kerkgenootschap (enz.). Deze verklaring moet worden getoetst door het districtshoofd. Als deze van oordeel is, dat zij in strijd met de waarheid is afgelegd (enz.) deelt hij dit de patroon schriftelijk mede, waarna de verklaring haar kracht verliest. Van een en ander is beroep mogelijk bij de betrokken Minister.

Joodse¹⁷ slagers, die willen slachten naar joods ritueel kunnen dat onder bepaalde voorwaarden doen (art. 11 Vleeskeuringsbesluit) in daartoe door de Minister aangewezen slachthuizen, waarbij zij aan de keuringsdienarts een schriftelijke machtiging van de opperrabbijn of diens plaatsvervanger moeten tonen (zie verder art. 12 V.l.k.besl.).

Sinds enige tientallen jaren worden in onze sociale wetten bepalingen opgenomen inhoudende de mogelijkheid van vrijstelling voor hen die gemoedsbezwaren tegen verzekeringen hebben. In sommige kringen heeft men nl. op godsdienstige gronden bezwaren, omdat men hierin ziet een blijk van wantrouwen jegens Gods beschikkingen met de mens. Sinds enige jaren zijn de regelingen – oor-

¹⁷ De bepaling richt zich niet uitdrukkelijk tot joodse slagers, doch dit laten wij nu maar buiten bespreking.

spronkelijk voorkomend in Ongevallenwet 1921, Land- en Tuinbouwongevallenwet 1922, Ziektewet, Kinderbijslagewet, Werkloosheidswet en Ziekenfondsbesluit – samengevoegd in de (overigens allereerst voor andere doeleinden tot stand gekomen) Coördinatiewet Sociale Verzekering (art. 17). In deze bepaling wordt een algemene maatregel van bestuur in het vooruitzicht gesteld ten behoeve van „degene die gemoedsbezwaren tegen de betrokken verzekeringen heeft”. Deze kan nl. volgens bepaalde regels en voorwaarden worden vrijgesteld. In het betrokken K.B. (20 Dec. 1956 S. 626; gewijz. 17 Oct. 1959 S. 387), wordt als criterium genoemd het schriftelijk verklaren, dat men „overwegende gemoedsbezwaren heeft tegen elke verzekering, welke ook, en dat (men) mitsdien noch zichzelf, noch iemand anders, noch zijn eigendommen heeft verzekerd” (art. 2). De diverse uitvoeringsorganen (Raad van Arbeid, bedrijfsverenigingen) onderzoeken of deze verklaring overeenkomstig de waarheid is. Intrekking is mogelijk, wanneer de gemoedsbezwaren niet langer geacht kunnen worden te bestaan. De betrokkene kan, bij afwijzing van zijn verzoek, binnen een maand aan de Soc. Verzekeringsraad verzoeken de beslissing te herzien. De toetsing is hier vooral objectief (het al dan niet verzekerd zijn), doch men zal de man zelf toch ook nog wel horen. In de praktijk schijnen de ambtenaren van de buitendienst zich hiermee te belasten. Te signaleren valt, dat derhalve ook personeel van privaatrechtelijke verenigingen gewetensbezwaren toetst. Daarnaast is er nog een compensatie voor ongerechtvaardigd genoten voordeel, dat de gewetensbezwaarde werkgever zou genieten. Diens aanslag in de I.B. wordt daartoe verhoogd met het totale premiebedrag, ook met dat van de werknemer. Dit laatste bedrag kan hij echter desgewenst van het loon afhouden. Deze compensatie is tevens als een „objectieve toetsing” te beschouwen, omdat verkapte beursbezwaren aldus wel zijn geëlimineerd.

Voornoemd K.B. geldt ook als uitvoeringsregeling van de Algemene Ouderdomswet, waar in art. 36 – en van de Algemene Weduwen- en Wezenwet, waar in art. 48 – gemoedsbezwaarden eveneens tegen compensatie (belastingverhoging) worden vrijgesteld. De Soc. Verz. Bank is hier de vrijstellende instantie.

Buiten de Coördinatiewet is om hier niet nader te noemen technische redenen gebleven de Invaliditeitswet, welke sedert 1920 (art. 286b ev.) eveneens gemoedsbezwaren tegen soortgelijke voorwaarden (compens. 1¼ maal der anders verschuldigde premie bij de I.B.) erkent. Vrijstellende instantie is de Raad van Arbeid, er is echter geen appelmogelijkheid. Wel kan men – doch dit geldt voor alle sociale wetten – een beslissing omtrent zijn verplichting premie te betalen uitlokken en daarvan in beroep gaan bij de raad van beroep (enz.), waar men zijn gemoedsbezwaren te berde kan brengen, al zal dit, zolang de wet niet is geschonden, weinig helpen. Juist bij de Invaliditeitswet echter, lijkt zelfs deze weg gelet op de tekst van art. 344 niet eenvoudig. Toch heeft de centrale raad zich eens met een dergelijke kwestie ingelaten (24 Dec. 1931 A.R.B. 1932 p. 254).

In art. 5 lid 2 onder II sub k Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds is bepaald, dat geen deelneming verplicht zal worden gesteld, wanneer de statuten en reglementen van zo'n fonds niet bepalingen bevatten betreffende de wijze waarop tegemoet gekomen wordt aan personen, die gemoedsbezwaren hebben tegen iedere vorm van verzekering. Vlg. de beschikking van de Minister van Soc. Zaken enz. van 17 Dec. 1949 (N.S. 1949 no. 249) wordt door het fonds ieder vrijgesteld ten aanzien van wie het de overtuiging heeft verkregen, dat hij gemoedsbezwaren tegen iedere vorm van verzekering heeft (enz.). In plaats van een verzekeringsbijdrage wordt dan een spaarbijdrage gevorderd. Tegen een eventuele afwijzende beslissing kan men bezwaren inbrengen bij de Verzekeringskamer, welke, wanneer zij het met de bezwaarde eens is het betrokken fonds op de hoogte stelt. Reageert het fonds niet binnen 30 dagen op de gewenste wijze, dan kan de Verzekeringskamer de bezwaarde wijzen op art. 16 der wet, waarin is bepaald, dat de Minister in bijzondere gevallen vrijstelling kan verlenen. In de hiervoor genoemde richtlijn is nog bepaald, dat het fonds de vrijstelling moet intrekken, o.m. wanneer de grond waarop de vrijstelling is verleend, niet meer aanwezig is, alsmede wanneer de bezwaarde de voorwaarden niet (behoorlijk) naleeft. Als – willekeurig genomen – voorbeeld van een dergelijke regeling

verwijs ik naar art. 15 Pensioenreglement A van de stichting pensioenfonds volksgezondheid en maatschappelijk werk (N.S. 1954 no. 209).

Subjectieve toetsing zal ook plaats vinden t.a.v. gewetensbezwaarden tegen de Wet bestrijding tuberculose onder het rundvee (1952 S. 352). Hoewel deze wet met geen woord rept over gewetensbezwaren, moet men uit de geschiedenis der wet (M.v.A. Bijl. H. 2e K. 1951/2 no. 2338) distilleren, dat aan erkende gewetensbezwaarden ontheffing zal worden verleend op grond van een (ook voor eventuele andere redenen dienstbare) ontheffingsbepaling (art. 4 lid 2)¹⁸. Deze ontheffingen zijn echter aan strikte voorwaarden gebonden teneinde het zo belangrijke doel dezer wet – het t.b.c.-vrijmaken van de rundveestapel niet in gevaar te brengen. De te stellen voorwaarden zijn vermeld in de Min. Beschikking van 9 Apr. 1954 N.S. no. 71, gewijz. 8 Dec. 1959 N.S. no. 240. Hoewel ook hier weer met geen woord over gewetensbezwaren wordt gesproken, maar over „ieder aan wie een ontheffing is verleend”, zal men toch moeten aannemen, dat – de S. en J. editie doet dit blijkens „de kop” ook – dat hiermee de gewetensbezwaren bedoeld zijn. Het criterium waaraan getoetst moet worden is, nu de wet de gewetensbezwaarden zonder meer laat opgaan in de personen, die een ontheffing kunnen krijgen, nergens omschreven. In de M.v.A. wordt echter gezegd: Alleen, wanneer na een incidentele behandeling door de provinciale gezondheidsdienst – d.i. het gesprek dat een adviescommissie van deze dienst met de bezwaarden heeft – werkelijke gewetensbezwaren moeten worden aangenomen, zal ontheffing worden verleend. In de ontheffing kunnen voorwaarden worden opgenomen, waarbij met diverse bezwaren rekening kan worden gehouden, bv. of men uitsluitend bezwaar tegen aansluiting heeft, dan wel mede tegen de

¹⁸ Blijkbaar had men aanvankelijk, ondanks het vele tumult onder vlag van het aan de onderhavige wet voorafgaande Besluit van deze strekking (NS 1943 no. 209) niet eens aan gewetensbezwaren gedacht. De M.v.T. sprak als eventuele grond voor een ontheffing slechts over het houden van proefdieren als studieobject (Bijl. H. 2e K. 1951/2 no. 2338). Of zou de term „groepen van gevallen” deze categorie oorspronkelijk hebben willen omvatten? M.a.w. heeft men „met de list der liefde” de term „gewetensbezwaren” in de wet vermeden?

wijze van bestrijding. Ook zal men bij de voorwaarden rekening kunnen houden met het stadium van sanering in provincie of streek. De toetsing zou men in het onderhavige geval èn objectief èn subjectief kunnen noemen. Subjectief, in zoverre de commissie zich blijkbaar op nogal gemoedelijke wijze – eventueel in het bijzijn van echtgenote of bureu – een indruk nopens de gegrondheid van het bezwaar moet trachten te vormen. Objectief, in zoverre bij de hierboven genoemde beschikking deze boeren allerlei beperkende bepalingen zijn opgelegd. De wijze waarop hier met de belangen van de gewetensbezwaarden wordt rekening gehouden is – hierover zal men het eens zijn – niet bijzonder elegant. Dit geldt met name het ontbreken van een duidelijk criterium waaraan de gewetensbezwaren moeten voldoen en het niet vermelden in de wet van de mogelijkheid, dat men op grond van gewetensbezwaren ontheffing kan krijgen, hetgeen immers een niet te verwachten uitzondering is. In de praktijk zal het systeem echter wel functioneren¹⁹.

Het meest kramt het probleem zowel in omvang als in intensiteit bij de gewetensbezwaarden tegen militaire dienst (Dww.). Het gaat hier immers meer dan ooit om het (voort) bestaan van de rechtsorde zelf, terwijl anderzijds de gevorderde prestatie sterk in het leven van de betrokkene ingrijpt met als min of meer natuurlijk gevolg een grote neiging tot simulatie. De in de Dww. gestelde voorwaarden zijn dan ook, vergeleken met die van de andere regelingen, het zwaarst. Allereerst is er de subjectieve toetsing door de koninklijke commissie als bedoeld in art. 2 Dww., welke de Minister nopens de vrijstelling moet adviseren. Het schijnt, dat zelfs alle requestanten door een (plv.) lid-psychiater worden onderzocht (zie M.R.T. XLII p. 526 alsmede KB 28 Mei 1946 S. G 134). Verder is er een betrekkelijk zware compensatie, ook hier weer bedoeld als objectieve toetsing (M.v.A. Bijl. H. 2e K. 1922/3 no. 77): – Voor hen

¹⁹ In het Hbl. van 27 Oct. 1959 las ik echter nog, dat tegen een zekere G. W. V. uit Eefde (gem. Gorssel), wiens prachtige veestapel enige jaren geleden reeds op grond dezer wet was verbeurd verklaard en die zich opnieuw een koe had aangeschaft door de Zutense officier een boete van f 150 met verbeurdverklaring van de koe was geëist.

die uitsluitend bezwaar hebben tegen het persoonlijk deelnemen aan het doden van de evenmens (art. 1 onder a Dww.) wordt de niet-gewapende militaire dienst verlengd met 8 maanden; voor hen, die bezwaren hebben tegen de militaire dienst (art. 1 onder b Dww.) de (burger-)dienst met 12 maanden. Terwijl art. 196 Gw. – het artikel waarvan de Dww. formeel de uitwerking is – slechts spreekt van ernstige gewetensbezwaren tegen de krijgsdienst (hetgeen grammaticaal geïnterpreteerd uit allerlei motieven kan voortspruiten), beperkt art. 1 Dww. de gronden tot de overtuiging, „dat men de evenmens niet mag doden, ook wanneer dit ingevolge overheidsbevel geschiedt”, waarmee men wilde uitschakelen (M.v.T. Bijl. H. 2e K. 1921/2 no. 433): politieke dienstweigeraars, hen die de dienstweigering als propagandamiddel gebruiken om aldus tot algehele ontwapening te geraken, of hen die het Staatsgezag bestrijden, dat hun plichten oplegt, ongeacht – aldus moet men uit de beraadslagingen afleiden – of deze politieke bezwaren mede in de sfeer van de ethische begrippen zijn komen te liggen. Het bezwaar moet, gelijk wij hierboven min of meer vooruitlopend – opmerkten, voortkomen uit de gedachte: Gij zult niet doden. Moeilijke grensgevallen zullen echter ongetwijfeld voorkomen. Met name t.a.v. personen, die wel onoverkomelijke bezwaren hebben tegen oorlog, maar het binnenlands „sparend” geweld van de politie geoorloofd achten. Men mag echter betwijfelen of het de bedoeling is geweest ook deze groep te omvatten. Deze mensen toch hebben – om een krasse opmerking van van den Bosch aan te halen²⁰ – wel bezwaar tegen het doden van veel, niet van enkele mensen. Wordt het dan geen politiek, een kwestie van min of meer? Edoch – een gewetensbezwaaar kan men niet „logisch” beoordelen. Hoger beroep van de beschikking des Ministers is niet mogelijk. De laatste jaren heeft zich echter onofficieel een soort revisie ontwikkeld. Wanneer de rechter twijfelt aan de juistheid der decisie stelt hij de zaak weer in handen van de Minister met het verzoek de bezwaarde nogmaals te laten toetsen. In verreweg de meeste gevallen worden de bezwaren dan alsnog erkend.

²⁰ De bestraffing van principiële dienstweigeraars, Groningen enz., 1950, p. 7.

Ondanks de hier summierlijk aangeduide moeilijkheden is in het wetsontwerp Gewetensbezwaren militaire dienst (Bijl. H. 2e K. 1959 no. 5394) na overleg met de commissie aan dezelfde omschrijving vastgehouden. In de hiervoor reeds genoemde beschouwing heeft C. J. Schuurman de Dww-definitie onjuist genoemd: — Niemand heeft op grond van zijn overtuiging gewetensbezwaren, maar men heeft op grond van zijn geweten een overtuiging. Dit klinkt sterker dan het is. Wanneer men, hetgeen duidelijk de bedoeling is, onder overtuiging verstaat gewetensovertuiging is men direct uit de moeilijkheid, terwijl de opvatting van Schuurman het bezwaar heeft, dat het woordje gewetensbezwaar in al zijn klemmende betekenis verdwijnt. Wat ons onderwerp betreft heeft het ontwerp ook geen belangrijke veranderingen. Vermeld kan worden, dat de compenserende verplichting wordt verlicht (tot resp. 2 en 6 maanden), alsmede, dat dat de procedure voor de commissie enigszins wordt veranderd, waarover verderop. De revisie wordt thans uitdrukkelijk genoemd (art. 7). Aan de vaststelling van het advies zullen dan geen commissieleden meewerken, die de bezwaarde reeds hebben gehoord.

De laatste belangrijke bijzondere regeling is de Wet immunisatie militairen van 7 Aug. 1953 (S. 432). Deze wet dankt zijn ontstaan o.m. aan de onzekerheid welke was ontstaan over de bevoegdheid van de militaire overheid militairen te verplichten zich te laten inenten. Men zou nl. kunnen stellen, dat de militair zich niet aan een dergelijk dienstbevel zou behoeven te onderwerpen, omdat deze ingreep als een kunstbewerking in de zin van art. 25 lid 4 R.K. moest worden beschouwd. Hoewel de regering dit verwierp (M.v.A. Bijl. H. 2e K. 1952/3 no. 2974) met een beroep op een beschikking van het H.M.G. van 29 Juni 1913 (M.R.T. IX p. 365) was er toch onzekerheid ontstaan, met name door de hiervoor genoemde Ministeriële Kennisgeving van 4 Juli 1947 en de hieruit door kr. Oost getrokken consequenties. In de artt. 3 en 4 dezer wet is de Minister uitdrukkelijk bevoegd verklaard militairen de verplichting op te leggen zich aan vaccinatie voor de eerste maal tegen pokken te onderwerpen en overigens ter voorkoming van optreden of verspreiding van ziekten ... aan revaccinatie hiertegen, benevens in

dit geval aan (her)inenting tegen andere ziekten. (Blijvende) vrijstelling kan de Minister – voorzoveel ons onderwerp betreft – volgens art. 5 geven, indien de militair, alsmede indien deze minderjarig is, ouder of voogd, tegen immunisatie gewetensbezwaren hebben, ontleend aan hun godsdienstige overtuiging. Met bezwaren van uitsluitend ethische aard wordt dus geen rekening gehouden. Deze doen zich blijkbaar in de practijk niet voor. Het merkwaardige van deze regeling is, dat de gewetensbezwaren van ouders kunnen praevaleren boven die van de militair zelf. Deze kan zich nl. op grond van zijn godsdienstige overtuiging juist wel verplicht achten zich te laten inenten, doch wanneer de bezwaren van zijn ouders erkend worden, gebeurt het – tot zijn meerderjarigheid – niet. Deze consequentie – en de omstandigheid, dat men *hier* de ouders inschakelt en bij de Dww. niet²¹ – maken deze regeling bijzonder aanvechtbaar. Minister Staf heeft er – tevergeefs – zijn staf over gebroken (H. 2e K. 1952/3 p. 918). De feitelijke toetsing zowel van de ouders als van de militair is subjectief. Zij worden opgeroepen en gehoord door de door de Minister ingestelde commissie. De eerste, sindsdien sterk gewijzigde samenstelling is te vinden in N.S. 18 Jan. 1954 no. 11. Voorzitter is echter nog steeds de pres. H.R. De toetsing schijnt iets minder streng te zijn dan bij de Dww. Raadslieden schijnen wel eens te worden toegelaten, terwijl psychiatrisch onderzoek door de commissie niet geschiedt. In buitengewone omstandigheden kan ook *namens* de Minister een commissie worden ingesteld, bv. bij verblijf buiten 's lands grenzen, als wanneer de hoogste cdt. deze kan instellen. Ook hier is geen appelmogelijkheid, zij het dat, zo wij reeds zagen, in incidentele gevallen revisie mogelijk is op verzoek van de strafrechter.

Binnenkort komt er nog een nieuwe regeling, nl. een uitzondering voor de gemoedsbezwaarden in de te verwachten wet op de verplichte verzekering tegen W.A. inzake mo-

²¹ De heer Vermeer vroeg zich dan ook af of ook de Dww. niet in deze geest moest worden gewijzigd. Ook de heer Bruins Slot aan wiens amendement deze regeling te danken is, achtte zulks niet uitgesloten (H. 2e K. 1952/3 pp. 902 en 905). In het ontwerp Wet gewetensbezwaren militaire dienst is deze suggestie niet gevolgd.

Wet	Gevorderde of beoogde praestatie	Waarom bezwaar?
art. 4 Eedswet 1916 enz.	eed of belofte	—
art. 1 Eedswet 1911	voorgeschrev. eedsritueel	kerkgenootschap verplicht tot a ritueel
art. 13 Arbeidswet	arbeid vlg. regels Arb.w.	behoren tot kerkgen., dat rustda Sabbath viert
Inentingswet	inenting kind	bezwaar tegen inenting
art. 3 Eedswet 1916	eed	onoverkomelijke bezw. tegen het a eden ontl. aan opvatting omtr. ge ook wann. wett. voorsch. zulks ve
Leerplichtwet	kind n. school	zo overw. bezwaar teg. onderw. op bin. 4/6 km gel. scholen dat men 't voorl. liever daarvan verstoken
art. 36 Arbeidswet	bakkersarbeid vlg. regels v. d. Arb.w.	behoren tot Israelitisch kerkgen.scl
Vleeskeuringsbesluit	slachten vlg. voorschriften	kerkgenootschap verplicht tot cons tie van ritueel geslacht vee
O. wet, LeTbO.wet, Ziekte wet, K.bijsl.wet, Werkloosheidswet, Ziekenf.b. (Coördinatie wet Soc. Verz.)	verzekerd tegen on-gevallen enz.	overwegende gemoedsbez. tegen elke welke ook, en noch zelf, noch is anders, noch eigendom. verzeke
Invaliditeitswet	id.	id.
Algem. Ouderd.wet	id.	id.
Algem. Wed. e. Wez.wet	id.	id.
Wet Bedrijfspensioen-fondsen	id.	id.
Wet bestr. tuberculose rundvee	lid gezondh.d. v. dieren	gemoedsbez. daarv. lid te wor i.v.m. te verwachten verpl.
Dienstweigeringswet	militaire dienst	ernstige gew.bezw. teg. de krijgsd. o. d. overtuiging dat men de ever niet m. doden
Wet immunisatie militairen	immunisatie	gewetensbezwaren t. immunisatie aan godsd. overt.

Compenserende prestaties, waar- der begrepen ver- ngde inlichtingen	Toetsing van objectieve gegevens	Toetsing van de persoon	Wie verleent vrijstelling (en toetst)?	Appel- mogelijkheid
—	—	—	—	—
te kennen geven a. d. rechter	verklaring juist?	—	rechter	—
zoek aan patroon	gegevens juist?	—	patroon	—
schrift. ondert. verklaring	—	—	—	—
schrift. ondert. verklaring	—	—	—	—
id.	—	(als kind 1 jaar op school is) Verkl.serius?	inspecteur	hoofd- inspecteur
schrift. ondert. verkl. vlg. model	gegevens juist?	—	distr.hoofd arbeidsinsp.	Minister
hr. macht. tonen br. v aangew. sl.h.	machtiging juist?	—	opperrabbijn keur.dier.arts	—
schrift. ondert. verkl. verhoging I.B.	gegevens juist?	bezwaren serieus (enz.)?	raad v. arb., bedrijfsver. (buitendienst)	soc. verz.raad (herz.)
id.	id.	id.	r. v arb. (id.)	—
id.	id.	id.	s. verz.b. (id.)	soc. verz.r.
id.	id.	id.	id.	id.
schrift. ondert. verkl. paarverplichting	id.	id.	fonds	verz.kamer
schrift. ondert. verkl. oorwaard. v. onth.	id.	id.	Minister (ad- vies gezondh.)	—
hr. ondert. verzoek langer dienst, 12/8 maanden	—	id.	Minister (advies commissie)	herziening op verzoek van rechter
schriftelijk onder- tekend verzoek	—	id.	id.	id.

torrijtuigen. Als ik goed ben ingelicht zullen de gemoeds-bezwaarden als contrapraestatie moeten bijdragen in een waarborgfonds.

Voldoet dit stelsel?

Het hierboven geschetste stuk wetgeving biedt bij eerste kennisneming een grillige mozaïek, er is geen gelijkheid van lijn, terminologie, motivering en appellabiliteit. „Incidenteel” en „verbrokkeld”, met deze termen is haar karakter wel aangeduid. Is het wonder, dat wel eens de wens opkwam, eventueel gecombineerd met andere verlangens, naar een uniformer aanpak? Reeds 35 jaar geleden speelden Slotemaker de Bruïne en Mendels met deze gedachte (H. 2e K. 1924/5 p. 1007). Ook later verneemt men deze geluiden, o.m. van W. Jonkers en J. van Nes, wier suggesties nog nader besproken worden.

Hoewel ik toegeef, dat er hier en daar aan het schilderij wat te verfraaien zou zijn – bij onze bespreking gaven wij al enige wenken – menen wij toch dat dit aesthetisch bezwaar niet doorslaggevend mag zijn. Ik geloof nl. niet, dat men veel anders kan, gelet op het feit, dat elk onderwerp zijn eigen problemen, zijn eigen „historie” heeft. Zou men al deze onderscheidingen in één of enkele formules kunnen vangen? De makers van ons wetboek hebben destijds ook van dergelijke unificaties gedroomd, doch hun pogingen zijn gestrand: art. 436 Sr. is een baken in de zee van regelingen op dit gebied. Ik geloof niet, dat deze schijnbare eenvoud baat brengt, wanneer de toch noodzakelijke begrenzingen in eindeloze rechtsstrijd voor de rechter, uiteindelijk voor de H.R., bevochten moeten worden. Het onderhavige samenspel tussen wetgever en bestuur heeft trouwens het gewenste doel – concretisering van het hiervoor aangewezen staatkundig beginsel – tot op grote hoogte benaderd. Zorgvuldig kon men voor elk gebied nagaan in hoeverre de samenleving het indruisen tegen haar eigen belang kon verdragen. Hoe heftiger de bedreigingen waren, des te scherper werd de toetsing, des te zwaarder de compenserende praestaties. De wetgever trok telkens de lijnen, waarbinnen het bestuur met wijs en soepel beleid de optredende spanningen reguleerde, soms zelf op voorhand, terwijl de lijnen nog ontbraken.

Zelden hoort men klachten²², het aantal vervolgingen wordt pas geheel beneden in het schema noemenswaardig (Dww.). Door operaties ver in het voorterrein – voorlichting, overleg – zorgt de administratie, dat vele zaken nooit bij de rechter komen. Zo bleven destijds in Zuid-Holland van de honderden boeren, die gewetensbezwaren hadden tegen aansluiting bij de gezondheidsdienst er nog slechts enkele over (M.v.A., l.c.). Zou zonder deze soepele beremming het aantal deraillementen ook zo gering, het passeren van de vele kruisingen tussen wet en geweten ook zo rustig zijn geschied?

Men roept om de rechter. Allereerst de strafrechter als hanteerder van een algemeen wettelijke strafuitsluitingsgrond, de meest simpele oplossing, waarvan echter de bezwaren hiervoor bij de bespreking van de overmacht al breed zijn uitgemeten en die wij ons dan ook nauwelijks kunnen voorstellen in plaats van de hiervoor genoemde regelingen, hoogstens als aanvulling. Het zou in *dit* geval neerkomen op de inschakeling van de strafrechter op het terrein van de wetsuitvoering, het zorgvuldig aftasten binnen een zeer vage norm, wie er wel, wie er niet onder valt, met als conclusie strafrechtelijke iudicia als ontslag van r.v.v en straf. Is inschakeling van de strafrechter bij de uitvoering van voorschriften echter juist? Past in deze fase, waar zoveel onzeker is, de strafoplegging? Vgl. A. Mulder, S.E.W. 1957 p. 267. Het antwoord luidt: neen, straf zij ultimum remedium.

Iets anders is de inschakeling van de rechter, niet zozeer als strafrechter, doch als onafhankelijk toetser en „vrijstellingenverlener”. Aldus voor de Dww. van Bemmelen (M.R.T. XLII p. 203) en van den Bosch (o.m. p. 17). Men denkt voor de Dww. aan kr. en in appel aan het H.M.G. De Nederlandse Vredesbeweging heeft destijds een speciaal gerechtshof voorgesteld en L. J. Govaerts (T.v.O. 1959 p. 179) bepleitte, blijkbaar overigens met handhaving van het bestaande systeem – als beroepsinstantie een onafhankelijke administratieve rechter. Verder is er dan nog de hierna te noemen suggestie van J. van Nes, die in 't algemeen van de „adviseurs” op gewetens-

²² Vroeger werd over de Dww.-commissie nog wel eens geklaagd (M.R.T. XI.III p. 234).

terrein een geheel onafhankelijk orgaan – de „censor” – wilde maken.

Daargelaten dat rechterlijke behandeling door meerdere formaliteiten stroever en minder gemoedelijk en vooral ook door de appelmogelijkheid tijdrovender zal zijn, meer „rompslomp” zal meebrengen, betwijfel ik of de werkelijke behoefte zo groot is. Twijfel aan de objectiviteit en de goede trouw van de „vrijstellers” (en hun adviseurs) is er immers niet of nauwelijks, ofschoon de bezwaren vaak juist gericht zijn tegen „hun” eisen. Ik denk bovendien niet, dat gewetensbezwaarden tegen de militaire dienst meer vertrouwen zouden hebben in beoordeling van hun motieven door krijgsraden²³. Men zal dan toch tot instelling van een administratieve rechter moeten overgaan. Bovendien betwijfel ik wel eens of het gewenst is, dat het bestuur, dat de verantwoordelijkheid draagt voor de uitvoering van een wet, een onderdeel van zijn taak uit handen moet geven aan een instantie zonder die verantwoordelijkheid, vooral ook, omdat niet alleen de echtheid van het bezwaar, maar ook het „op de wet afgestemd zijn” – en daarmee wetstoepassing – aan de orde komt. Wij zagen, dat dit bij de Dww. een grote rol speelt. Bovendien kunnen sommige ontheffingen mede op andere gronden gebaseerd zijn (Wet bestr. t.b.c. rundvee).

Als bezwaar van de „administratieve” behandeling is wel genoemd, dat het nu kan voorkomen, dat de rechter in gewetensnood raakt, wanneer hij over de gegrondheid van een gewetensbezwaar anders denkt dan het bestuur. Men wijst dan op het hiervoor genoemde vs. van kr. t. v. Zuid, doch ook op andere minder vergaande uitspraken, waarin van deze conflictssituatie blijkt: kr. t. v. West 12 Juni 1947 M.R.T. XL p. 607 N.J. 1947 no. 567, alsmede de terecht niet gewaardeerde uitspraken, waarbij dienstweigeraars werden veroordeeld tot een voorwaardelijke straf met als bijzondere voorwaarde, dat de veroordeelde gedurende drie jaar burgerlijke staatsdienst zou verrichten (enz.): kr. t. v. West 28 Mei 1947 M.R.T. XL p. 609 N.J. 1949 no. 556 en kr. t. v. Noord 25 Feb. 1948 M.R.T. XLII p. 366. Daargelaten, dat (s.o.r.) het vs. van kr. Zuid minder geslaagd genoemd moet worden (ook is

²³ Hoezeer ook ongetwijfeld ten onrechte.

vernietigd) en dat sinds de invoering van de „revisie” aan bedoelde voorwaardelijke bestraffing nauwelijks behoefte meer bestaat, vraag ik mij af of al deze conflicten onmogelijk worden als een *rechter* vrijstelling zou moeten verlenen. Als de administratieve rechter wordt ingeschakeld, blijft het helemaal hetzelfde, laat men 't de strafrechter doen, dan voorkomt men het probleem alleen, wanneer de man meteen zodanig wordt gestraft, dat herhaling is uitgesloten. Immers bij herhaling kan er weer een andere rechter op de zaak zitten, die het oordeel van zijn ambtgenoot niet deelt.

Bovendien behoefde zich n.m.m. voor de rechter geen verlegenheid voor te doen. Hij had immers in zijn fase met het gewetensbezwaar voor de vraag van het „schuldig of niet” niet meer te maken. Hij had zich met de juistheid van het beleid van het bestuur niet meer te bemoeien. Voor hem was er alleen nog maar een persoon, die de wet niet wilde nakomen, waarbij, gelijk hiervoor uiteengezet, het overtuigd zijn van 's mans goede trouw (het „hebben van het bezwaar”) een der vele imponderabilia oplevert van belang voor de strafbejegening. In deze richting reeds formeel²⁴ H.M.G. 22 Jan. 1926 M.R.T. XXI p. 368 en nadien nog vele decisies, waaronder ik nog speciaal noem kr. t. v. Zuid 9 Sept. 1947 M.R.T. XL p. 613.

Ik vraag mij echter af – en in zoverre zie ik in de huidige dualiteit bestuur en strafrechter zelfs enig voordeel – of men gelet op de vrij recente rechtsontwikkeling inzake de toetsing van onrechtmatige overheidsbeschikkingen niet zou mogen aanvaarden een rechterlijke contrôle op „uitschieters”, volkomen onredelijke en daardoor rechtskracht ontberende beschikkingen. Ik wijs – om in de strafrechtelijke sfeer te blijven – op H.R. 5 Apr. 1955 N.J. 1955 no. 299: de rechter mag oordelen, dat B. en W. een onthefing op zeer onredelijke gronden hebben geweigerd of H.R. 10 Mei 1955 N.J. 1956 no. 21, waar de omgekeerde vraag – onrechtmatige verlening van toestemming – aan de orde was, alsmede naar de concl. van de A.G. van Asch van Wijck bij H.R. 13 Mei 1952 N.J. 1952 no. 685. Dat de geschiedenis der bijzondere regelingen van deze correctie niet rept, lijkt geen bezwaar, daar deze ontwikke-

²⁴ In feite legt het H.M.G. echter toch weer alle nadruk op het al dan niet bestaan van gewetensbezwaren.

ling - op civiel terrein - pas met het Doetinchem-arrest in 1949 volop is doorgebroken. In casu zou de rechter dus kunnen corrigeren, wanneer de Minister duidelijk dwaalt, een misslag begaat door onvoldoende of onjuiste gegevens en de gevraagde voorziening werkelijk ten onrechte onthoudt. Reppen over een *mogelijke* vergissing, gelijk bij zeekr. 's-Hage 9 Dec. 1948 M.R.T. XLIII p. 366 en id. 1 Oct. 1953 M.R.T. XLVII p. 60 lijkt onvoldoende. Dat hieraan vroeger geen aandacht is besteed behoeft geen verwondering te wekken, omdat deze rechtsontwikkeling - zo gezegd - tamelijk recent is. Zo zou ik mij het vs. van kr. Zuid (overmacht op grond van gewetensbezwaaar) ook kunnen denken als overmacht, resp. noodtoestand (laten wij deze twist laten rusten) op grond van een onrechtmatig geweigerde overheidsbeschikking, vooral, wanneer na een eventuele revisie de Minister er niets meer aan gedaan zou hebben. Immers de kr. twijfelde in dit geval kennelijk aan de deugdelijkheid van het onderzoek, opmerkend, dat de commissie niet de beschikking had gehad over de gegevens betreffende de psychische gesteldheid, levensloop, familieomstandigheden, werkring en persoonlijke omstandigheden van de betrokkene, terwijl hij blijkbaar niet uit de notulen van de vergadering der commissie de stellige overtuiging kon putten, dat het verhoor voldoende uitvoerig was geweest. Zie in het verband van deze kwestie ook nog H.R. 11 Mrt. 1912 W. 9321 betreffende een door een formalistische schoolopziener ten onrechte geweigerde mede-ondertekening van een kennisgeving van bezwaar tegen het onderwijs als bedoeld in art. 10 Lplw. (zie hiervoor). De vader werd nu vervolgd wegens ongeoorloofd schoolverzuim van het kind. De H.R. verwierp het cass. beroep tegen het gegeven o.v.r.v.v. overwegende, dat nu toch aan de wettelijke eis was voldaan. Dit was formeel echter juist *niet* het geval, want art. 10 lid 2 Lplw. zegt: „Deze verklaring moet, om geldig te zijn, ook de handtekening dragen van de inspecteur”. De onrechtmatige grond was in dit geval echter niet een materiële, doch een formele, nl. de eis, dat de ouder aan de inspecteur niet alleen de verklaring moest doen toekomen, maar bovendien nog moest verzoeken deze te ondertekenen.

Ontstaat er geen chaos in dit stelsel, wanneer na de

overtreding de vrijstelling alsnog afkomt? Wanneer de vervolging nog niet is begonnen voorkomt de common sense van het O.M. uiteraard alle moeilijkheden. Bij de Dww. is er zelfs geen probleem, wanneer de zaak al ahangig is, omdat de vervolging krachtens art. 2 lid 4 gestaakt wordt. Voorbeeld: disp. H.M.G. 14 Sept. 1948 M.R.T. XLII p. 108. Bij de overige regelingen is de uitweg moeilijk en men zou het hiervoor genoemde vs. van kr. Oost (gewetensbezwaar leverde overmacht op) met een wat boos oog ook wel kunnen beschouwen als ontwijking van *deze* moeilijkheid. Immers de Minister had in zijn tweede beschikking overwogen, dat de commissie op grond van gegevens, welke haar voordien niet bekend geweest waren, aanleiding had gevonden op haar aanvankelijke zienswijze terug te komen, waarop de Minister de eerste beschikking introk en alsnog vrijstelling verleende. Men zou kunnen zeggen: de Minister erkent hier, dat de eerste beschikking een misslag was. Hij heeft hiermee a.h.w. zijn eerste beschikking verloochend. Dat er een s.f. is gepleegd staat wel vast, doch is de man onder deze omstandigheden nog te straffen? Kan men hier niet een beroep doen op analogische toepassing van art. 1 lid 2 Sr.? Hier is dan niet de wetgever, doch het bestuur anders gaan denken. Het bezwaar lijkt me, dat men op deze wijze het bestuur een beslissende invloed gaat geven op de vervolging van strafbare feiten door eerder genomen beslissingen te verloochenen, soms wellicht uit kwalijke motieven. Het lijkt mij toe, dat men het beginsel van art. 1 lid 2 Sr. – overigens een uitzondering – moeilijk kan overbrengen naar de zo dynamische bestuursfeer. Ik zou derhalve aan de strafbaarheid willen vasthouden, tenzij zo gezegd de beslissing kennelijk onredelijk is geweest, hetgeen ik van de W.I.M.beschikking niet zou durven zeggen. Destijds dreigde het probleem even voor pol.r. Leeuwarden dd. 21 Mrt. 1958 N.J. 1959 no. 32, waar enige Jehova's getuigen terechtstonden wegens overtreding van art. 45 D.P.W. (niet ter inlijving opkomen), die alsnog een Dww. vrijstelling hadden gekregen. De raadsman bepleitte toen naar analogie van art. 2 Dww. niet-ontvankelijkheid van het O.M. Alle militair belang was vervallen. De pol.r. kwam aan het probleem niet toe, omdat de verzuimde verplichting nog juist buiten de krijgsdienst viel.

De vraag van de *toetsing*, hierboven reeds gedeeltelijk besproken, geeft hier geen moeilijkheden van principiële aard. Anders dan de strafrechter, kan het bestuur zich op het standpunt stellen, dat het slechts, naar beste weten, uit de in beginsel tot praestatie gehouden²⁵ volgens bepaalde richtlijnen moet selecteren degenen, die zich op een gewetensbezwaar beroepen. M.a.w. wanneer het bestuur aan de hand van een ernstig gesprek²⁶ en allerhand inlichtingen en aanwijzingen van een bezwaar blijkt, zal vrijstelling volgen. Het iudicium bij afwijzing zou daarom moeten luiden, dat van onoverkomelijke gewetensbezwaren niet is gebleken enz. Ik meen, dat althans vroeger de afwijzende Dww.-beschikkingen in deze geest gesteld waren²⁷. Zie ook duidelijk in deze geest de hiervoor genoemde beschikking van de Minister van Soc. Z. van 17 Dec. 1949 (N.S. 1949 no. 249). Ik zie niet in, dat de overheid hier te hoog zou grijpen, de ander blijft in zijn anders zijn gerespecteerd. In deze zin opgevat, is het ook te blijkken, dat men van de gewetensbezwaarde bepaalde mededelingen verwacht, teneinde de toets in de gelegenheid te stellen, na te gaan waartegen het bezwaar nu eigenlijk gericht is. Wij zagen, dat dit een rol speelt bij de Dww. Misverstanden kunnen aldus bovendien worden weggenomen, hetgeen wij zagen bij de tuberculose bestrijding bij het rundvee.

In deze fase laten zich ook het best inpassen de op de gedachten van Karl Jaspers gebaseerde voor het maatschappelijk werk (casework) zo belangrijke „existentiële” gesprekstechniek en gespreksinstelling waarbij beide partners zonder enige terughouding zich aan elkaar blootgeven en elkaar „in Frage stellen lassen”, zodat er een proces van wederzijdse „Selbstwerdung” ontstaat, zulks teneinde aldus omtrent zaken die rationeel niet meer te

²⁵ Alle hier bedoelde regelingen zijn immers uitzonderingen, toepassingen van het in de inleiding genoemde beginsel V. Bestuursr. I p. 221.

²⁶ Inschakeling van een psychiater zal soms onvermijdelijk zijn. Bij de Dww. waar psychische storingen heel veel voorkomen, is zij zelfs regel, gelijk wij reeds opmerkten. Vgl. hieromtrent ook v. d. Bosch p. 43 en C. J. Schuurman, o.c., die nog verder willen gaan.

²⁷ H.M.G. 22 Jan. 1926 M.R.T. XXI p. 369: (Er is in afwijkende zin beschikt uit overweging) „dat de verzoeker niet heeft doen blijkken van zodanige gewetensbezwaren tegen de militaire dienst, dat hij voor toepassing van de bepalingen... in aanmerking komt”.

benaderen zijn meer zekerheid te verkrijgen; – het communicatieve gesprek. F. J. J. Buytendijk schreef hierover in T.v.S. 1954 p. 193 ev. Onlangs heeft End (Existentielle Handlungen im Strafrecht, München 1959) deze methodiek ook voor de strafrechter bepleit in gevallen, waarin bij de verdachte sprake is van een „unbedingtes” handelen uit gewetensnood. Er zou dan eventueel een „kommunikative Freispruch”, een door de rechter niet rationeel te motiveren vrijspraak moeten volgen. Hoewel erkend wordt, dat aldus belangrijke graduele verbeteringen zouden kunnen worden bereikt, blijft ons principiële bezwaar bestaan, want het geweten blijft nu eenmaal binnen de wereldlijke verhoudingen ongrijpbaar. Bovendien vraagt men zich in alle bescheidenheid af, of het wel helemaal eerlijk is om strafrechter en verdachte elkaar in een dergelijke „liebenden Kampf” te laten ontmoeten, daargelaten de praktische moeilijkheden, het vereiste van een soort super-rechter en de vraag of Sv. en decorum een dergelijk gesprek zouden verdragen.

Enigermate ter illustratie van het hier gestelde, dat de strafrechter het gewetensbezwaar eigenlijk niet kan beoordelen, omdat rationele recherche, voor het recht zo kenmerkend, t.a.v. het gewetensbezwaar niet uithaalt, enige uitspraken. Allereerst een vs. van ktr. Gorinchem 20 Feb. 1951 N.J. 1952 no. 531 t.a.v. een veeboer, vervolgd op grond van het Besluit bestrijding tuberculose rundvee. De boer voerde aan: – De vreze des Heren geeft mij geen vrijheid over deze runderen andere beschikkingsdaden te verrichten dan die nodig zijn voor verzorging van mij en mijn gezin, waarop de ktr. reageerde met de overweging, dat het hem niet duidelijk was, waarom maatregelen tot het meer geschikt maken of houden van deze zaken voor gemelde bestemming voor God verboden zouden zijn. Op grond hiervan verwierp de ktr. vervolgens de mogelijkheid van overmacht voor verdachte, immers het wettelijk voorschrift is – aldus ktr. – in overeenstemming met de door verdachte gestelde goddelijke bestemming (enz.). Men voelt, dat hier een theologisch debat op juridisch erf wordt uitgevochten, waarbij de wat onbcholpen voorgedragen en mede daardoor wellicht ridicul klinkende argumenten door rationele analyse worden weggevaagd. Zie ook een straks in ander verband

ook nog te noemen vs. van pol.r. Leeuwarden dd. 21 Mrt. 1958 N.J. 1959 no. 32 t.a.v. gewetensbezwaren tegen art. 45 DPW. De verdachte, een Jehova's getuige, verklaart geen beroep op de Dww. te kunnen doen, omdat hij zich dan zou onderwerpen aan burgerlijke dienstplicht en daarmee zijn vrijheid zou verliezen om elk ogenblik dat hij zich daartoe geroepen acht het evangelie te verkondigen en alzo aan Jezus Christus ontrouw zou zijn. De rechter vroeg hierop of men dan volgens zijn religie niet moest werken en of vrijwel elke werkkring niet medebrengt, dat men zich in de tijdstippen waarop men getuigt van zijn geloof, beperkingen oplegt. Verdachte bleef hierop het antwoord schuldig. Hierop overwoog de rechter, dat verd. naar zijn oordeel dan ook geen steekhoudende, althans consequente gronden had aangevoerd, welke zijn strafbaarheid algeheel zouden uitsluiten enz. Een andere gelijktijdig terechtstaande Jehova's getuige, die soortgelijke stellingen verkondigde werd door de pol.r. vastgezet met de vraag of hij met belastingbetaling dan niet in beginsel zich evenzeer onderwierp aan de staat, waarop verd. het antwoord schuldig bleef. Zie ook nog zeekr. 's-Hage 31 Oct. 1957 M.R.T. LI p. 91, waar van de gewetensbezwaarde werd gezegd, dat hij, ook van zijn standpunt uit geredeneerd, van twee kwaden niet het minste (burgerdienst) had gekozen.

Bijzonder klemmt dit alles nog, wanneer het debat zich in het openbaar afspeelt. Hierdoor kan zelfs het administratieve onderzoek vertroebeld worden en in zoverre is het verheugend, dat in het ontwerp gewetensbezwaarden militaire dienst de beslotenheid in wezen gehandhaafd wordt. Wanneer immers het gewetensbezwaar de zaak is, waarvan alles afhangt, zal er al gauw een soort „jurisprudentie” ontstaan met als gevolg van te voren geprepareerde antwoorden, op de duur ontaardend in pogingen tot misleiding met als reactie daarop strikvragen en sofismen. Eerder aan deze openbaarheid dan aan de aanwezigheid van leken-bijzitters zou naar mijn gevoel het geringe succes der local tribunals die in Engeland de gewetensbezwaarden tegen de militaire dienst keurden wel eens te wijten kunnen zijn. Een extreem voorbeeld van een dergelijk „gewetensonderzoek” geeft van den Bosch (p. 38). In De Telegraaf van 30 Oct. 1959 werden

de lezers eveneens vergast op een sprankelend debat van een B.B. weigeraar met rechter en officier. Ik geef echter toe, dat ook in onze opvatting kennisneming van en daarmee gepraat over een opgeworpen gewetensbezwaar onvermijdelijk is en dat heel veel afhangt van de „instelling” en de methodiek van de rechter, gelijk de zo-even aangehaalde vss. demonstrenen. Toch staat „het geweten” in de dezerzijdse oplossing in beginsel veel minder centraal, dan wanneer reeds het enkele hebben van een gewetensbezwaar tot een „niet-schuldig” kan leiden.

Waar greep de wetgever (nog) niet in?

Hieronder ter meerdere oriëntatie een wat haastige bloemlezing van gevallen, waarin (nog) geen wettelijke voorziening is getroffen, doch blijkens de jurisprudentie, die meestal juist op grond van dat ontbreken afwijzend staat, nochtans wel vaak het gewetensbezwaar de drijfveer is geweest. In elk geval zou men zich het gewetensbezwaar hier goed kunnen plaatsen.

Allereerst euthanasie, in Nederland vallend onder art. 293 Sr. In sommige landen zijn er bewegingen van enige omvang geweest om onder zekere voorwaarden euthanasie toe te staan (o.m. Duitsland en U.S.A.), doch alleen in Tsjecho-Slowakije schijnt momenteel een wettelijke regeling te bestaan, waarbij na de beslissing van de patiënt en goedkeuring van naaste familie en enige artsen, euthanasie is toegestaan. Waar regelingen ontbreken, vindt men naast vele veroordelingen hier en daar vrijspraken. Voorbeelden: 8 Feb. 1950, jury Bridgeton, U.S.A. t.a.v. een studente, die haar aan kanker lijdende vader doodde; 4 Nov. 1929 hof van ass. Draguignan t.a.v. iemand, die zijn aan kanker lijdende moeder doodde²⁸. In Nederland werd – gelijk men weet – het eerste geval van euthanasie berecht door Rb. Utrecht dd. 11 Mrt. 1952 N.J. 1952 no. 275. Het betrof een arts die zijn ondraaglijk lijdende broer op diens verzoek van het leven had beroofd. De medicus voerde als verweer dat hij zich gesteld ziende tegenover het ondragelijke lijden niet kon, noch mocht weigeren gehoor te geven aan de stem van zijn geweten, welke hem gebod aan de met aandrang geuite wens van zijn broer hem uit zijn lijden te verlossen, – waaraan de

²⁸ Vgl. H. Benes, Rev. de Dr. P. et de Cr. 1952/3 p. 928 ev.

raadsman nog toevoegde, dat men indien men het recht van een mens erkent om zich te uiten en naar zijn geweten te handelen, men dat geweten ook als norm en als buitenwettelijke strafuitingsgrond moet accepteren. De rb. verwierp het verweer met gebruikmaking van meergemeld argument, dat nu de wetgever niet, gelijk bij vaccinatie en militaire dienst, voorzieningen heeft getroffen, hieruit moest worden afgeleid, dat de wetgever in gewetensconflicten geen grond heeft gevonden voor strafuitsluiting.

Een geval, dat zich eveneens voor een beroep op gewetensbezwaar had geleend, was de geschiedenis met Anncke Beekman. Ongetwijfeld hebben de onttrekkers hier gehandeld uit gewetensdrang. Zij hebben dit echter niet aangevoerd niet aangevoerd en zich in cassatie bepaald tot de kansloze stelling, dat zij zich niet bewust waren geweest van de strafbaarheid, welk besef – aldus ook H.R. 19 Juni 1956 N.J. 1956 nos. 515–517 – art. 279 Sr. ook niet eist.

Tegen de B.B. hebben sommigen eveneens gewetensbezwaren. Men beschouwt het instituut als een verkapt militaire instelling, waartegen dezelfde bezwaren gelden als tegen elk oorlogsbedrijf. In deze geest J. H. van Wijk N.J.B. 1959 p. 851. De regering verwerpt deze analogie, stelt zich op het standpunt, dat de B.B. een niet-militaire taak heeft, welke een uitgesproken beschermend en menslievend karakter draagt. De verplichting om aan de B.B. mede te werken ligt in geen ander vlak dan andere burgerlijke verplichtingen, die aan een ieder kunnen worden opgelegd en waartegen gewetensbezwaren eveneens niet aanvaardbaar zijn. In deze geest Minister Toxopeus in zijn antwoord aan de heer Lankhorst, Aanh. H. 2c K. 1959/60 no. 2011. Uit praktische overwegingen heeft men echter degenen die een beroep hadden gedaan op de Dww. en vrijstelling hadden verkregen van alle militaire dienst en daaruit vervolgens waren ontslagen – onverschillig dus of ze tegen de B.B. bezwaren hebben of niet – uit de B.B. geweerd. Deze mensen toch hebben reeds langdurige burgerdienst achter de rug en zouden zich door hun mentaliteit – aldus de Minister – minder goed voegen en de paraatheid van de B.B. nadelig beïnvloeden. Men heeft hiermee dus geen gewetensbezwaren tegen de B.B. willen erkennen, gelijk wel werd

gemeend. Naar ik meen te weten heeft de lagere rechter tot dusverre nog steeds veroordelingen uitgesproken.

De vrijstellingen, welke in art. 15 Dienstplichtwet (D.P.W.) zijn opgesomd hebben uiteraard geen betrekking op gewetensbezwaren; hiervoor dient immers de Dww. Nochtans wordt ook binnen het kader van de toepassing van de D.P.W. wel een beroep op gewetensbezwaar gedaan. De afkeer van de militaire dienst wordt dan reeds tot de keuringsplicht (art. 12) uitgestrekt. Van militaire dienst is dan echter nog niet sprake (H.R. 2 Juni 1953 N.J. 1953 no. 597). Op deze laatste grond reeds verwierp derhalve Hof A'dam 5 Nov. 1952 N.J. 1954 no. 571 het beroep op geloofsbezwaren in de vorm van overmacht van een Jchova's getuige, die stelde dat hij weigerde zich gestelijk te laten keuren, omdat hij daarmee zijn goedkeuring zou hebben gegeven aan de militaire dienst zulks terwijl hij krachtens zijn geloofsovertuiging niet in militaire dienst mocht gaan en deswege militaire dienst van welke aard ook weigerde. Op de vraag of een gewetensbezwaar ooit overmacht op kan leveren, ging het Hof niet in. Het *onderhavige* conflict is door de wetgever echter „geregeld”. In gelijke geest het reeds in ander verband genoemde vs. pol.r. Leeuwarden 21 Mrt. 1958 N.J. 1959 no. 32 t.a.v. art. 45 D.P.W. (niet ter inlijving opkomen), alsmede pol.r. Utrecht 15 Sept. 1952 N.J. 1953 no. 604, bev. door Hof A'dam 6 Jan. 1953, cass.ber. verworpen bij het zo-even genoemde H.R. 2 Juni 1953. Vermenging van de twee „rijken” als in de inleiding bedoeld, doch dan ten gunste van het gecastelijk rijk (een „teveel” aan evangelie) signaleren we in de Leeuwardense zaak, waar de tweede verdachte van de Dww.-procedure niet weten wilde, omdat hij „als behorende tot de Jchova's getuigen van overtuiging ... is door zodanig beroep toch enig gezag, nl. van de Staat, te erkennen boven dat van Jezus Christus”. De eerste verdachte had nog het op zich zelf zo moeilijke probleem opgeworpen of hij als evangelist van voormeld Genootschap niet bedienaar van de godsdienst was (art. 15 D.P.W.), welk beroep door de pol.r. kon worden afgewezen, omdat hij deze vraag destijds niet aan de Minister ter beslissing had voorgelegd. Zie ook nog kr. t. v. West 31 Juli 1957 M.R.T. LI p. 111 waar 't een *militair* betrof, die dus art. 114 W.M.S. werd

verweten. We zijn hier – dat bemerkt men – terechtgekomen bij het hiervoor genoemde probleem van het weigeren „vergunning” te vragen.

Dan zijn er de bezwaren tegen de burgerlijke, vervangende staatsdienst, resulterend in overtreding van art. 5 Dww. Het hiervoor meermalen aangevoerde argument: – wanneer de wetgever zwijgt, moet worden aangenomen, dat hij van gewetensbezwaren niet wil weten – gaat a fortiori op, wanneer de wetgever volgens bepaalde normen gewetensbezwaarden erkent, doch deze weigeren – eveneens weer op grond van gewetensbezwaren – aan de compenserende verplichting te voldoen. Alsdus verwierpen een beroep op gewetensbezwaren in de vorm van overmacht: Hof Leeuwarden 23 Feb. 1954 N.J. 1955 no. 420; rb. Haarlem 15 Mrt. 1956 M.R.T. XLIX p. 408; Hof 's-Hage 21 Mrt. 1956 M.R.T. XLIX p. 410; rb. Utrecht 16 Nov. 1956 N.J. 1957 no. 232; pol.r. Groningen 5 Feb. 1958 M.R.T. LI p. 258.

Het ligt voor de hand, dat, wanneer een beroep op het zwijgrecht (beroepsgeheim) wordt afgewezen en gijzeling (artt. 117 Rv. en 289 Sv.) en strafv.v. (art. 192 Sr) dreigen vaak een beroep op gewetensbezwaar of gewetensnood volgt. Ten tijde van het schrijven van het praeadvies was de kwestie actueel in de sector van het maatschappelijk werk (A'dam en Breda). De maatschappelijke werkster – bovendien gezinsvoogdes – te Breda, wier beroep op art. 1946 lid 3 B.W. in appel door het Hof was afgewezen verklaarde volgens De Tijd van 22 Dec. 1959, dat zij, geroepen als getuige in een scheidingsprocedure *in geweten* verplicht was tot geheimhouding aangaande hetgeen haar in dubbele kwaliteit van maatschappelijk werkster en gezinsvoogdes bekend was geworden omtrent de situatie in het gezin. Zij was bereid de consequenties te dragen. Het geweten zal ook overigens een belangrijke leidsman zijn bij de subtiële afweging van belangen, wanneer de geheimhouder, ondanks zijn zwijgrecht, meent mededelingen te moeten doen. Ook dan gaan beroep op „recht” en gewetensdrang soms hand in hand. Zie als voorbeeld Med. Tuchtcoll. A'dam 18 Apr. 1959 N.J. 1959 no. 676 t.a.v. een arts, die bij de politie aangifte had gedaan van vermoedelijke vruchtafdrijving door zijn patiënte en zich tegen de beschuldiging van zijn beroeps-

geheim beriep op een gewetensconflict, omdat art. 160 Sv. hem tot afgifte zou hebben verplicht, welk beroep het college in dit nogal duidelijke geval niet accepteerde. Men zie over deze problemen verder mevrouw Hazewinkel's „De doolhof van het beroepsgeheim" (o.m. pp. 148 en 178).

Nog een paar losse opmerkingen over huwelijkswetgeving (artt. 237 en 449 Sr.) en processieverbod (artt. 184 lid 2 Gw. jo 9 ev. Wet op de kerkgenootschappen). Gewetensbezwaren zijn hier denkbaar, omdat een belangrijke volksgroep (R.K.) in dit opzicht anders denkt dan de wetgever. Toch schijnen uitwegen meestal niet onbegaanbaar, zodat het werkelijk conflict zich zelden voordoet. T.a.v. het processieverbod is dit direct duidelijk. Onweerstaanbare gewetensdrang bij een geestelijke om coûte que coûte ondanks wettelijk verbod ergens op de openbare weg een processie te houden zal zich niet gauw voordoen, temeer daar het twijfelachtig is of het hier gaat om een vroomheidsstijl, die een wezenlijk element uitmaakt van de rooms-katholieke geloofsbeleving (F. H. van der Burg N.J.B. 1956 p. 445). En wat de huwelijkswetgeving betreft: Ook in gevallen, waarin naar r.k. opvatting een tweede huwelijk toelaatbaar is, terwijl zulks naar burgerlijk recht bigamie zou opleveren (men denke aan het privilegium paulianum, 1 Kor. 7 : 15 jo canon 1120 C.I.C.) zijn uitwijkmogelijkheden denkbaar, doordien het tweede huwelijk niet „burgerrechtelijk", doch alleen „kerkrechtelijk" wordt voltrokken en dan zo, dat er geen kerkelijke plechtigheden in de zin van art. 449 Sr. aan te pas komen, hetgeen gelet op het karakter der r.k. huwelijksopvatting mogelijk is. Het zg. Haarlemse huwelijk had destijds derhalve niet op deze laatstgenoemde wettelijke klip behoeven te stoten.

Het probleem in België en Duitsland

In België zijn – aldus J. Rubbrecht, Inl. tot het Belgisch strafrecht, Leuven 1958 p. 142 – gewetensbezwaren niet als overmacht te beschouwen. Zij volgen uit de keuze van een levensopvatting, niet uit een uitwendig feit, dat de vrijheid van handelen opheft (vgl. cass. 21 Sept. 1931 Pas. 1931 I, 229). Zelfs een regeling voor principiële dienstweigeraars ontbreekt, evenals trouwens in Frankrijk. In M.R.T. LIII, p. 65 vermeldt Geesink een interessante

sententie van het Belgische Militaire Gerechtshof dd. 12. Mrt. 1958, waarbij een beroep van een Jehova's getuige op gewetensbezwaar werd afgewezen. Zulks levert noch subjectieve overmacht, noch noodtoestand op, terwijl er evenmin strijd is met de internationale rechtsorde, o.m. het verdrag van Rome.

Ook in Duitsland schijnt de man die willens en wetens om des gewetenswille tegen de wet ingaat niet straffeloos te worden, al houdt men, gelijk wij hiervoor zagen, wel rekening met gewetensnood, hetgeen dan met name het geval is, wanneer iemand voor de keuze wordt gesteld één van twee gelijkwaardige plichten te vervullen, gelijk volgens sommigen het geval was bij de hiervoor genoemde euthanasieprocessen. Hier is de situatie dermate warrig, dat de rechtsorde zelf geen voorschriften meer kan geven. Voldoende is dan, dat men een „reine Gewissensentscheidung” treft, hetgeen zal betekenen, dat men te goeder trouw naar de rechtvaardigheid gestreefd moet hebben. Is dit het geval, dan ontbreekt de schuld, wordt in elk geval niet gestraft („vrijspraak”), waarbij naar wij zagen over de rubricering enige twist is, al neemt men tegenwoordig meest een „übergesetzlichen Schuldaußschliessungsgrund der Pflichtenkollision” aan, een soort schuld-uitsluitingsgrond sui generis derhalve, waarbij alleen de gewetensbeslissing disculpeert. Wij zouden, gelijk hiervoor betoogd, een dergelijke situatie onder de verruimde psychische overmacht brengen, eventueel onder de hiermee op dit front haast samenvallende rechtsdwaling. Met het „zuivere” gewetensbezwaar – het willens en wetens tegen de wet ingaan – heeft men dan echter niet te maken. In het bekende arrest van het B.G.H. van 18 Maart 1952 (Entsch. B.G.H. 1952, 2e Bd. no. 51) komt terloops de Überzeugungstat ook aan de orde. De strafbaarheid wordt naar mijn mening ten onrechte gezocht in de vorm van een schuldige rechtsdwaling, nl. rechtsblindheid. De schuld des daders zou hierin bestaan, dat hij bewust in de plaats van de rangorde der waarden van de gemeenschap de zijne zou hebben gesteld en dan verkeerd zou hebben gekozen. Deze overweging wordt conform het hier betoogde door Gallas (Mezgerbundel p. 319) becritiseerd: Deze man „versagt ihr (nl. de rechtsnorm) vielmehr bewusst die Anerkennung. Darin liegt seine Schuld”. De principiële

dienstweigeraars kunnen momenteel in Duitsland worden erkend volgens het Wehrpflichtgesetz van 21 Juni 1956. Het recht van de principiële dienstweigeraar is evenals ten onzent in de Grondwet (art. 12 lid 2) vastgelegd en wordt als een grondrecht beschouwd.

Omtrent de rechtssituatie in andere landen kan ik geen gegevens verschaffen. Wel meen ik vrijwel met zekerheid te mogen stellen, dat de situatie in Frankrijk gelijk is aan die in België. Zie nog Hof v. Appel Parijs 27 Mei 1925 W 11396. Over „dienstweigeringswetten” in vele landen – misschien tevens een aanwijzing, dat het gewetensbezwaar als strafuitsluitingsgrond ook daar geen goed onthaal vond – raadplege men van den Bosch die hierover uitstekend documenteert, al dreigt uiteraard veroudering.

Slotbeschouwing

Het wordt tijd de memorie van toelichting af te breken en tot conclusies te komen. Wij verwerpen om redenen als boven vermeld het gewetensbezwaar als criterium voor het oordeel over de schuld Wij menen, dat de overheid krachtens haar aard zich van een beoordeling van godsdienstige en daarmee in een gemengde staat (en welke staat is dat niet?) gelijk te stellen andere heilige gevoelens der burgers heeft te onthouden, in elk geval, wanneer kennismaking onvermijdelijk is zoveel mogelijk de schijn moet vermijden over het geweten in absolute zin te oordelen – daargelaten nog alle praktische bezwaren. Wij achten met name het opleggen van een straf zonder (uitdrukkelijk) rekening te houden met s' mans gewetensbezwaar te verkiezen boven het iudicium: gij dwaalt in zedelijk opzicht, maar wij zullen u, omdat u het niet helpen kunt, dus geen schuld hebt, niet straffen. Een dergelijke barmhartigheid is door de besten onder de gewetensbezwaarden steeds afgewezen. Men denke aan Socrates. Dit hiervoor overwogene geldt juist nog niet t.a.v. de getroffen administratieve voorzieningen, weshalve aan dit systeem, dat in de practijk zijn nut heeft bewezen, ook voor de toekomst de voorkeur moet worden gegeven. Aldus wordt naar mijn bescheiden mening het hiervoor gestelde beginsel „respecteer de geweten der burgers zoveel mogelijk” op verantwoorde wijze geconcretiseerd, waarbij we – in deze terminologie doorgaande – zouden

kunnen zeggen: de wetgever positieveert, het bestuur actualiseert en de rechter controleert. Toegegeven wordt dat hier en daar het stelsel verbetering behoeft, doch de veelheid van onderwerpen verbiedt nu eenmaal algehele uniformiteit. Voorstellen voor eventuele nieuwe regelingen kunnen wij uiteraard niet geven, omdat dit een kwestie van juridische politiek zou zijn. Wij vermeldden slechts enkele actuele conflicten. Daarnaast erkennen wij, dat er gevallen zijn van *gewetensnood*, waarbij de rechter zou kunnen oordelen, dat de mensen op een gegeven ogenblik hun wil niet meer behoorlijk konden bepalen, hetgeen voor eenmaal subjectieve overmacht en soms dwaling kan opleveren. De „die-hards” zijn hiermee echter niet gebaat, wel onschuldige crepeergevallen misschien. *Bestendinging van het bestaande systeem is derhalve ons advies.*

Trekt men uit de jurisprudentie van de H.R. de conclusie, dat het hoge college de mogelijkheid van het gewetensbezwaar als strafuitsluitingsgrond toch niet uitgesloten acht, dan zal een wettelijke regeling met het oog op openbare orde en rechtsgelijkheid welhaast onvermijdelijk zijn. Volledigheidshalve gaan wij hier nog even op in:

Er zijn voor ons twee voor de hand liggende mogelijkheden. Zo zou men aansluiting kunnen zoeken bij de mogelijke opvatting van de H.R. betreffende een strafuitsluitingsgrond sui generis en derhalve ergens in de buurt van art. 37 Sr. kunnen toevoegen: „Niet strafbaar is hij, die een feit begaat, dat hem wegens kennelijke gewetensdrang niet kan worden toegerekend”. Dit zou dan een algemene strafuitsluitingsgrond zijn, waarnaast de bijzondere regelingen kunnen blijven bestaan. Met behulp van het „toerekenen” zou de rechter met de objectieve belangen rekening kunnen houden. Ook als bijzondere strafuitsluitingsgrond telkens gekoppeld aan de door de wetgever daartoe bestemde delicten op de wijze van art. 103a Sr. zou deze oplossing denkbaar zijn. Doch dan zou blijken dat men telkens gevallen heeft „vergeten”, zodat het conflict blijft, tenzij men overal een dergelijk aanhangsel bijplakt, hetgeen natuurlijk zinloos is.

De tweede mogelijkheid, welke, naar men begrijpt, wij *prefereren* is de invoering van een rechterlijk pardon ten gunste van gewetensbezwaarden, alzo invoering van een bepaling als het huidige art. 398 onder 7e Sv. Men kan

aanvoeren, dat een dergelijk pardon ook opgesloten kan zijn in een afwezigheid-van-schuld-oordeel, doch gelijk wij reeds opmerkten, lijkt ons een dergelijke vermenging onjuist. De koninklijke onstrafbaarheid en de bescheiden²⁹ straffeloosheid kunnen niet hetzelfde huis bewonen. T.a.v. de psychopathen pleitte van Bemmelen enige tijd geleden (N.J.B. 1958 p. 447) eveneens voor een dergelijke tussenoplossing. De meeste psychopathen zou men volgens van Bemmelen nog wel verantwoordelijk kunnen achten, alleen zou strafoplegging achterwege moeten blijven. Er zou dan – in Sv. – na art. 352 kunnen worden ingevoegd een bepaling in deze geest:

1. De rechter kan bepalen, dat geen straf wordt opgelegd aan hem, van wie blijkt, dat hij het feit heeft begaan onder de drang van zijn geweten.

2. In dat geval kan de rechter bepalen, dat hij zich onderwerpt aan een of meer door de rechter op te leggen maatregelen, welke strekken tot wegneming of beperking van het door het feit toegebracht nadeel en hem toegeval len niet gerechtvaardigd voordeel.

Op overtreding van deze door de rechter op te leggen maatregelen ware straf te stellen. Het spreekt vanzelf, dat het tweede lid ook gedacht moet worden bij een eventuele strafuitsluitingsgrond als boven vermeld. De maatregelen zie men deels als toepassing van het beginsel der ongerechtvaardigde verrijking, dat zich in het privaatrecht een weg baant, doch in het publiek recht zelden voorkomt. Zie behalve de hiervoor genoemde compensaties nog art. 8 onder c W.E.D. Bij de „berekening” van voor- en nadeel zal men ook met de toekomst rekening moeten houden. Welke maatregelen moet de rechter gelasten? Er is hier een zekere analogie met het systeem van de bijzondere voorwaarden van art. 14 c Sr. Het inventieve vermogen van de rechter pleegt zo groot te zijn, dat een algemene maatregel van bestuur, bevattende een staalkaart van praktische mogelijkheden, nauwelijks nodig zal zijn. Het lijkt mij – gezien het karakter van deze bepaling – ik spreek nu weer over het eerste lid –, niet juist de rechter met betrekking tot de vraag, wanneer toepassing opportuun

²⁹ Vrij, aan wie wij deze beeldspraak ontleen (Verz. Geschr. p. 238) sprak van armelijke straffeloosheid. Dit lijkt ons in dit verband wat sterk.

zou zijn aan enig nader voorschrift te binden. Ter gedeeltelijke voorkoming van het toetsen op de zitting zou men, gebruik makend van een destijds door J. van Nes gedane suggestie (N.J.B. 1944 p. 70) voor elk ressort een commissie voor gewetensbezwaren³⁰ kunnen instellen, welke de rechter nopens de aard en de echtheid van het bezwaar zou kunnen adviseren. Deze commissie zou, zoals hiervoor reeds werd gesteld, op volkomen informele wijze met de betrokkene kunnen spreken. De rechter zou aan dit advies niet gebonden moeten zijn, terwijl de verdachte niet verplicht zou zijn zich aan het oordeel van de commissie te onderwerpen. Wellicht ware combinatie mogelijk met sommige der toetsende instanties hiervoor genoemd.

De gang van zaken zou men zich in de praktijk als volgt kunnen voorstellen. Iemand weigert op te komen voor de B.B. Hij wordt vervolgd en voor de strafrechter gedaagd. Het vermoeden bestaat, dat hij schuldig is, want van „normale” overmacht, noodtoestand enz. blijkt niet. Hij beroept zich echter op een gewetensbezwaar. Tenzij de rechter zich in staat acht direct het beroep te accepteren of te verwerpen, houdt hij de zaak aan, teneinde de verdachte te laten toetsen. Nadat eventueel de reclassering is ingeschakeld voor een voorlichtingsrapport, hoort de commissie de man. De zaak komt opnieuw ter rolle en de rechter doet al dan niet het uitgebrachte advies volgende, uitspraak. Soms zal de rechter zelfs tot een o.v.r.v.v. kunnen komen, wanneer blijkt van allerlei bijzondere omstandigheden, waardoor de man niet meer geacht kon worden vrijwillig te hebben gehandeld. Dit punt zou de commissie eventueel ook nog in haar advies kunnen betrekken. Wanneer reeds vóór de zitting blijkt van de mogelijkheid van een gewetensbezwaar kan de Officier, eventueel via R.C., de toetsingsprocedure inleiden.

Addendum

Verzuimd is hierboven te wijzen op de Winkelsluitingswet 1951, welke nl. in art. 6 eveneens een bijzondere rege-

³⁰ Van Nes had zich één toetscr gedacht, en wel een menskundig plaatselijk bekende figuur (censor), die ook andere precaire zaken moest helpen oplossen (N.J.B. 1944 p. 21), waartegen Kuyk (N.J.B. 1944 p. 37). Om allerlei voor de hand liggende redenen, lijkt mij een commissie in elk ressort beter.

ling bevat voor winkeliers, die tot een kerkgenootschap behoren, hetwelk de wekelijkse rustdag op een andere dag dan de Zondag houdt. Met hen zijn gelijkgesteld zij die te goeder trouw verklaren een godsdienstige overtuiging van deze aard te bezitten. Aanvankelijk eiste de wetgever in zijn ontwerp (vgl. Bijl. H 2e K. 1950/1 no 1665), dat de bezwaarden deze „uitzondering” ten genoegen van B. en W. aantoonen. De vaste commissie voor de middenstand vreesde echter dat de gemeente-ambtenaren, aan wie deze materie in de praktijk wordt opgedragen, zich in een soort gewetensonderzoek zouden begeven. De taak van B. en W., c.q. hun ondergeschikten, zou een lijdelijke moeten zijn. M.i. heeft men aldus in zijn ijver te hoog gegrepen, want het is veel kwetsender te horen te krijgen, dat men niet te goeder trouw heeft verklaard een bepaalde godsdienstige overtuiging te bezitten, dan dat men niet voldoende heeft aangetoond deze te hebben, terwijl de bepleite lijdelijkheid ook eerder in het gedrang zal komen: om te kunnen zeggen, dat iemand niet te goeder trouw is, zal men toch wel enig onderzoek hebben moeten instellen, terwijl men, wanneer de ander moet aantonen, passief kan blijven. De huidige redactie lijkt derhalve formeel onjuist, omdat zij van B. en W. een oordeel vergt, dat te ver gaat, al zal dit alles in de praktijk van deze niet-strafrechtelijke voorfase wel meevallen. Vermoedelijk zal men zich aan het negatieve oordeel nu alleen maar in extreme – overduidelijke – gevallen wagen, hetgeen – gelet op de in de Kamer gebleken aversie tegen gewetensonderzoek (subjectieve toetsing) – ook de bedoeling des wetgevers was.

I. Uit het bovenstaande blijkt, dat het op p. 66 gesignaleerde systeem in de praktijk der wetstechniek niet steeds is volgehouden. Dergelijke kleine inbreuken – haast misverstanden – doen aan de hoofdlijn van het betoog geen afbreuk.

II. Het op p. 29 genoemde arrest is thans gepubliceerd in B.N.B. 1960/83.

III. De op pp. 35/36 niet genoemde kr. vss. zijn: – kr. t. v. Zuid 17 Aug. 1948, geparafraseerd op p. 38 en kr. t. v. Zuid 13 Jan. 1948 N.J. 1948 no. 496, waar in een analoge situatie als in het latere vs. van kr. Oost – doch dan in een Dww-casus – tot noodtoestand werd besloten.

INHOUD

Praecadvies van Prof. Mr D. van Eck

	Blz.
§ 1. Inleiding	81
§ 2. Geweten en gewetensbezwaren	82
§ 3. Zedelijkheid en recht	89
§ 4. De houding van het gezag tegenover het gewetensbezwaar	108
A. Inleiding	108
B. De dispensatie	110
C. De handhaving van de norm t.o. van de gewetensbezwaarden	123

Behoort de wetgever nadere regels van algemene of bijzondere aard te stellen betreffende het beroep op gewetensbezwaren tegen de naleving van door het strafrecht gesanctioneerde normen?

Praeadvies van Prof. Mr D. van Eck

§ 1: *Inleiding.*

Met deze vraagstelling wordt een belangrijk probleem aan de orde gesteld, welk probleem men kan samenvatten als het vraagstuk van de verhouding van wet en geweten. Het belang van deze vraagstelling ligt niet zozeer op het vlak der dagelijkse rechtstoepassing, omdat conflicten tussen wet en geweten zich in ons rechtsleven betrekkelijk zelden voordoen en omdat daar, waar deze zich voordoen, in vele gevallen een bevredigende oplossing is bereikt. Het belang der vraagstelling is vooral daarin gelegen, dat daarmee geraakt wordt aan de verhouding tussen rechten en zedelijke orde en de vraag, hoe men deze verhouding ziet, heeft waarlijk niet alleen betekenis voor die gevallen, waarin een rechtsgenoot strijdigheid tussen beide meent te zien. Ook daar, waar van geen conflicten sprake is, behoudt de vraag naar deze verhouding volledig haar betekenis. Het maakt toch voor het wezen zowel van rechts- als van zedelijke orde een wezenlijk verschil uit, of men zegt, dat onze rechtsorde een samenleving is van zedelijk gehalte, dat de gedragsregels, die zij geeft, zedelijk van aard zijn en dat de sancties, die zij stelt op niet naleving van haar regels, sancties zijn wegens een zedelijke tekortkoming dan wel of men van mening is dat aan de rechtsorde als zodanig ieder zedelijk kenmerk ontbreekt. Is de goedheid van de burger een goedheid van andere aard dan de goedheid van de mens als zodanig?

Intussen zal, zolang zich geen conflictsituaties opdringen, voor de meeste mensen de vraag naar de onderlinge verhouding zich niet bewust stellen. Het sterkst zal de vraag naar deze verhouding ook los van conflictsituaties zich nog voordoen bij hem, die met de rechtsvorming is belast. Geheel anders wordt het echter, als er conflict ontstaat tussen de regels der rechtsorde en de regels, die

naar het oordeel van hem, die zowel mens als burger is, in de zedewet liggen opgesloten. Dan is vooreerst de rechtsvormende overheid gedwongen na te gaan, of hij zijn regels in overeenstemming behoort te brengen met de conscientie zijner burgers. Waar zulks niet is geschied, zal vervolgens de rechtsgenoot, die zich in conflict bevindt, gedwongen zijn, zich over de onderlinge verhouding van rechts- en zedelijke orde te bezinnen, alvorens hij uiteindelijk beslist, welk gedrag hij zal stellen. Heeft hij gekozen in die zin, dat hij het gedrag kiest, hetwelk strijdig is met de rechtsorde dan heeft tenslotte degene, die met de handhaving dier orde is belast, na te gaan, in hoeverre dit gewetensconflict consequenties heeft voor de handhaving en ook deze beslissing is voor de rechtshandhaver niet mogelijk, zonder dat hij zich rekenschap heeft gegeven over de verhouding van rechts- en zedelijke orde. Daarom is het vraagstuk van het gewetensbezwaar zulk een belangrijk vraagstuk. Pompe gewaagde van de grote actuele en tot de diepste grondslag van het recht reikende vraag, die leidt tot een afgrond van moeilijkheden.

Bovenstaande beschouwingen maken het duidelijk, dat een preadviseur, die het aan de orde gestelde probleem wil behandelen, er niet aan kan ontkomen een aantal ethische en rechtswijsgerige beschouwingen te geven, waarop hij zijn beantwoording der praktisch gestelde vraag kan doen steunen.

§ 2: *Geweten en gewetensbezwaren.*

Om te weten, wat men onder een gewetensbezwaar verstaat, moet begonnen worden met een omschrijving van het begrip „geweten”. Hierover is reeds veel geschreven en men zou een pre-advies kunnen vullen met een analyse der diverse begripsbepalingen. Wij zouden het geweten willen omschrijven als het innerlijk oordeel, hetwelk een mens in zichzelf uitspreekt over de vraag, of een bepaald concreet gedrag hem als mens goed of slecht maakt. Men kan dan in het geweten een dubbele oordeelsfunctie onderscheiden. Allereerst wordt dit oordeel uitgesproken, alvorens het concrete gedrag wordt gesteld. Oordeelt het geweten een bepaald gedrag onjuist, dan legt het een verbod op. Het gewetensoordeel houdt dan in: *gij moogt*

dit gedrag niet stellen. Wordt de goedheid van het gedrag beaamd, dan is de inhoud van het gewetensoordeel, dat de mens dit gedrag wel mag stellen. Hier zijn nog twee mogelijkheden te onderscheiden. Het geweten kan oordelen, dat een bepaald gedrag een noodzakelijk goed is voor de mens; dan zal het gewetensoordeel niet alleen een „mogen” uitspreken, doch daaraan tevens het plichtkarakter verbinden, zodat er ook een „moeten” ontstaat. In zulk een geval houdt het gewetensoordeel een verbod in. Ontzegt het gewetensoordeel aan het voorgestelde een goed bevonden gedrag het kenmerk van de noodzakelijkheid van het goede, dan spreekt het een loutere goorlooftheid van het gedrag uit, zonder daaraan het karakter van het „moeten”, dus van de plicht, te verbinden. Is eenmaal een bepaald gedrag gesteld, dan volgt de uitspraak van het geweten, of de mens al dan niet als mens goed heeft gehandeld. Dit oordeel is inhoudelijk niets anders dan de toepassing van het eerste oordeel op het feitelijk gestelde gedrag. Het houdt een goed- of afkeuring van dit gedrag in. Het schuldbewustzijn of het besef goed te hebben gehandeld is met het tweede gewetensoordeel verbonden.

Wezenlijk lijkt ons voor het gewetensoordeel, dat het oordeelt of de mens „als mens” goed of slecht handelt. Daarmede is gezegd, dat het gewetensoordeel ligt op het zedelijk terrein, waarbij wij onder zedelijkheid verstaan al hetgeen betrekking heeft op de wezenlijke vervolmaking van de mens. De zedelijke orde bindt de mens met een volstreckte absoluutheid. Dit is wel algemeen aanvaard. Het is hier niet de plaats dieper in te gaan op de vraag, waarop dit absoluut bindend karakter der zedewet berust. Wij willen hier als onze eigen bekentenis uitspreken, dat wij zulk een volkomen volstrektheid in binding van een norm slechts kunnen verstaan, als de wezenlijke vervolmaking van de mens hem voert tot een Goed, dat in zichzelf volstrekt en absoluut is. Dat wij daarmede kiezen voor een intellectualistische grondslag voor deze binding, zij terloops opgemerkt. Geenszins is daarmede echter gezegd, dat het expliciet erkennen van de zedewet als de wet Gods voor deze absoluutheid der binding is vereist. Het onvoorwaardelijke moeten van het gedrag, dat in de zedelijke plicht ligt opgesloten, kunnen wij slechts verstaan vanuit een finale oorzakelijkheid. Wil echter

een norm de mens subjectief binden, dan is nodig, dat de mens deze norm kent. Is de norm zelf, dus de gerichtheid tot het goede, de objectieve grond voor haar gelding, de mens komt met welke norm dan ook eerst in contact, doordat hij van deze norm kennis draagt. Met betrekking nu tot de zedenwet geschiedt dit door het gewetensoordeel. Dit oordeel is de naaste maatstaf voor het zedelijk handelen van de mens. Daarom komt aan dit gewetensoordeel dezelfde volstreckte binding toe als aan de zedenwet zelf. Wij zien de structuur aldus, dat de grondregel van het zedelijk leven, die voor een ieder evident is en waarin niemand kan dwalen, aldus luidt: gij zult het goede doen en het kwade laten. Doch dan stelt zich direct de vraag, wat nu goed of kwaad is. Het bewustzijn van de mens, dat hij een verstand heeft en dat hij is aangewezen om met dat verstand de waarheid te achterhalen, voert dan wel vanzelf tot de tweede grondregel, die eveneens evident is en waaromtrent ook dwaling is uitgesloten: gij zult datgene doen en laten, wat uw innerlijk oordeel als goed of kwaad aanwijst, hetgeen – in andere termen uitgedrukt – neerkomt op de regel: gij zult het oordeel van uw geweten volgen. Dit is een geheel eigen betekenis van het zedelijk gebod, dat de mens behoort te leven „secundum rationem”. Daaraan sluit zich vanzelf als volgend zedelijk beginsel aan, dat de mens zijn geweten heeft te vormen, zo goed als dit voor hem mogelijk is.

Op de belangrijke vraag hoe het menselijk verstand aan de inhoud van zijn oordeel over zedelijk goed en kwaad komt, behoeven wij hier niet nader in te gaan. Het antwoord op deze vraag zal voor een wezenlijk deel door de aangehangen levensbeschouwing worden bepaald. Drie mogelijke bronnen komen hier in aanmerking: het verstandelijk inzicht van de mens zelf¹, het aanvaarden van het oordeel van andere mensen en het aanvaarden van een geopenbaard Goddelijk gezag. Van meer belang voor ons onderwerp is de vraag, of het geweten in zijn oordeel over goed en kwaad kan dwalen. Dat dit mogelijk is lijkt ons evident en voortvloeiend uit de feitelijk geconstateerde beperking van het menselijk verstand, dat

¹ Hiermede is niet bedoeld een theoretisch inzicht, doch het praktische oordeel, zoals dit door de prudentie, de bezonnenheid, is gevormd.

op alle terreinen van het menselijk leven slechts moeizaam de waarheid achterhaalt. Alleen hij, die in ieder gewetensoordeel een openbaring Gods zou aanvaarden, die het gehele gebied van het zedelijk leven zou bestrijken, welke openbaring dan nog door een ieder gekend zou zijn, kan hier anders oordelen. Het feit trouwens van het bestaan van tegenovergestelde oordelen omtrent het goede en kwade bewijst ten duidelijkste, dat er dwalende gewetens bestaan². Dat betekent niet, dat er geen oordelen zijn, waarin het geweten niet kan dwalen. Er zijn zeker een aantal normen, die voor een ieder evident zijn. Wij noemden reeds de beginselen, dat de mens het goede heeft te doen en het kwade te laten en dat hij zijn gewetensoordeel heeft te volgen. Voor hen, die een openbaring Gods aanvaarden, is bovendien dwaling uitgesloten met betrekking tot die oordelen, over het zedelijk goede of kwade, waaromtrent de openbaring zich duidelijk uitsprekt. Er zijn echter talrijke regels van praktisch zedelijk handelen, die niet voor een ieder evident zijn en die ook niet in de openbaring liggen opgesloten. De feilbaarheid van het menselijk verstand – waarbij wij in het midden laten welke de grondoorzaak van deze feilbaarheid is – brengt vanzelf de mogelijkheid van foutieve zedelijke oordelen mede.

Komt nu aan het oordeel van het dwalend geweten dezelfde absoluut bindende kracht toe als aan het zuiver oordelend geweten? Voor de mens, die volgens zijn geweten moet handelen, ongetwijfeld. De structuur van de mens is nu eenmaal zo, dat hij zich moet richten tot het goede, zoals hem dat door zijn gewetensoordeel wordt voorgesteld. Alleen langs die weg kan hij zich tot het goede richten; de zedewet bereikt hem slechts via zijn innerlijk oordeel. De daad, die gesteld wordt in overeenstemming met het dwalend geweten, moge naar haar materiële inhoud van het zedelijk goede afwijken, als

² Cfr. Duynstee, debat Hand. Ver. W. des R. 1924, p. 53; Heering l.c. p. 4; Pompe l.c. I merkt op, dat men zich kan afvragen, of ooit van dwalend geweten sprake kan zijn. Scholten l.c. III p. 7 zegt dat wie in zijn gemoed ten volle zeker is, weet, dat hij niet dwaalt. Elders is hij zeker van mening, dat geweten dwalen kan. Zie l.c. I en Verz. Geschr. I, p. 120 e.v. en l.c. III p. 7. L. Scholten l.c. p. 533 e.v. meent dat het geweten wel kan dwalen, doch dat de overheid dit nooit kan beoordeelen.

subjectieve menselijke daad is zulk een daad, gesteld dat aan de gewetensvorming geen schuld kleeft, goed. Zij is ook altijd in overeenstemming met de objectieve zedelijke regel, dat de mens zijn geweten tot richtsnoer heeft te nemen. En het schuldbewustzijn zal de mens, die niet overeenkomstig zijn geweten, heeft gehandeld blijven volgen, ook al zou hij later bemerken dat dit oordeel fout was geweest en zijn destijds gesteld gedrag dus wel in overeenstemming was met de objectieve inhoud der zedewet.

Wat betekent nu dit alles voor het menselijk handelen? In de zedelijke orde dit: dat zedelijke schuld op zich laadt al wie in strijd handelt met zijn gewetensoordeel. Betekent zulks ook, dat hij, die zijn dwalend geweten volgt, vrij is van zedelijke schuld? Niet onverdeeld. Dit zal alleen dan het geval zijn, indien de mens geen verwijt kan worden gemaakt van het feit, dat zijn geweten dwaalde. Is de zedelijke norm geschonden die leert dat de mens zo goed als in zijn vermogen ligt zijn geweten heeft te vormen, dan heeft de mens daarmede zedelijke schuld op zich geladen, welke schuld al de daden die uit deze gewetensdwaling voortvloeien infecteert. De ook in het strafrecht bekende gedachte van de culpa in causa heeft ook hier haar wezenlijke betekenis. De zwaarte van deze schuld hangt af enerzijds van de ernst van het gedrag, hetwelk in geding is, anderzijds van de mogelijkheden, die de mens voor een zuivere gewetensvorming ter beschikking stonden. Het is echter geenszins uitgesloten, dat de mens volkomen te goeder trouw in zijn geweten dwaalt. Wij kunnen bepaaldelijk niet de stelling onderschrijven, dat iedere gewetensdwaling zou voortvloeien uit een tekort aan voldoende verantwoordelijkheidszin of uit algemeen menselijke zonde en schuld³. Wij persoonlijk aanvaardden alle menselijke defecten als een uitvloeisel van de erfschuld. Doch dit betekent nog niet een afzonderlijke persoonlijke schuld overal daar, waar zulk een defect tot uiting komt. Overal waar de mens een te goeder trouw, doch dwalend gewe-

³ Remmelink l.c. p. 20 is van mening dat voor elke dwaling het geweten schuldig staat zowel voor de overheid als voor God. P. Scholten Verz. Geschr. I p. 220 e.v. schijnt te suggereren, dat er veelal (altijd?) bij het dwalend geweten een zedelijke tekortkoming zal zijn. Elders l.c. I en II is hij zeker van oordeel, dat er een oprecht gewetensbezwaar kan zijn.

tensoordeel volgt, is zedelijke schuld en dus zedelijke strafbaarheid afwezig.

Uit het bovenstaande volgt reeds als belangrijke conclusie, dat er nooit sprake van kan zijn, dat iemand wie dan ook en ook geen rechtsorde van het individu het offer kan vragen van het prijsgeven van zijn gewetensoordeel in die zin, dat hij er van zal afzien zijn gewetensoordeel te volgen. De rechtsorde kan ongetwijfeld offers vragen van het lid der samenleving dat, doch dan gaat het steeds om offers, die in redelijkheid mogen worden gebracht. Afwijking echter van het innerlijk gewetensoordeel betekent voor de mens het prijsgeven van zijn zedelijk ideaal. Dit is altijd zedelijk slecht en ieder begrip van offer, hetwelk toch een zedelijk goede daad aanduidt, is daaraan vreemd⁴.

Na deze inleidende beschouwingen over het geweten kan als uitvlociscl daaruit op eenvoudige wijze worden bepaald, wat men onder „gewetensbezwaar” heeft te verstaan. Een gewetensbezwaar is niets anders dan het oordeel van het persoonlijk geweten, dat een bepaald voorgesteld gedrag niet mag worden gesteld. Is dit gedrag een niet doen, dan spreekt het geweten uit: gij zult dit gedrag wel stellen en wordt dus een gebod opgelegd. Is dit gedrag een positief doen, dan oordeelt het geweten: gij moogt dit gedrag niet stellen; het legt dus een verbod op. Van gewetensbezwaren moet men spreken overal daar, waar het gaat over zedelijk goed of zedelijk kwaad handelen. Of men daarbij spreekt van gewetens- of gemoedsbezwaren lijkt irrelevant. Derhalve zijn gewetensbezwaren geenszins beperkt tot bezwaren van godsdienstige aard. Ook al ziet men de zedenwet uiteindelijk als de wet Gods, zulks impliceert niet, dat voor een oordeel over zedelijk goed en kwaad het gedrag expliciet met een ordening van God in verband moet worden gebracht. Er lijkt ook geen grond aanwijsbaar om a priori de mogelijkheid uit te sluiten dat het gewetensbezwaar betrekking kan hebben

⁴ Langemeijer l.c. VI p. 211 e.v. (het individu blijft de uiteindelijke verantwoording voor zijn beslissing dragen) zie ook l.c. VII p. 50. P. Scholten l.c. III p. 8 (het overheidsgezag ontheft niet van de plicht zelf te beslissen). Er kan nooit een onvoorwaardelijk toetsingsverbod zijn m.b.t. een norm, die van louter menselijk gezag afkomstig is. Dit geldt zowel voor de wet als het ambtelijk bevel; cfr. Langemeijer, l.c. II, p. 297 v.v. en III, p. 376 v.v.

op een bepaald staats- of overheidsbestel⁵.

Belangrijk is nog op te merken, dat het gewetensbezwaar niet samenvalt met ieder oordeel over het zedelijk gehalte der rechtsorde. Van een gewetensbezwaar tegen een eis der rechtsorde is eerst sprake, als de rechtsorde een gedrag verlangt, waarover het individuele gewetensoordeel een absoluut veto uitspreekt. Daarnaast zijn vele oordelen over de zedelijkheid van bepaalde aspecten der rechtsorde denkbaar, zonder dat van een gewetensbezwaar kan worden gesproken. Zo kan iemand een bepaalde regeling der rechtsorde zedelijk afkeurenswaardig achten, zonder dat deze regeling van hem een gedrag verlangt, waartegen zijn geweten in opstand komt. Zo zou men een bepaald kiesstelsel, een instituut als de echtscheiding, een bepaalde verhouding in het recht tussen Kerk en Staat, een bepaalde regeling v. h. huwelijk, etc. zedelijk onjuist kunnen achten, zonder dat het recht de plicht oplegt een gedrag te stellen in strijd met het geweten. Zelfs daar waar de rechtsorde een bepaald positief gedrag verlangt, kan het zijn dat de betrokkene in geweten oordeelt, dat het zedelijk onjuist is, dat de rechtsorde zulk een handeling verplichtend stelt, doch niettemin van mening zijn dat het niet zedelijk verboden is de gevraagde handeling te stellen b.v. het betalen van belastingen krachtens een belastingwet die men onrechtvaardig acht. Het kan dan zelfs zedelijke plicht zijn om de verlangde handeling te stellen. Over werkelijke gewetensbezwaren tegen een regeling der rechtsorde spreekt men slechts, indien de rechtsorde een gedrag verlangt, waarover het gewetensoordeel een absoluut veto uitspreekt.

Waren wij bij onze beschouwingen omtrent het geweten op het terrein der zedelijkheid, de inhoud der voorgelegde vraagstelling gebiedt dit terrein te vergelijken met het terrein hetwelk, door het recht wordt bestreken.

⁵ L. Scholten l.c. p. 536 kent geen verschil tussen gemoeds- en gewetensbezwaren. Gewetensbezwaar is volgens hem zeker niet alleen, hetgeen teruggrijpt op een aanwijsbare Goddelijke norm. Ook politieke bezwaren kunnen er volgens hem onder horen. Dat voor gewetensbezwaren niet steeds kennis van God nodig is cfr. Hoogveld l.c. p. 168, noot 1; Langemeijer l.c. VII p. 176. P. Scholten l.c. I p. 26 spreekt van gewetensbezwaren bij religieuze noodzaak, al kan dit religieuze in allerlei vormen leven en in allerlei termen worden uitgedrukt.

§ 3: *Zedelijkheid en recht*⁶.

Voor een benadering van de verhouding tussen zedelijkheid en recht dient een omschrijving vooraf te gaan van hetgeen men verstaat onder rechtsorde. Veelal vat men dit begrip op als het geheel van betrekkingen en van regels, die indien nodig worden gehandhaafd door de feitelijke dwang van een machtsapparaat. In deze betekenis is de handhaving met al hetgeen daarmee tezamen hangt (uitwendigheid, mogelijkheid van beoordeling door de handhaver) een essentieel kenmerk der rechtsorde. Hier treft men ook een eerste betekenis aan van het woord „gelden” van een rechtsorde, hetgeen dan betekent: opgenomen zijn in het feitelijk handhavingssysteem. Bij deze feitelijke handhaving moet men twee wezenlijke verschillende vormen van handhaving onderscheiden. Er is een vorm van handhaving, die uitsluitend beoogt de feitelijke realisatie van het fysieke effect, dat bij vrijwillige naleving der regels tot stand zou zijn gekomen. Gaat het daarbij over een plicht om het recht van een ander niet te storen, dus over een plicht tot nalaten, dan bestaat de handhaving bij niet-naleving van die plicht in het afweren van de schending, in de uitoefening van hetgeen wij zouden willen noemen de publieke noodweer. Gaat het daarbij over een plicht om iets tegenover een ander te presteren, dus over een plicht tot doen, dan spreekt men van het afdwingen van hetgeen gepresteerd moest worden. Deze vorm van handhaving is alleen mogelijk bij die rechtsregels, die hun inhoud ontleenen aan het

⁶ De opvattingen der auteurs gaven wij in onze rede noot 8. Voor een innerlijk verband tussen zedelijke en rechtsorde zie men nog van Benthem l.c.; Jonkers l.c. p. 77 e.v.; Langemeijer l.c. IV p. 29 e.v. (positief recht en zedelijkheid kunnen niet verschillen in de uiteindelijke maatstaf van goed en kwaad in het menselijk handelen) l.c. V p. 226 en 229 v.v. en passim. Scholten neemt zeker een verband aan, doch zijn opvatting is ons niet geheel helder; l.c. III en IV p. 19 e.v. Voor een scheiding tussen rechts- en zedelijke orde zie men nog Anema, rede in I K bij de D.W.W.; Beysens l.c. p. 31 en 155 e.v.; van den Bosch l.c. p. 6 e.v.; Hazewinkel-Suringa l.c. I, p. 149 e.v.; Josephus Jitta l.c. p. 144; Kasemier l.c.; Pompe l.c. III p. 2, die rechtschuld wel zedelijke, doch geen morele schuld noemt; Sassen l.c.; Trapman l.c. p. 219 e.v.; Vos l.c. p. 84 (juridische schuld, geen ethische schuld).

nut (of negatief: het niet veroorzaken van storing), hetwelk de voorgeschreven gedraging heeft voor een ander. De plichtsverzaking als zodanig staat bij deze handhaving niet op de voorgrond. Of het niet nakomen der plicht al dan niet schuldig is geschied, is voor deze handhaving in beginsel irrelevant. Zelfs bij een schuldige niet naleving der plicht komt deze handhaving niet aan de orde, zolang er geen schade aan een ander is toegebracht; men denke aan een poging. Spreekt men bij deze handhavingsvorm van schending der orde en van herstel, dan heeft men hierbij op het oog de fysieke schending, die het gevolg is van de plichtsverzaking en het feitelijk herstel, hetwelk door de handhaving wordt teweeggebracht.

Van geheel andere aard is de handhaving, die plaats heeft in het strafrecht. Daarbij staat de plichtsverzaking als zodanig juist centraal. De toegebrachte schade speelt daarbij in wezen geen rol. Ook al is er geen schade toegebracht of is deze volledig hersteld, dan blijft er alle grond voor de strafrechtelijke handhaving. Immers de ordeschending waarop het strafrecht reageert, is niet de fysieke schending van een rechtsgoed, die het uitvloeisel is van de plichtsverzaking, doch de schending van de norm zelf. Vandaar het wezenlijk vereiste van schuld. Het herstel, dat hier wordt beoogd, is dan ook van geheel andere aard dan het herstel, hetwelk de eerste handhavingsvorm wilde bereiken. Eigenlijk spreekt men bij het strafrecht in oneigenlijke zin van een handhavingssysteem. Alleen voor zover men de preventieve werking van het strafrecht in de beschouwing betreft, kan men daarbij van feitelijk handhaven der rechtsorde spreken, doch uit deze preventieve werking alleen is de schuldeis in het strafrecht niet af te leiden.

Wordt derhalve de rechtsorde in de zojuist besproken betekenis gekarakteriseerd door het handhavingselement en kan men in die zin van een norm dus zeggen, dat men te doen heeft met een „rechts”plicht en met een „geldende” norm, omdat en voor zover deze norm in het handhavingssysteem een plaats heeft gekregen, thans rijst de vraag of het „rechts”karakter van een rechtsorde en van een rechtsplicht, en het „geldingskarakter” van zulk een plicht, geheel door dit handhavingselement worden bepaald, ja zelfs, of dit handhavingselement wel een

wezenlijk bestanddeel van ieder begrip van rechtsorde uitmaakt.

De opvatting, dat van een rechtsorde reeds zou kunnen worden gesproken bij ieder normensysteem ongeacht zijn inhoud, indien dit normensysteem slechts bij onwil door georganiseerde dwang wordt gehandhaafd, staat gelijk met de opvatting, dat macht recht is. Van een naar inhoud goede of slechte rechtsorde, van een „behoren” na te leven van rechtsregels en van een „gelden” van rechtsregels in de betekenis van normatief te zijn voor het handelen, kan dan niet meer zinvol worden gesproken. Een „moeten” onderhouden der regels is dan nog slechts verstaanbaar als veroorzaakt door angst voor de machts-handhaving bij niet vrijwillige naleving. Een rechtsorde, die alle rechten met voeten zou treden, zou dan een contradictio in terminis inhouden. De enige werkelijke zin, die men kan toekennen aan de handhaving van regels, kan daarin gelegen zijn, dat zij het doel der rechtsorde, dus van een bepaalde samenleving dienen en het is juist dit doel der menselijke samenleving, dat ook de bron is, waaruit de regels voortvloeien en waaraan zij hun normatieve gelding ontlelen. Wil men van een rechts-„orde” kunnen spreken, waarmee een goed bestel wordt aangeduid, dan is zulks slechts mogelijk als het doel van de samenleving zelf een goed doel kan worden genoemd. Niemand die van rechtsorde spreekt heeft daarmee alleen op het oog het handhavingssysteem voor een bepaald samenlevingsdoel zonder zich met de positieve of negatieve waardering van het doel zelf in te laten. Daargelaten dus nog de vraag of zonder het handavingskarakter reeds kan worden gesproken van „rechts”regels en „rechts”orde, zeker is wel, dat het begrip rechts-„orde” minstens ook veronderstelt een normatieve binding en daarmee een goedheid van het voorgeschreven menselijk gedrag, die de machts-handhaving rechtvaardigt. Een zinvolle handhaving van regels veronderstelt regels, die ook los van die handhaving „behoren” te worden nageleefd en dit is wederom onlosmakelijk verbonden met de goedheid der samenleving en van haar doelstellingen zelf. Onze conclusie is derhalve dat, ook al neemt men het handavingselement in het begrip rechtsorde op, dit begrip toch zelf een orde van betrekkingen veronderstelt tot een goed doel en dat, indien men

spreekt van „gelden” van rechtsnormen in die zin, dat zij worden gehandhaafd, deze gelding een voorafgaand gelden in de zin van normatief binden veronderstelt.

De vraag komt nu echter, of men bij deze goedheid te maken heeft met een goedheid van zedelijke aard en dus met het zedelijk karakter en een zedelijk gelden van de rechtsregel dan wel met een goedheid en een gelden van andere aard. Deze vraag wordt nog niet bevestigend beantwoord door de stelling, dat de mens zedelijk verplicht is de regels der rechtsorde na te leven. Een individuele zedelijke plicht om de regels van een bepaalde gemeenschap na te leven is zeer goed denkbaar zonder dat de regel, zoals zij in de gemeenschap zelve geldt, zedelijk van aard is. Ik kan mij verplichten de regels van een n.v. of van welke vereniging dan ook na te leven. In zulk een geval ben ik tot naleving zedelijk verplicht; dit betekent echter geenszins, dat genoemde verenigingen nu ook innerlijk zedelijk van aard zijn. Van een zedelijke aard van rechtsregels kan men eerst dan spreken, als de samenleving, waarin die regels heersen, een wezenlijk bestanddeel uitmaakt van de persoonlijke menselijke vervolmaking zelf. Het zedelijk goede is immers het goede, hetwelk de mens als mens goed maakt. Voldoende is zelfs niet, dat een bepaalde samenleving voor de vervolmaking van de mens een louter middel is in de zin van een pure utiliteit. Wil men het zedelijk karakter van een rechtsorde en van een rechtsregel kunnen affirmeren, dan is nodig, dat het samenleven ook uiteindelijk en niet alleen als hulpmiddel in het persoonlijk volmaaktheidsideaal is opgenomen.

Er zijn talrijke punten, die wijzen in de richting van het zedelijk karakter der rechtsorde. Het streven van een ieder die aan de inhoudgeving van de rechtsorde medewerkt om zedelijk juiste regels te geven, is zonder een zedelijk karakter der rechtsorde nauwelijks verstaanbaar. De betekenis, die een ieder voor de waardering der menselijke samenleving toekent aan het heersen van goede zeden, kan alleen in dit zedelijk karakter haar grondslag vinden. De rechtstreekse absolute gelding, die wij van vele rechtsregels als zodanig innerlijk ervaren, kan slechts uit het zedelijk karakter dier regels voortvloeien. Over een rechtsorde, die in flagrante strijd komt met zedelijke

normen, spreken wij ook als rechtsorde een afkeurend oordeel uit. In vele strafvonnissen onderkennen wij een zedelijk verwijt. Als men zegt, dat het strafrecht alleen het ethische minimum strafbaar stelt, drukt men naast het minerale evenzeer het ethische karakter van het strafrecht uit.

Ook in onze positieve rechtsorde vindt men talrijke aanwijzingen, die duiden op haar zedelijke grondslag. Leest men de geschiedenis van ons W. v. S., dan ziet men op tal van plaatsen, dat het strafrecht op een zedelijke grondslag rust. Als voorbeeld moge slechts worden gewezen op de destijds aangevoerde ratio voor de onderscheiding tussen misdrijven en overtredingen; de wet bestemde als misdrijf alleen handelingen, waarvan een ieder duidelijk moest zijn, dat zij in strijd waren met de zedelijke en maatschappelijke orde. Het recht gebruikt begrippen als goede trouw, zedelijkheid, billijkheid, redelijkheid, natuurlijke verbintenis, buitensporigheden, gevaar voor geestelijke of zedelijke belangen, onrechtmatige daad, wangedrag, algemeen erkende rechtsbeginselen etc. etc. die zelf al een zedelijke inhoud hebben en waarvan nadere inhoudgeving alleen mogelijk is met behulp van zedelijke categorieën. Bij de interpretatie van het recht worden tal van zedelijke normen gehanteerd om tot een billijke toepassing te geraken. Bij de aanvulling van het recht is het al niet anders. Onze gehele strafrechtsdogmatiek, zoals wij die uit onze rechtspraak kennen, is slechts begrijpelijk vanuit een veelvormige toepassing van zedelijke beginselen. Geldt dit reeds voor de inhoud, die de rechtspraak heeft gegeven aan de bijzondere delictomschrijvingen, in nog sterker mate geldt dit voor de algemene leerstukken. Men denke aan de inhoud van de begrippen opzet, schuld, overmacht en vooral aan het als positief recht aanvaarde stelsel van ongeschreven schuld-uitsluitings- en rechtvaardigingsgronden. In een aantal rechterlijke uitspraken wordt bij de rechtstoepassing uitdrukkelijk over de zedelijke grondslagen van het recht gesproken⁷. In verband met ons onderwerp moge worden

⁷ Men zie onze rede noot 8 en Langemeijer l.c. VII p. 40 e.v. Zie nog H.R. 25-6-1946, nr. 503; B.R.v.C. 5-12-1949, 1950 nr. 12; H.R. 13-11-1951, 1952 nr. 43; A.G. bij H.R. 8-5-1951 nr. 523; H.R. 26-3-1957 nr. 473; Rbk. Dordrecht 17-4-1959 nr. 673 (zedelijke plicht om

gewezen op een aantal beslissingen, waarin bij de verwerping van het gewetensbezwaar werd gewezen op het zedelijk juiste der rechtsorde en op de zedelijke plicht die orde te volgen⁸. Dezelfde gedachte komt ook tot uiting daar, waar het gewetensbezwaar wordt afgewezen omdat „de eigen” opvattingen omtrent de zedelijke waarde van wettelijke voorschriften geen overmacht opleveren⁹. In het bestuursrecht kan de vraag, welke de beginselen zijn van behoorlijk bestuur, niet zonder normatieve elementen van zedelijke aard worden beantwoord. Daar waar de rechtsorde toelaat, dat er als goede mannen naar billijkheid recht wordt gesproken, springt de betekenis der zedelijke normen duidelijk naar voren. Ieder publiekrechtelijk tuchtrecht opereert met een aantal zedelijke normen. Misschien treden deze zedelijke kenmerken nog het meest op de voorgrond in het volkenrecht en bij het staatsnoodrecht. Zo zou men door kunnen gaan met het opsommen van indicia, dat de rechtsorde met zedelijke elementen is doordrenkt.

Er is echter een algemeen verschijnsel, dat o.i. dwingt tot de conclusie van een innerlijk verband tussen rechten en zedelijke orde. Enerzijds toch geven zowel de zedelijke orde als de rechtsorde regels omtrent dezelfde menselijke gedragingen; anderzijds echter is de mens gedwongen in beide ordes te leven. Indien de rechtsorde met het zedelijk ideaal van de mens in strijd komt, kan hij zich daaraan niet vrijelijk onttrekken. Hij is gedwongen deel te hebben aan een rechtsorde. Hij moge zich al kunnen onttrekken aan een bepaald concreet staatsverband, zijn leven doorbrengen in een rechtsorde is voor de mens een feitelijke noodzakelijkheid. Dit wijst er al op, dat het leven in een

zich te verzekeren); H.R. 5-5-1959, nr. 361; laatstelijk H.R. 1960 nr. 84 (stakingarrest).

⁸ Konkl. vóór H.R. 26-6-1916, p. 703, W. 9955; konkl. vóór H.R. 20-6-1950, 1951, 348; ktg. Gorinchem 20-2-1951, 1052, 531; Kr. t. V.-W. 28-5-1947, 556; concl. vóór H.R. 17-6-1952, 683; Hof Arnhem 2-10-1952, 1953, 237; Kr. t. V.-W. 28-5-1947, 556; Zeekr. Den Haag 1-12-1955, M.R.T. dl. 49, p. 85.

⁹ H.R. 26-6-1916 p. 703, W. 9955 en concl. A.G.; H.R. 17-1-1950 nr. 393; Hof Arnhem 2-10-1952, nr. 237; Hof Leeuwarden 23-2-1954, 1955, nr. 420; Krijgsr. t. V. W. 28-5-1947 nr. 556, M.R.T. dl. 40 p. 609; Zeekrijgsraad Den Haag 25-11-1948, M.R.T. dl. 42, p. 357 e.v. en 1-12-1955, M.R.T. dl. 49, p. 85; Krijgsr. t. V. Z. 13-3-1957, M.R.T. 1957, dl. 50, p. 704.

samenleving een wezenlijk element moet zijn in het menselijk volmaaktheidsstreven hetwelk intrinsiek bij de menselijke doelstelling behoort. Daarmede is een innerlijk verband tussen zedelijke orde en rechtsorde vanzelf gegeven en is een objectief conflict tussen goede rechtsregels en goede zedelijke regels uiteindelijk niet bestaanbaar¹⁰.

Met al deze aanwijzingen is wel aangetoond „dat” er een innerlijk verband tussen zedelijke en rechtsorde bestaat, doch is nog niet aangegeven, waarop dit innerlijk verband berust. Wij kunnen onze eigen opvatting slechts kort weergeven. Het innerlijk verband kan allereerst daarop berusten, dat het menselijk volmaaktheidsideaal het samenleven met anderen in zich sluit, en dit niet als een kwestie van loutere utiliteit. Voor ons persoonlijk ligt het volmaaktheidsideaal van de mens buiten hemzelf. De mens, die in al zijn streven zijn eigen beperktheid ervaart, ervaart daarmee tevens, dat hij niet met zijn eigen uiteindelijk goed kan worden geïdentificeerd. In zijn kennen en streven gaat hij uit naar een goed, waarin geen beperktheid is opgesloten. De universaliteit van zijn kennis, die in wezen openstaat voor alle waarheid en de daaruit voortspruitende universaliteit van zijn menselijk hart, dat in zijn streven geen beperking kent doen hem uitzien naar een Wezen, dat deze openheid voor het universele opvult. Dit Wezen moet evenals de mens zelf een Persoon zijn. Zo loopt de vervolmaking van de mens uit op een vorm van samenleving met een Ander in liefde. Voor wie deze opvatting tot de zijne kan maken, is het duidelijk dat de samenleving met een Ander behoort tot, ja zelfs het wezen uitmaakt van de menselijke perfectie. O.i. berust in laatste

¹⁰ Dat wil niet zeggen dat men een rechtsregel, die men zedelijk onjuist acht, volgens de zedewet niet hoeft te volgen. Dit is alleen dan het geval, als de rechtsregel een gedrag voorschrijft, waarover de zedewet haar veto uitspreekt. Bij een rechtsregel, die de zedewet afkeurt voor zover zij een plicht oplegt, doch waarbij de verlangde handeling wel zedelijk toelaatbaar is, zal de zedewet toch in de meeste gevallen het onderhouden van die regel als plicht voorschrijven, doch dan krachtens een algemene zedelijke plicht om een overigens behoorlijke rechtsorde niet in gevaar te brengen. Cfr. Duyvesteek I.c. p. 54 e.v.; Hooykaas I.c. I p. 10 e.v. en I.c. II (met de merkwaardige formulering: somtijds met bezwaard geweten) I.c. III; Langemeijer I.c. V p. 22 e.v., I.c. VI p. 247 e.v. en p. 273 e.v. Cfr. ook P. Scholten I.c. I p. 26 met een merkwaardige formulering, dat men dan wel onrecht doet, maar niet op eigen verantwoordelijkheid.

instantie het absolute van de zedelijke plicht op de absolute van het Goddelijk Wezen als menselijk einddoel.

Doch niet de individuele mens alleen is tot dit einddoel groepen. Met hem delen al zijn mede-mensen in deze bestemming, die uit de menselijke natuur voortvloeit. Deze geroepenheid tot eenzelfde einddoel bindt de mensen tot een eenheid van uiteindelijke samenleving. Op deze eenheid is het zedelijk gebod der naastenliefde gegrondvest. En in de twee fundamentele leefregels om God lief te hebben boven alles en de naaste gelijk zichzelf is de grondwet van het zedelijk leven vastgelegd. Een gebondenheid om het recht van zijn evenmens te respecteren is tenslotte op dit gebod der naastenliefde gebouwd. Wat anders dan de angst voor de schending van mijn goed door een ander en dus het individuele nut van het vermijden van een bellum omnium contra omnes zal een mens ertoe kunnen aanzetten een ander in zijn recht te respecteren, ware het niet de vriendschap waardoor het geluk van de naaste hem zelve raakt. Deze vriendschap heeft ook haar betekenis in de gang van de mens naar zijn volkomenheid in dit aardse bestaan. Hij is voor zijn welzijn op anderen aangewezen. In zijn diepste wezen is hij een animal sociale. Het tezamenleven als zodanig hoort tot de aard van zijn menselijk bestaan. Dit op elkander aangewezen zijn betekent waarlijk niet op de eerste plaats het elkander nodig hebben in de zin van het persoonlijk nut, dat men van de samenleving met anderen verwacht. Een staatsconceptie, die de samenleving louter zou baseren op de hulpeloosheid om alleen in een aantal behoeften te voorzien, maakt van de staatsgemeenschap en van het vaderland een louter middel tot individuele vervolmaking. Hoe men dan nog van vaderlandsliefde en gemeenschapszin zou kunnen spreken is niet meer te verstaan; en de zedelijkheid van een regel, die zou eisen om desnoods zijn leven voor het vaderland te offeren, zou ik wagen te ontkennen, als de gemeenschap louter als een middel tot individuele behoeftebevrediging werd gezien.

Het ideaal van de mens hier op aarde is samen met zijn medemensen zedelijk goed te leven en zo samen goed gericht te zijn op de uiteindelijke bestemming, die aan alle mensen gemeenzaam is. De onmogelijkheid van de

mens om zijn verbondenheid met alle mensen even intens te beleven doet hem in zijn aards bestaan aansluiting zoeken in bepaalde verbanden met mensen, met wie hij nauwe betrekkingen heeft. Dit is o.a. grond voor het ontstaan van een aantal nationale gemeenschappen; doch die nationale gemeenschappen heeft men te zien als concrete gestaltegevingen van de vriendschap, die alle mensen tezamen bindt. Doch het wezenlijke van ieder staatsverband zien wij daarin, dat dit verband de uitdrukking is van de eenheid in uiteindelijke doelstelling der mensen onderling. Kan men met deze beschouwingen meegaan, dan ligt daarmee vast, dat de menselijke zelfperfectie als zodanig de samenleving met anderen impliceert. Daarmede is tevens gegeven de zedelijke aard van de regels, die deze samenleving beheersen. Ook het zedelijk leven als zodanig is dan een leven in gemeenschap en aan de onderscheiding van de moraal als de orde gericht op het persoonlijk welzijn en het recht als de orde gericht op het gemeenschapswelzijn komt dan de wezenlijke grond te ontvallen. Ook een onderscheiding van het persoonlijk ethische en het sociaal ethische is dan in beginsel niet meer houdbaar¹¹.

Voor ons onderwerp moeten daaraan direct twee belangrijke conclusies worden verbonden. De eerste is deze, dat een objectieve strijdigheid tussen een juiste rechtsorde en een zedelijke orde onbestaanbaar is. Het kan niet zijn, dat een gedraging in de rechtsorde goed en in de zedelijke orde kwaad zou zijn. Bij een gewetensconflict tussen beide moet ofwel degene, die de rechtsregel formuleerde in de mening een goede regel te formuleren, of wel degene, die deze regel zedelijk onjuist acht, in dwaling verkeren. De tweede conclusie is deze, dat een wezenlijke

¹¹ Dat voor een deel de rechtsregels van rechtsgemeenschap tot de rechtsgemeenschap verschillen, en dat vele regels eerst zedelijke regels worden door het voorschrift van het positief gezag, is met het zedelijk karakter der regels volkomen verenigbaar. Ook de zedelijkheid zelf heeft positivering nodig. Dit miskent Trapman, l.c. p. 225, waar hij zegt, dat wie recht ziet als een onderdeel der moraal, niet kan verklaren, dat de wetgever ethisch indifferente handelingen met straf mag bedreigen. De vraag naar de rechtsgrond van het menselijk gezag, hetwelk deze positivering met zedelijke gelding doorvoert als ook de vraag waaraan het menselijk gezag de pretentie ontleent met de toepassing van het strafrecht zedelijke schuld te vindiceren, vormen dan wel afzonderlijke problemen, die wij thans laten rusten.

schending der rechtsorde als zodanig ook een schending der zedelijke orde is en dat voor zover men bij de wezenlijke strafrechtelijke handhaving der rechtsorde een schuldvereiste stelt dit een vereiste is van zedelijke schuld.

Op één belangrijk punt dient nog te worden gewezen. Er is een onderscheid in vormen van zedelijke orde. Men kan de zedelijke orde zien voor zover zij direct uitzielt naar 's mensen eindbestemming. Deze zedelijke orde raakt rechtstreeks de verhouding van de mens tot God als zijn einddoel. Deze zedelijke orde is een orde van de innerlijke wil. Het is niet die zedelijke orde als zodanig, die door het aardse strafrecht wordt gehandhaafd. De vindicatie van deze orde komt alleen God toe. Daarnaast is er de zedelijke orde der aardse menselijke samenleving, waarbij de verhouding tussen de mensen onderling op de voorgrond staat. Waar de mensen krachtens de aard van hun wezen in onderling zinnelijk waarneembaar contact gemeenschappelijk hun einddoel moeten nastreven, is voor deze zedelijke orde wezenlijk, dat de zedelijkheid deze orde alleen raakt, voor zover zij uitwendig gestalte heeft gekregen. Beide vormen van zedelijke orde staan echter geenszins onafhankelijk van elkaar. De eenheid van het begrip zedelijkheid zou zich reeds tegen een scheiding verzetten. De zedelijke plichten, die de mens in beide vormen der zedelijke orde heeft, mogen elkander in omvang niet geheel dekken (dit reeds door de eis van uitwendigheid van de aardse zedelijke orde), de plichten, die beide vormen gemeen hebben, verschillen innerlijk niet van aard. Wij zien de verhouding van deze vormen van zedelijke orde als de verhouding van een onvolkomen tegenover een volkomen vorm, zoals wij ook het menselijk aardse leven zien als een opgang naar de uiteindelijke vervolmaking. In die zin is de deugd dan ook genoemd een middel ter bereiking van het einddoel. Zo dient men ook in de zedelijke schuld te onderscheiden haar tijdelijke en haar definitieve zin. Voor de vergelding van deze schuld betekent dit ook een onderscheid tussen de tijdelijke en de eeuwige vergelding. Het aardse strafrecht kan alleen op de tijdelijke vergelding betrekking hebben. Hier rijzen nog tal van moeilijkheden, doch voor ons onderwerp is slechts van belang te concluderen, dat de tijdelijkheid der vergelding en het onderscheid in aspecten der

zedelijke schuld niet uitsluiten, dat het bij het strafrecht toch gaat om vergelding van zedelijke schuld.

Uit het bovenstaande volgt dat het begrip „rechtsregel”, veronderstelt regels, die gelden in die zin, dat zij normatieve binding hebben, waarbij deze gelding onafhankelijk is van de omstandigheid, dat die regels door macht worden gehandhaafd. Thans is nog de vraag te beantwoorden, of het „rechts”-karakter van een rechtsorde en het „rechts”-karakter van een rechtsregel daaraan pas toe komt door het feit, dat de regel wordt gehandhaafd en of dus van rechtsorde en rechtsregel niet kan worden gesproken, als dit handhavingselement ontbreekt. De opvatting lijkt gemeengoed, dat men zonder die handhaving alleen van morele orde en van louter zedelijke plichten kan spreken. Dit lijkt volstrekt onjuist. In het begrip recht als betrekking, hetwelk aanduidt een ordening van iets tot iemands' welzijn met betrekking tot een ander, die het in zijn feitelijke macht heeft die ordening te verwezelijken of te verstoren, ligt dit dwangelement niet per sé opgesloten. Evenmin in het begrip rechtsverplichting. Dit duidt aan de plicht van de ander om het recht van de een te respecteren en impliceert op zichzelf nog niet de handhaving bij overschrijding. Zou het rechtskarakter van de rechtsplicht en van de rechtsorde in het dwangelement opgaan dan zou het recht als zodanig geen normatief, doch een zuiver feitelijk begrip zijn. Dit lijkt toch het recht ontdoen van een wezenlijk kenmerk. Men spreekt toch van menselijke rechten zonder daarbij nog aan handhaving te denken. Men spreekt zelfs van een staatsorde, die alle „recht” met voeten treedt juist omdat het recht er niet wordt gehandhaafd¹². Als men spreekt van rechtmatig of onrechtmatig gedrag, heeft men daarbij een rechtsbegrip voor ogen, dat nog vóór ieder handhavingsmoment ligt. Handhaving van het recht zou een dwaze uitdrukking zijn, als het rechtskarakter alleen door de handhaving zou worden bepaald en niet een rechtsbegrip zou veronderstellen, dat van deze handhaving

¹² Niemand zou ook een rechtsorde als zodanig goed noemen, indien daarin alle gehandhaafde regels trouw werden nageleefd doch alle daarbuiten staande regels, dus het gehele terrein der goede zeden, zou worden verwaarloosd. Langemeijer i.c. VI p. 266 noot 1; ziet men van alle handhaving af, dan zijn rechts- en zedelijke orde identiek.

abstractie maakt. Wanneer men voor het strafbare feit onrechtmatigheid, vraagt, cist men daarmede, dat er onrecht is geschied en juist dit onrecht wil het strafrecht handhaven. Dit onrechtskarakter ligt dus vóór de handhaving en vormt daarvoor de grondslag. Zo verstaat men ook onder rechtvaardigingsgronden gronden, die het onrechtmatigheidskarakter aan het gedrag ontnemen. Niet anders staat het met het onrechtmatigheidsbegrip in het civiele recht. Juist het rechtskarakter zelve rechtvaardigt de handhaving. In al die gevallen is er dus los van het feit der handhaving een rechtsplicht, waarvan schending juist de onrechtmatigheid uitmaakt.

Welke is dan het rechtskarakter van een rechtsorde, als men alle handhaving daarvan los denkt? Hier dient op een belangrijk onderscheid te worden gewezen. Er zijn zedelijke betrekkingen en verplichtingen, waarvan de inhoud wordt bepaald door een uitwendig resultaat, hetwelk voor een aanwijsbare andere enig nut heeft, waarop die ander recht heeft. Bij de plicht tot nalaten (niet stelen, niet doden) bestaat dit nut in het vermijden van stoornis van het recht. Bij de plicht tot doen is het nut gelegen in datgene, wat gepresteerd moet worden. Bij deze betrekkingen staan tegenover elkaar de plichthebbende en de rechthebbende als twee werkelijk tegenover elkaar staande subjecten. Bij deze verhouding is het de rechthebbende bij zijn recht op het gedrag van een ander niet te doen om het menselijk gedrag als zodanig, maar veel eer om het nuttig effect, hetwelk uit dit gedrag voortvloeit. Om het eens in scherpe termen te zeggen: bij de plicht om niet te doden is het de ander, die recht op leven heeft, niet op de eerste plaats daarom te doen, dat de plichthebbende zijn zedelijke plicht ten deze naleeft, doch dat hij zelf niet wordt vermoord. Voor de rechthebbende is het in dit opzicht ook onverschillig, of de niet nakoming van de plicht al dan niet schuldig plaats heeft. Bij deze rechtsverhoudingen staat de veiligstelling van het belang van de ander op de voorgrond. De handhaving bij niet naleving, voor zover deze ten doel heeft de ander te beschermen, is dan ook geen reactie op het ongcordende van het menselijk gedrag als zodanig, doch op het ongcordende resultaat, hetwelk uit dit gedrag voortvloeit. Deze categorie van plichten en betrekkingen

zou men kunnen aanduiden als de plichten en betrekkingen van de rechtvaardigheid in de enge zin van het woord. In deze enge zin heeft men daarbij te doen met „rechts”-verplichtingen „rechts”regels, omdat door schendingen van deze plichten inderdaad direct aanwijsbare rechten van anderen worden geschonden. Met de principiële mogelijkheid van strafbaarstelling van dit soort plichten heeft men nooit moeilijkheden gehad, omdat daarbij de schending van het „recht”, de onrechtmatigheid, duidelijk in het oog springt. Niet dat men de schending van dit soort rechtsregels altijd strafbaar heeft willen stellen. Doch ook als men niet naleving van deze plichten, b.v. van een wanprestatie, niet wil straffen, zal men voor deze niet-strafbaarheid nooit als argument aanvoeren, dat het hierbij niet zou gaan over schending van rechtsplichten.

Het aangegeven rechtskarakter is echter niet eigen aan alle zedelijke regels. Er zijn tal van zedelijke regels, waarbij zulk een aanwijsbaar recht van de ander niet in geding is. Men denke aan plichten van naastenliefde, matigheid, kuisheid etc. Om bij ons huidig strafrecht te blijven, bij tal van zededelicten, bij soutencurschap, bij dierenmishandeling, bij art. 450 W.v.S. bij dronkenschap zal men, tenzij men een gekunstelde constructie gebruikt, geen rechtsgoed kunnen aanwijzen, dat door deze delicten is geschonden. De moeilijkheid om toch een „rechtsgoed” te vinden, hetwelk de dader schond, heeft bij de tot standkoming van ons wetboek bij een aantal delicten tot lange debatten geleid, waarbij telkens de vraag aan de orde kwam, of men daarbij niet met louter zedelijke plichten te doen had, waarmede de wetgever zich niet had in te laten. Bepaalde strafbaarstellingen zijn toen gemotiveerd met oplossingen als: het geven van ergernis of het kwetsen van zedelijke gevoelens van anderen¹³. Het onjuiste in deze opvatting blijkt al hieruit, dat het daarbij toch alleen kan gaan over het kwetsen van gevoelens die men „behoort” te hebben. Niemand eist voor de onrechtmatigheid van het gedrag, dat zedelijke gevoelens ook in feite zijn gekwetst. Heel deze gedachten-gang komt o.i. hieruit voort, dat men niet genoegzaam heeft onderkend het eigenlijke „rechts”-karakter van de

¹³ Cfr. Smidt, l.c. dl. I p. 16 v.v.; dl. II p. 279-281, 282-294, 332 v.v., 368 v.v.; dl. III, p. 186 v.v., p. 290 v.v.

verplichtingen, waarop het strafrecht betrekking heeft en waarvan schending dan ook werkelijk onrechtmatigheid oplevert.

Wij zien de verhoudingen aldus, dat de gehele zedelijke orde een rechtsaangelegenheid is en dat dit rechtskarakter het eigenlijke is, waarmede het strafrecht zich occupeert. In het begrip plicht als zodanig, hetwelk een verschuldigdheid aanduidt, ligt dit rechtskarakter reeds opgesloten. Waarin bestaat dit rechtskarakter? Een uitdiepen van deze kwestie zou een uitvoerige verhandeling vragen, waarom het bij de aan de orde gestelde vraagstelling niet begonnen is. Wij zien het rechtskarakter van iedere zedelijke plicht daarin, dat het daarbij gaat over het recht hetwelk de wetgever heeft op het onderhouden van de wet. Men is hier op het terrein der wettelijke rechtvaardigheid, der iustitia legalis. Gaat men na waarop dit recht van een wetgever om normen te geven en dus ook de plicht van de onderdaan om deze wetten na te leven berust, dan raakt men daarmede de diepste vraag naar de bindende kracht van de norm. O.i. is deze daarin gelegen, dat de norm de mens voert naar zijn uiteindelijke vervolmaking. Doch dit sluit tevens in, dat de mens in zijn eindbestemming is gericht op een Ander als tot zijn uiteindelijk goed. Ware de mens zijn eigen goed, dan zou een zedelijk normenstelsel onbestaanbaar zijn, want een norm impliceert een onderscheid tussen degene, voor wie die norm geldt, en de perfectie, waartoe zij leidt. In zijn diepste wezen betekent daarom voor ons de aanvaarding van de zedelijke norm de erkenning van een hoogste absoluut Goed als einddoel van de mens.

Als dit zo is, staat daarmede het onwrikbare recht van dit Wezen vast om van de mens de erkenning te verlangen, dat hij 's mensen laatste doel is en dit impliceert weer de erkenning van al de zedelijke normen, waarvan naleving tot deze eindbestemming leidt. Hoe de verschillende zedelijke normen, waarvan vele gericht zijn op deelperfecties van de mens, met deze eindbestemming innerlijk verbonden zijn, is een vraag op zichzelf. Wij zien dit innerlijk verband aldus dat de mens zijn einddoel moet bereiken door zich in alle opzichten als mens te vervolmaken. Hier raakt men aan normen van een gezag hoger dan het menselijk gezag waarop bij de behandeling

van de dienstweigeringswet zo de nadruk werd gelegd, toen men sprak over gewetensbezwaren als bezwaren van zedelijke aard naast bezwaren van godsdienstige aard, ongeacht de vraag, of men dit hoger gezag expliciet aanvaardt door de aanvaarding van het Godsbestaan. Hier ligt de grond voor het absolute, de mens overstijgend karakter van de binding der zedewet en van de stem van het geweten, dat een oordeel over ons zedelijk handelen uitspreekt. In deze opvatting betekent het niet naleven van een zedelijke plicht een daad, waardoor men in zijn gedrag het recht van God miskent om 's mensen einddoel te zijn, zoals het naleven der zedelijke norm een daad van rechtvaardigheid, van respecteren van dit recht uitmaakt. Het is deze rechtvaardigheidsvorm, die doet spreken van de gerechtigheid in die diepe en brede zin, die geheel het menselijk leven en alle menselijke uitingen omvat. Hier staan als recht- en plichthebbende tegenover elkaar het gezag en hij, die aan het gezag onderworpen is. Bij deze rechtsverhouding is het eigenlijke rechtsobject, waarop de verhouding betrekking heeft, het vrije menselijke gedrag als zodanig, het vrij zich richten naar zijn wezenlijk goed. Het resultaat der gedraging speelt daarbij geen wezenlijke rol. Hier bestaat de schending van het recht niet in een fysieke schending of in gevaarbrenging van een rechtsgoed, hetwelk uit de niet-naleving van de norm voortvloeit, doch uit het niet naleven van de norm als zodanig. Bij deze rechtsverhouding is een werkelijke afdwingbaarheid van het recht als zodanig uitgesloten krachtens de aard van het rechtsobject. Dit immers bestaat in de vrije daad als zodanig en dit is bij een fysiek afdwingen juist niet meer aanwezig. Afdwingen van een vrije wilsdaad is een contradictio in terminis. Wil deze rechtsschending formeel aanwezig zijn, dan is schuld vereist; zonder deze moge materieel de regel overtreden zijn, van een wezenlijke rechtsschending is dan geen sprake.

De eigenlijke reactie op deze schending van het recht is de straf, waarbij de rechtsschender in die verhouding tot het menselijk goed wordt geplaatst, als hem door de plichtsverzaking toekomt. Spreekt men daarbij van handhaving van het recht en van rechtsherstel dan is deze handhaving iets anders dan het werkelijk afdwingen, het uiterlijk realiseren van een bepaalde toestand voor de

rechthebbende. Spreekt men zowel bij het strafrecht als bij het werkelijk afdwingen van handhaving, dan brengt men eigenlijk twee onderscheiden zaken onder één noemer. Het strafrecht veronderstelt schuld, de afdwingbaarheid maakt daarvan abstractie. Het strafrecht beoogt een reactie op het foute gedrag als zodanig, de afdwingbaarheid hecht betrekking op het resultaat van het voorgeschreven gedrag. Het strafrecht vergeldt en bewerkt aldus herstel in de verhouding van de mens tegenover zijn wezenlijke bestemming. De afdwingbaarheid beoogt herstel van de feitelijke verhoudingen. Hoezeer beide van elkander onafhankelijk zijn, blijkt het duidelijkst daar, waar voor het strafrecht alle reden is, al is de eventuele schending van het rechtsgoed b.v. bij diefstal door teruggave van het gestolene reeds hersteld. Bij het strafrecht gaat het over de rechtsverhouding tussen de mens en het gezag waaraan hij is onderworpen. Stonden bij de rechtvaardigheid in enge zin twee subjecten juist in hun gescheidenheid tegenover elkaar, bij de wettelijke rechtvaardigheid is de band tussen plichthebbende en rechthebbende, d.i. tussen de mens en het uiteindelijk goed, waarnaar hij streeft, de directe grond voor de rechtsverhouding. Onze conclusie is derhalve dat er bij iedere zedelijke plicht sprake is van een gerechtigheidsverhouding, dat iedere zedelijk onjuiste daad een rechtsschending vormt. Bij de toepassing van het strafrecht is die rechtsschending in geding, die bestaat in het vrije zedelijk ongeordend gedrag van de mens. Daarom is de schuld een wezenlijke eis voor het strafrecht en deze zedelijke schuld is uit haar aard een rechtsschuld. De aangeduide rechtsaspecten zijn inhaerent aan alle zedelijke regels en betrekkingen, ongeacht of deze naar hun materiële inhoud behoren tot het terrein der rechtvaardigheid in enge zin.

Tussen wie en wie bestaat deze rechtsverhouding? De rechtsverhouding, die inhaerent is aan de gehele zedelijke orde, is op de eerste plaats een verhouding tussen God en de individuele mens. Doch de zedelijke orde omvat niet alleen de verhouding van de individuele mens tot zijn einddoel. Wij wezen er reeds op dat alle mensen groepen zijn tot dezelfde bestemming en dat zij juist door hun gerichtheid op hetzelfde doel een eenheid vormen. Die eenheid in doelstelling vormt de grondslag van de

plicht tot naastenliefde, die op haar beurt alleen de plicht om elkanders particuliere rechten te eerbiedigen ten gronde kan verklaren. Diezelfde eenheid maakt echter ook, dat de rechtsverhoudingen, die wij in geheel de zedelijke orde als zodanig aantreffen, ook gelden tegenover alle mensen van goede wil. Ook de mede-mens, die met mij samenleeft en wel in een samenlevingsverband, dat tot doel heeft gezamenlijk zedelijk goed te leven, heeft, los van enig nut, dat dit zedelijk goede leven afwerpt, er een recht op, dat ik zedelijk goed leef. Daarom is iedere zedelijk ongeordende daad, voor zover zij naar buiten treedt, een onrecht tegenover de mede-mensen. Het is deze zedelijke en tevens rechtsverhouding tussen de mensen onderling, die in de handhaving der zedelijke orde, zoals die in het strafrecht plaats vindt, niet van wenzenlijker betekenis is, doch wel meer tastbaar op de voorgrond treedt dan de rechtsverhouding tussen de dader en God. Voor ons betoog betekent dit, dat iedere zedelijk ongeordende taak ook tegenover de mede-mensen, als men wil tegenover de samenleving, op die grond al onrecht, een schending der rechtsorde is.

Het is deze rechtsverhouding tussen de mens enerzijds en God en zijn mede-mensen anderzijds, die met heel de zedelijke orde wezenlijk verbonden is, ja daarvan het wezen uitmaakt. In deze zin is iedere zedelijke regel een rechtsregel, is zedelijke schuld rechtsschuld. In deze opvatting is er bij iedere zedelijke ongeordendheid een recht van God en van de leden der samenleving aanwijsbaar, hetwelk is geschonden en is het bepaald niet nodig krampachtig te zoeken naar een rechtsgoed, hetwelk daarnaast nog zou zijn aangetast. Deze opvatting wijst af, dat men voor het strafrecht een principieel onderscheid maakt tussen zedelijke plichten en rechtsplichten en m.n. dat men het gewetensbezwaar terzijde stelt op grond van een onderscheid tussen een rechtsplicht om de strafnorm na te leven en een louter morele plicht om het geweten te volgen. Daarmede toch zou aan de zedelijke orde als zodanig het rechtskarakter zijn ontzegd en een principiele scheiding zijn gemaakt tussen zedelijke en rechtsorde.

Met dit alles wil allerminst gezegd zijn dat men nu alle zedelijk onrecht ook, wanneer het uitwendig waarneembaar is, zou moeten straffen. Dit is zeker niet het geval.

Doch de vraag, in hoeverre het aards gezag er verstandig aan doet onzedelijke daden in de kring van zijn strafrecht te betrekken, is nu niet aan de orde. Wij gaan echter nog verder. Bovenstaande beschouwingen laten nog in het midden de vraag, of niet een zekere ergernis, die uit zedelijk onbehoorlijke daden kan voortvloeien, mede betrokken moet worden in de grondslag van het onrecht, waarop het aardse strafrecht reageert. Zo dit al waar is, dan is daarbij sprake juist van de ergernis over het zedelijk onbehoorlijke en het daarin gelegen onrechtmatige als zodanig. Deze ergernis is dan ook een aspect, dat men dan bij de onrechtmatigheid van ieder delict moet betrekken en niet alleen bij enkele delicten, waar men dit aspect er alleen bij haalt, omdat anders een schending van een bepaald rechtsgoed niet zou zijn aan te wijzen. Bovendien gaat het daarbij over een ergernis, die zo wezenlijk verbonden is met het zedelijk onjuiste der daad zelve, dat niemand er aan zal denken het in feite geërgerd of in zijn zedelijkheidsgevoel gekwetst zijn als een afzonderlijk element van de onrechtmatigheid te eisen. Wat wij alleen ontkennen is, dat, als men onrecht straft, het onrechtskarakter als zodanig iets zou zijn, wat van de zedelijkheid onderscheiden is. Wil men de ergernis bij de rechtvaardiging van de toepassing van het strafrecht betrekken, dan is dit een ergernis, die zedelijk fatsoenlijke mensen juist vanwege hun zedelijk fatsoen zullen hebben en die onafscheidelijk met het onzedelijk karakter van de daad is verbonden. Bij alle delicten is de zin van de samenleving waarlijk niet deze, dat haar alleen zou interesseren, dat er geen rechtsgoederen worden geschonden en dat de vraag, of de mens zich zedelijk goed gedraagt haar onverschillig zou laten. Ook in de aardse samenleving is de primaire zin van de norm, dat de burgers secundum virtutem d.i. zedelijk goed leven. Onze beschouwingen raken evenmin de vraag, of de toepassing van het strafrecht alleen wordt gerechtvaardigd door het vergeldings-element. Het lijkt ons evident, dat wezenlijk strafrecht een element van vergelding inhoudt. Alleen dan is het schuldvereiste te verklaren. Of daarnaast nog andere momenten vereist zijn om de straf te rechtvaardigen, is een geheel afzonderlijke vraag. Wat wij alleen willen betogen is, dat de schending der rechtsorde, die het strafrecht wil ver-

gelden, het onrecht is, dat in de onzedelijkheid van de daad als zodanig ligt opgesloten en dat de rechtsschuld waarvan daarbij sprake is, de zedelijke schuld als zodanig is ¹⁴.

Is met het bovenstaande aangetoond, dat het rechtskarakter van de rechtorde en van de rechtsplicht los staat van de handhaving, de gebruikelijke voorstelling van zaken is veelal een andere. Meestal spreekt men eerst van rechtsorde en rechtsplichten, juist en in zover het handhavingselement daarmee verbonden is en men stelt dan tegenover elkaar rechts- en zedelijke orde en rechts- en zedelijke verplichtingen, waarbij het onderscheidend kenmerk juist gelegen is in het al dan niet opgenomen zijn in het handhavingssysteem. Ware dit slechts een kwestie van naamgeving om de woorden rechtsorde etc. alleen te reserveren voor regelingen, die ook met dwang worden gehandhaafd, dan zou dit nog niet zo bedenkelijk zijn, al ware dan de naam bijzonder slecht gekozen. Deze voorstelling van zaken is echter uitermate verwarrend en heeft reeds tot tal van misvattingen aanleiding gegeven. Zij doet het voorkomen, alsof het bij plichten, die wel en die niet gehandhaafd worden, om geheel andere soorten van regels zou gaan. Zij suggereert een tegenstelling, die er bepaald niet is en wekt de indruk, dat men het rechtsaspect, dat aan de zedelijke orde eigen is en in het strafrecht gehandhaafd wordt, uit het oog verliest. Dan zou het „recht” als zodanig weer alleen in de handhaving bestaan en zou aan het recht zelf ieder normatief karakter zijn ontnomen. Beter ware te spreken van rechtsorde en rechtsplichten, die wel en die niet gehandhaafd worden ¹⁵. Dan drukt men de tegenstelling zuiver uit, die alleen in het dwangelement is gelegen. De belangrijkste verwarring, die men in verband met ons onderwerp herhaaldelijk tegen-

¹⁴ Men late zich niet misleiden door het verschijnsel, dat bij een aantal regels de vorming van de regel zelf en de opname ervan in het handhavingssysteem feitelijk samenvallen.

¹⁵ Wel heeft de onderscheiding tussen al of niet rechtsplicht werkelijke betekenis, naar gelang men daarmee bedoelt te zeggen, dat niet iedere plicht een rechtsplicht is van de strikte particuliere rechtvaardigheid. Iedere zedelijke plicht, ook bv. de plicht tot naastenliefde, is een rechtsplicht in de zin der wettelijke gerechtigdheid. Doch niet iedere zedelijke plicht is een rechtsplicht krachtens de particuliere rechtvaardigheid.

komt, is de tegenstelling die men maakt tussen de rechts-plicht om de regels van het handhavingssysteem na te leven en de morele plicht om het gewetensoordeel te volgen, welke de rechtsplicht niet terzijde zou kunnen stellen. Men doet het dan voorkomen, alsof die eerste plicht geen zedelijk karakter zou hebben en alsof aan een zedelijke plicht als zodanig het rechtskarakter zou ontbreken. Deze verwarring loopt tenslotte weer op een volkomen scheiding tussen rechts- en zedelijke orde uit.

De voorafgaande beschouwingen waren breedvoerig genoeg en grotendeels van speculatieve aard. Het diepgaand karakter der vraagstelling dwingt tot zulke uiteenzettingen en zulk een werkwijze maakt het alleen mogelijk de conclusies, die ter beantwoording van de vraagstelling moeten worden getrokken, te verantwoorden. Dat in de voorafgaande beschouwingen ook de persoonlijke levens-overtuiging een belangrijke rol speelde, kan, menen wij, geen verwondering wekken, als men zich bewust is van de draagwijdte der vraagstelling, die eigenlijk de diepste fundamenteën van recht en zedelijkheid draagt.

§ 4. *De houding van het gezag tegenover het gewetens-bezwaar.*

A. INLEIDING.

Bij het gewetensbezwaar staan twee oordelen tegenover elkaar: het oordeel van het gezag, hetwelk een bepaald gedrag voorschrijft in de overtuiging, dat zijn regeling zedelijk juist is en het oordeel van de gewetensbezwaarde, hetwelk de zedelijke ongeordendheid van dit gedrag staande houdt. Uit het innerlijk verband tussen rechts- en zedelijke orde volgt, dat een van beide oordelen onjuist moet zijn. Wie zal dit geschil met voor beide bindend gezag beslechten? Alleen indien men een onfeilbaar leer-gezag zou aannemen, dat zich uitsprekt over de zedelijke waarde van de concrete regel en dat door beide zou zijn aanvaard, zou men een instantie hebben, die het verlossende woord spreekt. Waar dit niet het geval is, blijft het gewetensoordeel van ieder, zowel van de individuele mens, die tevens gezagsorgaan is als van de individuele mens, die aan het gezag onderworpen is, voor ieders handelen hoogste richtsnoer. Voor de handhaving der orde moet

echter in dit geschil worden gekozen; dit ligt in het begrip orde opgesloten. Evenzeer is duidelijk, dat hier de keuze, die door het gezag wordt gedaan, het enige uitgangspunt voor de handhaving der rechtsorde kan zijn. Dit is juist een van de wezenlijke functies van het gezag. Daarmede is geenszins uitgesloten, dat ook het gezag in zijn oordeel kan falen, al behoort de situatie zo te zijn, dat de rechtsvorming met zoveel waarborgen is omringd, dat de kans op dwaling hier minimaal is. Aan de belangrijke vraag, welk gezagsorgaan bij de toetsing van regels aan de zedelijkheid het laatste woord heeft te spreken, of dit de wetgever of in bepaalde gevallen de rechter moet zijn, gaan wij thans voorbij. Zij is niet aan de orde en voor onze vraagstelling niet van principiële betekenis¹⁶. Het oordeel van het gezag, hetwelk in de staatsrechtelijke opbouw met het formuleren der regels is belast, is dus het vaste uitgangspunt voor de handhaving der rechtsorde. Voor ieder gezagsorgaan, waaraan een zelfstandige beoordeling is ontzegd, betekent dit, dat het niet zijn zelfstandig zedelijk oordeel aan de gezagsuitoefening ten grondslag mag leggen¹⁷. Meent in ons staatsrecht de rechter of iemand, die met het bestuursgezag is bekleed, dat zijn conscientie hem verbiedt een bepaalde gezagsdaad te stellen die de wet hem duidelijk gebiedt, dan heeft hij zich van deze gezagsuitoefening te onthouden en zo nodig te abdiceren. Immers zodra zijn afwijkende conscientie grondslag wordt voor de gezagsuitoefening, geeft hij aan die conscientie een totaal andere betekenis dan alleen maatstaf te zijn voor zijn persoonlijk handelen. Daarmede maakt hij zijn conscientie tot richtsnoer voor de objectieve inhoud der rechtsorde, die ook wordt gehandhaafd. Zulk een functie kan men aan de eigen conscientie alleen toekennen, als de rechtsorde iemand met zelfstandig rechtsvormend gezag bekleedt. Waar dit niet is, kan de eigen conscientie niet als zelfstandige maatstaf voor de gezagsuitoefening gelden.

¹⁶ Men zie over dit probleem Langemcijer l.c. V en VI p. 270 e.v. en VII p. 48 e.v. Op de betekenis van art. 11 A.B. werd laatstelijk gewezen door H.R. 17-2-1959 nr. 224.

¹⁷ Tenzij bij uitzondering, als het zedelijk gerechtvaardigd zou zijn zich op eigen gezag een gezagsfunctie toe te kennen, die men in het normale bestel niet heeft.

Er kan geen twijfel over bestaan, dat het oordeel van de individuele burger niet beslissend kan zijn voor de vaststelling van de objectieve inhoud van rechtsorde. Dit zou in flagrante tegenspraak zijn met het begrip rechtsorde zelf en met de verhouding overheid—onderdaan. Dan zou inderdaad de rechtsorde zelf worden prijs gegeven. Hieruit volgt dwingend één stelregel voor de houding van de overheid tegenover de gewetensbezwaren n.l. dat de overheid het geweten van de bezwaarde heeft te zien als een dwalend geweten. Bij de handhaving der rechtsorde moet de overheid in alle gewetensrust hier van uitgaan en deze rust behoeft geenszins te worden verstoord door het besef van eigen dwalingsmogelijkheid. Daarmede is de vraagstelling teruggebracht tot de vraag, hoe de houding van het gezag moet zijn tegenover het dwalend geweten.

Kan het gezag de inrichting der rechtsorde onafhankelijk van deze bezwaren vaststellen en de handhaving ervan onverkort tegenover de gewetensbezwaarde doorzetten of is het een zedelijke eis dat de overheid met het gewetensbezwaar rekening houdt? Wij menen, dat men hier twee vragen afzonderlijk heeft te onderzoeken. De eerste vraag heeft betrekking op de vaststelling van de objectieve inhoud der rechtsorde, de tweede op de handhaving der eenmaal vastgestelde rechtsorde..

B. DE DISPENSATIE.

Het blijft altijd een uiterst pijnlijke tegenstelling, indien de objectieve regeling der rechtsorde voorschrijft, wat goede burgers met hun geweten absoluut strijdig achten. Daarbij doelen wij alleen op het geval dat er absolute strijdigheid is tussen hetgeen de rechtsorde voorschrijft en tussen dat wat het geweten bedoelt. Dit is geheel iets anders dan de vraag, of men een bepaalde regeling der rechtsorde de beste verwerkelijking acht van de zedelijke orde of zelfs als regeling zedelijk afkeurt. Immers zo lang de rechtsorde van de iustitiabele geen concreet gedrag eist, dat met zijn geweten strijdig is, is het hem mogelijk met zulk een rechtsorde in een zekere innerlijke vrede te leven. Noch op het terrein der rechtsorde noch op dat van het geweten wordt dan van hem

ongehoorzaamheid geëist. Dit wordt anders, als er een onverbidde tegenstelling bestaat tussen het gedrag, hetwelk de rechtsorde verlangt en hetwelk het geweten oplegt. Dan is opzegging der gehoorzaamheid aan een der beide gezagsoordelen onontkoombaar alternatief. Hier zal het gezag ernstig hebben te onderzoeken of strijdigheid kan worden voorkomen en harmonie kan worden bereikt. Zeker voor hem, die de wezenlijke functie van rechtsorde daarin ziet, dat deze haar burgers zedelijk goed maakt, is het een dwingende eis, dat het gezag, zover zulks met de belangen, die het heeft te behartigen, verenigbaar is, alles in het werk stelt om ook in het objectieve vlak strijdigheid te voorkomen. De allereerste taak van het gezag zal zijn met alle gepaste middelen te trachten de eigenlijke oorzaak van het conflict, dat naar het oordeel van het gezag gelegen is in de dwaling van het geweten, te ecarteren. De taak van de overheid met betrekking tot een goede gewetensvorming der burgers kan in dit verband niet licht worden overschat. De vraagstelling echter heeft het geval op het oog, waarin de strijdigheid langs deze weg niet is opgelost. Dan zal het zaak zijn voor de overheid na te gaan, of haar taak het toelaat bij de inrichting der rechtsorde zodanig tewerk te gaan dat ook in het objectieve vlak geen strijdigheid meer bestaat tussen de regels der rechtsorde en het gewetensoordeel. Zij heeft zich dan de vraag te stellen, of zij een bepaalde gedragsregel, die het bezwaarde geweten zedelijk onjuist acht, uit haar rechtssysteem kan vermijden¹⁸. Voor zover het daarbij gaat over regels, die men alleen ten opzichte van de gewetensbezwaarde terzijde stelt, doch voor anderen laat gelden, spreekt men van dispensatie der regels. De dispensatie is een juridische figuur, die ons recht op vele plaatsen kent. Doch hier heeft zij een geheel specifieke betekenis. Bij de andere dispensatievormen wordt dispensatie in de norm verleend op gronden en situaties, die het ook inhoudelijk redelijk maken, dat de norm in die gevallen niet geldt. Bij zulk een dispensatie heeft men materieelrechtelijk met een echte rechtvaardigingsgrond te doen. Bij de dispensatie wegens het gewetensbezwaar

¹⁸ Over de plicht van de overheid om te dispensereren zie Heering l.c. p. 4; J. Jitta l.c. p. 10 alsmede Duynstee aldaar in het debat p. 54; Jonkers l.c. p. 79.

echter berust het ter zijde stellen van de norm niet op objectief redelijk geachte situaties, maar op het feit der dwaling en van de binding van het individu aan zijn dwalend geweten. Ook al wordt bij deze dispensatie het gedrag van de gedispenseerde niet langer objectief onrechtmatig, het wegvallen dier onrechtmatigheid is hier niet het gevolg van het bestaan van een werkelijke rechtvaardigingsgrond. Intussen, ook bij deze dispensatie valt de onrechtmatigheid weg, omdat de norm zelve niet meer geldt. Het gedrag, dat het geweten voorschrijft, is niet langer strijdig met de rechtsorde. Er is dan een oplossing gevonden in het objectieve vlak. De consequentie van zulk een dispensatie is, dat ieder handhavingsrecht met betrekking tot zulk een gedrag komt te vervallen. Van handhaving toch kan alleen sprake zijn, als een geldende regel niet wordt nagelcefd.

De dispensatie is inderdaad in haar resultaat een tegemoetkoming van het gezag aan het gewetensbezwaar die de grootste harmonie geeft, doch zij gaat in haar strekking ook het verst. Tot hoever kan het gezag deze weg bewandelen? Hier liggen belangrijke grenzen, die de overheid niet kan overschrijden zonder schending van eigen zedelijke plicht. De eerste absolute grens ligt daar, waar het gaat om bovenwettelijke gedragsnormen, waaraan ook het overheidsgezag is gebonden. Het zijn er in het strafrecht zeer vele. De normen, die vervat zijn in de delictsomschrijvingen tegen lijf en leden, tegen de zeden, tegen het vermogen zijn geen normen, die de overheid terzijde kan stellen en waarin zij dispensatie zou kunnen verlenen. De moeilijke vragen of men hier van natuurrechtelijke normen moet spreken en of ook de concretisering van deze normen nog naar bovenwettelijke maatstaven geschiedt kunnen voor de beantwoording der vraagstelling buiten beschouwing worden gelaten. Een ieder zal toegeven, dat als iemand meent naar geweten verplicht te zijn de norm te overtreden die verbiedt een ander te doden de wetgever in zulk een geval niet door dispensatie aan het gewetensbezwaar kan tegemoet komen. Van alle andere normen, waardoor het verboden wordt rechten van anderen aan te tasten, moet hetzelfde worden gezegd. Daarnaast zijn er nog vele andere regels (men denke b.v. aan de zedendelicten) waarbij wel niet van een aantas-

ting van particuliere rechten van anderen kan worden gesproken, doch waarbij toch dispensatie is uitgesloten.

Daarnaast zijn er nog andere grenzen voor de dispensatie, die het concrete staatsverband raken. Wil een gezagsorde nog enige zin hebben, dan is onvoorwaardelijke eis, dat ieder verzet tegen de uiteindelijke vastgestelde gezagsorde achterwege blijve. Dispensatie in normen die op enigerlei wijze verzet tegen de Staat, het staatsgezag en de openbare orde verbieden, is daarmee uitgesloten aangezien zulk een dispensatie prijsgeving van het gezag zelf zou inhouden.

Het terrein van de normen, waarbij over dispensatie terwille van het gewetensbezwaar kan worden gedacht, wordt vooral gevormd door die normen, waarbij een positieve bijdrage van de burger wordt verlangd ter behartiging van een bepaald algemeen belang. Hier is in beginsel de mogelijkheid aanwezig na te gaan, of het daarbij gaat over een belang, van welks behartiging geheel kan worden afgezien of dat ook zonder de positieve bijdrage van de gewetensbezwaarde kan worden behartigd. In de gevallen van dispensatie, die de wet kent, gaat het vrijwel steeds over normen die een positieve bijdrage van de burger verlangen ter handhaving van een concreet algemeen belang. Hoeveer de overheid hier aan gewetensbezwaren tegemoet mag komen, is een zaak, waarover geen algemene of bijzondere regels zijn te geven. Iedere concrete casuspositie dient zorgvuldig te worden onderzocht. Het prudentieel oordeel van het gezag zelf kan daarbij alleen het laatste woord spreken. Men kan slechts enkele algemene richtlijnen aangeven, die leidend moeten zijn bij de vorming van de uiteindelijke beslissing. Het gezag zal bij het gebruikmaken van dispensatie terughoudendheid in acht hebben te nemen. Een te vergaande dispensatie zou het ontstaan van gewetensbezwaren bevorderen en aan de taak, die het gezag heeft met betrekking tot de gewetensvorming tekort doen. Het gevaar, dat bij het opwerpen van het gewetensbezwaar allerlei onzuivere bijmengingen een rol spelen, zou zeker bij een te ruime dispensatie in de hand gewerkt worden. De generaal preventieve werking, die juist voor het ontstaan van gewetensbezwaren van het spaarzaam toepassen van dispensaties uitgaat, mag niet uit het oog worden verlo-

ren. Dit leidt ertoe de mogelijkheid van dispensatie eerst te overwegen, als een groep respectabele burgers aan het gewetensbezwaar met alle consequenties blijft vasthouden. Dan komt de vraag, of het belang dat behartigd moet worden ook zonder de bijdrage der gewetensbezwaarde op bevredigende wijze kan worden verwezenlijkt en of bij dispensatie een andere prestatie moet worden gevorderd, waardoor op andere wijze maar nu zonder strijd met het geweten, het betreffende belang kan worden veiliggesteld. Vraagt de regeling een groot offer van de niet bezwaarden, dan zal overwogen moeten worden in hoeverre vanwege het beginsel van gelijke lasten en vanuit generaal preventieve overwegingen gelijksoortige offers moeten worden gevraagd van de gewetensbezwaarden, doch dan offers, waartegen hun geweten niet in opstand komt. Meent het gezag tot dispensatie te kunnen overgaan, dan zal het moeten overwegen in hoever de oprechtheid van het bezwaar moet worden getoetst en door welk gezagsorgaan deze toetsing dient te geschieden. Dispensatie is steeds een delicate zaak waarbij de grootste omzichtigheid geboden is. Een dispensatie mag nooit een wezenlijke breuk met de objectieve rechtsorde betekenen.

De gevallen waarin onze wetgever deze weg der dispensatie is gegaan, zijn bekend. Wij willen ze slechts kort aanstippen. Art. 7 der Leerplichtwet (7 juli 1900 S 111) kent een vrijstelling van de plicht te zorgen dat aan het kind voldoende onderwijs wordt verstrekt voor ieder, die tegen het onderwijs op alle binnen redelijke afstand van de woning gelegen scholen „overwegend bezwaar” heeft. Hieronder valt zeker ook het gewetensbezwaar. Art. 1 der Eedswet van 17 juli 1911 S. 215 bepaalt, dat voor de vorm van de eed, de belofte of bevestiging de wijze is toegestaan, die de godsdienstige gezindheid voorschrijft. In art. 2 van de Eedswet 28 april 1916 S. 174 wordt de vervanging van de eed door belofte of bevestiging toegestaan aan hem, die zulks verzoekt, op grond, dat zijn godsdienstige gezindheid hem het afleggen van eden verbiedt. Een mondelinge verklaring volstaat. Hetzelfde staat art. 3 toe aan degene, die schriftelijk verklaart tegen het afleggen van eden, ook als enig wettelijk voorschrift dit vraagt, onoverkomelijke bezwaren te hebben, ontleend aan zijn opvattingen omtrent de godsdienst. Hier heeft

men duidelijk met een niet godsdienstig gewetensbezwaar te doen. Een controle op de ernst van het bezwaar kent deze wet niet. De invaliditeitswet van 5 juni 1913 S. 205 kent sinds 1920 in de artt. 286b-286n de mogelijkheid van vrijstelling van de verplichtingen dezer wet voor de arbeider en werkgever, die daartegen gemoedsbezwaren hebben. Bij de totstandkoming van deze vrijstelling heeft de wetgever in het algemeen de houding der overheid tegenover zulke bezwaren besproken¹⁹. Het heet daar, dat met ernstige gemoedsbezwaren, welke bij een groep burgers blijken te bestaan tegen een regeling der overheid, behoort te worden rekening gehouden, voor zover hogere belangen daardoor niet dreigen te worden geschaad. De term „gemoedsbezwaren” is identiek met gewetensbezwaren. De vrijstelling wordt verleend door de raad van arbeid op grond van een verklaring, dat de verzoeker overwegende gemoedsbezwaren heeft tegen iedere verzekering en dat hij mitsdien noch zichzelf noch iemand anders noch zijn eigendommen heeft verzekerd. De R.v.A. onderzoekt slechts, of deze verklaring overeenkomstig de waarheid is. Hieronder mag o.i. alleen worden verstaan een onderzoek naar het niet verzekerd zijn en niet een verdergaande toetsing naar de oprechtheid der bezwaren. Een volkomen soortgelijke regeling vindt men in art. 17 Coördinatiewet Sociale Verzekering van 24 dec. 1953 S. 5577²⁰. Deze wet, waarbij men de materie voor een aantal sociale wetten uniform heeft willen regelen, betreft gemoedsbezwaren tegen een verzekering ingevolge de Ongevallenwet 1921, de Land- en Tuinbouwongevallenwet 1922, de Ziektewet, de Kinderbijslagwet, de Werkloosheidswet en het Ziektenfondsbesluit. De vrijstelling wordt verleend door het bevoegde uitvoeringsorgaan. Dit krijgt uitdrukkelijk de bevoegdheid een vrijstelling in te trekken, als naar zijn oordeel de gemoedsbezwaren niet langer geacht kunnen worden te bestaan. Bij weigering of intrekking der vrijstelling staat beroep open bij de Sociale Verzekeringsraad. Een volkomen gelijke regeling kent ook de Algemene Ouderdomswet van 31 mei 1956 S. 281²¹. Het orgaan, hetwelk in eerste instantie beslist,

¹⁹ Bijlage II K. nr. 431, M.v.T.

²⁰ Cfr. de op deze wet gebaseerde A.M.v.B. van 20-12-1956, S. 626.

²¹ Cfr. de in de vorige noot genoemde A.M.v.B.

is hier de sociale verzekeringsbank. Eenzelfde formulering vindt men tenslotte ook in de Algemene Weduwen- en Wezenwet van 9 april 1959 S. 13 (art. 48)²². Van dezelfde strekking is de regeling in de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds van 17 mrt. 1949, S. J. 121. Volgens art. 3 kan de minister van Sociale Zaken onder bepaalde voorwaarden het deelnemen in een bedrijfspensioenfonds verplicht stellen. Art. 5 bepaalt echter, dat zulk een verzoek door de minister o.a. moet worden geweigerd, als de statuten en reglementen van het fonds geen bepalingen inhouden betreffende de wijze, waarop tegemoet wordt gekomen aan hen, die gemoedsbezwaren hebben tegen iedere vorm van verzekering.

Een dispensatie t.a.v. een plicht tot nalaten geeft art. 13 van de Arbeidswet van 1-11-1919 S. 624 waar met betrekking tot een aantal bepalingen van de Arbeidswet, die de zondag betreffen, vrijstelling wordt verleend aan hen, die tot een kerkgenootschap behoren, dat de wekelijkse rustdag op de Sabbath of op de Zevende Dag viert, met dien verstande, dat voor hen deze verplichtingen dan gelden voor de Sabbath of de Zevende Dag. De vrijstelling volgt automatisch uit de wet op voorwaarde, dat een verzoek is gericht tot het hoofd of de bestuurder der onderneming. Hierbij is uiteraard sprake van een godsdienstig bezwaar. Een onderzoek naar de ernst van het bezwaar vindt niet plaats^{22a}. Hetzelfde karakter draagt art. 6 Winkelsluitingswet van 24-1-1952 S. 38 waarbij B. & W. ontheffing moeten verlenen van bepaalde sluitingsverboden aan iemand, die zulks verzoekt, als hij behoort tot een kerkgenootschap, hetwelk de wekelijkse rustdag op een andere dag dan de zondag houdt of die te goeder trouw verklaart een godsdienstige overtuiging te bezitten, welke vordert, dat de wekelijkse rustdag op een andere dag dan de zondag wordt gehouden. Ook hier geen werkelijke toetsing naar de ernst. Als contra prestatie moet de winkel gesloten zijn op de wekelijkse rustdag die in het besluit van B. & W. wordt vermeld. Hier is duidelijk sprake van een godsdienstig bezwaar.

²² De door dit art. geëiste A.M.v.B. is, voor zover ons bekend, nog niet tot stand gekomen.

^{22a} Cfr. nog art. 36 Arb.wet.

Bij het vaststellen der Inentingswet van 22 dec. 1939 S. 805 is uitdrukkelijk niet aanvaard het stelsel van directe dwang, bestaande in een strafrechtelijke gesanctioneerde plicht van de ouders om het kind vóór een bepaalde leeftijd te laten vaccineren, o.a. met de overweging, dat men dan teveel vrijstellingen o.a. op medische en godsdienstige bezwaren zou moeten verlenen. Men heeft dus het stelsel gekozen van de wettelijk geregelde individuele drang, waarbij de vrijheid der ouders onaangetast bleef. Art. 1 bepaalt, dat hij, die het gezag over het kind heeft, vóórdát het kind één jaar is, ofwel het bewijs moet leveren, dat het kind is ingeënt ofwel een verklaring aan de burgemeester moet overleggen, die de reden inhoudt, waarom zulks niet is geschied. In het laatste geval roept de burgemeester de bezwaarde op ter bespreking van de verklaring. Voor zover het hier om godsdienstige bezwaren gaat, is, volgens de M.v.T., de bedoeling van deze verschijning het laten blijken, dat het ernst is met deze bezwaren. Hier is niet sprake van een eigenlijke dispensatie, omdat er niet in een norm wordt gedispenseerd. Juist vanwege de principiële bezwaren heeft men afgezien van het stellen van de norm. De wet spreekt overigens niet van gewetensbezwaren doch van bezwaren in het algemeen. Van een geheel ander stelsel wordt uitgegaan in de Wet Immunisatie militairen van 7-8-1953 S. 432. Het belang, dat hier veilig moest worden gesteld, vereiste een ander stelsel. Met betrekking tot de gewetensbezwaarden zeide de M.v.T., dat de wet juist beoogde hun wettelijke bescherming te verlenen. Art. 2 geeft aan de Min. van Oorlog tot 1 jan. 1962 de bevoegdheid militairen de verplichting op te leggen zich aan vaccinatie voor de eerste maal tegen pokken te onderwerpen. De strafsanctie is te vinden in art. 114 van het W.v.M. Sr., hetwelk ongehoorzaamheid aan een dienstbevel strafbaar stelt. Hetzelfde geldt voor de verplichting, die de minister krachtens art. 3 in overeenstemming met het advies van een deskundige commissie, aan een militair kan opleggen zich ter voorkoming van optreden of verspreiding van ziekten in de strijdkrachten, aan revaccinatie tegen pokken en aan iedere door hem nodig geoordeelde inenting en herinenting tegen andere ziekten te onderwerpen. Hier is dus een directe plicht tot vaccinatie. Art. 5 kent de mogelijkheid

van dispensatie voor de militair of, als hij minderjarig is, voor hem, die het gezag over hem uitoefent, als hij gewetensbezwaren heeft tegen immunisatie op gronden ontleend aan de godsdienstige overtuiging. Er wordt dus alleen over godsdienstige bezwaren gesproken. Volgens de M.v.T. is zulks geschied, omdat de feitelijk aangevoerde bezwaren steeds van godsdienstige aard waren; de M.v.T. sprak intussen de verwachting uit, dat deze beperking het onderzoek naar de oprechtheid der bezwaren aanzienlijk zou vereenvoudigen. De bezwaarde moet een gemotiveerd verzoek tot de minister richten en deze beslist na advies van een commissie (art. 5). Er heeft toetsing naar de oprechtheid der gewetensbezwaren plaats. Bij erkenning der bezwaren komt er algehele vrijstelling van de immunisatie-plicht²³.

De Kieswet van 31 juli 1951 S. 290 legt in art. I-9 aan de stemgerechtigde de plicht op zich binnen de voor de stemming bepaalde tijd te melden op het stembureau. Niet nakoming is in art. X-8 strafbaar gesteld. Wordt de plicht niet nagekomen, dan kan de burgemeester zonder nader onderzoek van oordeel zijn, dat een geldige reden tot niet nakoming bestond, hij kan echter ook de betrokkene oproepen om zich over het niet verschijnen te verantwoorden en dan alsnog van oordeel zijn, dat een geldige reden aanwezig was (Art. X-7). In beide gevallen wordt volgens de wet aan de zaak geen verder gevolg gegeven. In een rondschrĳven van de Minister van Binnenl. Zaken en Landbouw van 20 juni 1928 nr. 5995 afd. B.B. (bijv. Stbl. 1928 nr. 103) aan de commissarissen der Koningin wordt vermeld, dat de Minister evenals zijn ambtsgenoot van Justitie op het standpunt staan, dat gewetensbezwaren wel degelijk kunnen worden beschouwd als een geldige reden tot verhindering. Dezelfde opvatting werd nogmaals onderstreept in een rondschrĳven van de Min. van B. Z. aan de burgemeesters van 22 mei 1957 (G. S. nr. 4470). Een onderzoek naar de oprechtheid der bezwaren is de burgemeester niet ontzegd. Volgens het stelsel der wet gaat het hier niet over een formele vrijstelling door de administratie te geven – immers de bur-

²³ Men zie een merkwaardige constructie, waarbij vóór het tot stand komen van deze wet het gewetensbezwaar werd aanvaard bij Krijgsr. t. V. W. 21-0-1949, 1951 nr. 75.

gemeester spreekt zijn oordeel eerst na het begaan van het feit juridisch uit²⁴.

De Wet Bestrijding Tuberculoze Rundvee van 23 juni 1953 S. 352 heeft, zoals bekend, het Besluit Bestrijding Tuberculoze Rundvee, dat in de rechtspraak omtrent gewetensbezwaren herhaaldelijk aan de orde is gekomen, vervangen. Dit besluit verbood het onder zijn beheer en toezicht hebben van rundvee zonder lid of aangesloten te zijn bij een erkende provinciale gezondheidsdienst. Tegen deze aansluiting hadden een aantal boeren godsdienstige bezwaren. Het besluit kende geen vrijstelling en de rechtspraak aanvaardde het gewetensbezwaar niet als excuus. De nieuwe wet verbiedt het in het werkgebied van een gezondheidsdienst houden van runderen, tenzij men lid is van of aangesloten is bij hetzij een gezondheidsdienst, hetzij een vereniging of stichting van veehouders, die zelf lid is of aangesloten bij een gezondheidsdienst en welker statuten bepalen, dat de leden of aangeslotenen zich moeten onderwerpen aan de voorschriften van de gezondheidsdienst. Art. 4 lid twee opent de mogelijkheid, dat de Minister van Landbouw na overleg met de Stichting voor de Landbouw in bijzondere gevallen van deze verplichting vrijstelt. Merkwaaardigerwijze vermeldt de M.v.T. op dit tweede lid, dat daarbij gedacht is b.v. aan het houden van proefdieren als studieobject²⁵. Eerst in het V.V. drongen enkele leden aan op het tegemoetkomen voor gewetensbezwaarden. De minister stelde voorop, dat een uitzondering voor gewetensbezwaarden zonder meer ten enenmale onaanvaardbaar was. Het vrij maken van de veestapel van t.b.c. was een algemeen belang van de eerste orde, dat in ieder geval moest worden veilig gesteld. Een tegemoetkoming aan gewetensbezwaren, die dit belang in gevaar zou brengen, achtte de minister onverantwoord. Op twee voorwaarden was hij bereid zijn bevoegdheid tot vrijstelling ook te gebruiken om aan de gewetensbezwaren tegemoet te komen. De eerste voorwaarde was een conscientieus onderzoek naar de ernst der bezwaren.

²⁴ Men zie een vonnis van het ktg. Utrecht van 27-7-'27 p. 1523 die een geldige reden van verhindering wegens gewetensbezwaren aanwezig achtte, het feit en verdachte strafbaar verklaarde, maar geen straf oplegde; cfr. 150 lid 3 Kieswet (oud).

²⁵ Bijl. II K. nr. 2338 M.v.T. nr. 3 en M.v.A. nr. 5.

Zulk een onderzoek achtte hij vooral nodig, als het niet naleven der wet geen tastbaar nadeel voor de bezwaarde opleverde; dan is extra voorzichtigheid bij het aanvaarden der bezwaren vereist. Voor de noodzaak van zulk een onderzoek verwees hij naar het verleden, waar bleek, dat bij een diepgaand onderzoek velen hun gewetensbezwaren niet langer als zodanig aanvoelden. Zijn tweede stringente voorwaarde was, dat aan de ontheffing zulke voorwaarden moesten worden verbonden, dat het belang, dat de wet wilde behartigen, absoluut veilig was gesteld. Hoewel de wet dus spreekt van vrijstelling in het algemeen en de gewetensbezwaren niet vermeldt, is het toch de bedoeling ook de vrijstelling wegens gewetensbezwaren onder de wet te brengen, waarbij de administratie zich het recht van toetsing voorbehoudt alsook het recht die contraprestatie te verlangen, die voor de veiligstelling van het behartigde belang nodig is²⁶.

Het meest ingrijpende geval tenslotte van een dispensatie terzake gewetensbezwaren heeft betrekking op de dienstplicht. Daarbij gaat het om de vervulling van een burgerplicht, met de algemene nakoming waarvan het wel en wee van de staat zelve gemoeid is. In 1922 is in de Grondwet de bepaling opgenomen (thans art. 196), dat bij de wet de voorwaarden worden genoemd, waarop wegens ernstige gewetensbezwaren vrijstelling van de krijgsdienst wordt verleend. De uitwerking is vervat in de dienstweigeringswet van 13 juli 1923 S. 357²⁷. De Regering stelde voorop, dat men de tegemoetkoming aan gewetensbezwaren op twee wijzen had kunnen regelen. Men had de militaire strafwetten kunnen aanvullen in die zin, dat de dienstweigeraar zich tegenover de militaire rechter op gewetensbezwaren zou kunnen beroepen, die dan, als de bezwaren onoverkomelijk bleken, vrijspraak zou kunnen geven. Deze weg is niet gevolgd, omdat dan de plicht tot dienstvervulling zelve zou blijven bestaan en aan de

²⁶ Merkwaardigerwijze heeft de minister bij beschikking van 16-9-1953, afd. Wetg. nr. 10186/89 Scr. nr. 180 voor de vrijgestelde gewetensbezwaarde regelingen gegeven krachtens art. 10 der wet, waarvan niet naleving krachtens art. 15 der wet een economisch delict is.

²⁷ Men zie voor de parlementaire behandeling Bijl. II K. 1921-1922 nr. 433; Hand. II K. 1922/23 p. 2253-2291; Bijl. I K. 1922/23 nr. 77; Hand. I K. 1922/23 p. 1003-1018.

vrijspraak een gerechtelijk onderzoek met arrest vooraf zou moeten gaan, hetgeen men de gewetensbezwaarden juist wilde besparen. Vandaar dat men de weg van een afzonderlijke wet heeft gekozen. De minister gaf als rechtsgrond voor het tegemoetkomen door de Overheid aan gewetensbezwaren aan: de eerbied voor God, omdat men in het geweten te doen heeft met de innerlijke aanraking van de mens met God, die aan geen menselijke orde onderworpen is²⁸. Uit de gehele behandeling blijkt overduidelijk, dat men onder gewetensbezwaren bezwaren zowel van godsdienstige als van zedelijke aard verstond. Op de tegenwerping, dat een gewetensbezwaar altijd een bezwaar is van godsdienstige aard, werd geantwoord, dat het begrip gewetensbezwaar inhoudt, dat het gebod zich met volstrekt gezag aan de mens oplegt en dat daarvoor een uitdrukkelijke subjectieve erkenning van de Goddelijke oorsprong van dit gebod niet is vereist. Een Goddelijk gebod – aldus de minster in de II Kamer – blijft evenzeer een Goddelijk gebod, of de mens het nu beseft of niet. Een dienstweigering op politieke gronden werd uitdrukkelijk van de dispensatie uitgesloten. Dit is ook de grond, waarom de D.W.W. als inhoud van het te erkennen gewetensbezwaar vereist: een overtuiging, dat men de evenmens niet mag doden, ook wanneer zulks geschiedt ingevolge overheidsbevel²⁹.

De D.W.W. kent twee vormen van toegelaten bezwaren: 1. bezwaren bepaaldelijk gericht op strijd met de wapenen, 2. bezwaren tegen de militaire dienst van welke aard ook. Dientengevolge is er ook een tweevoudige vrijstelling. De vrijstelling wordt op gemotiveerd verzoek van de bezwaarde verleend door de minister, die zich laat adviseren

²⁸ Prof. Anema in de I K. betoogde, dat, als de overheid haar taak kan volvoeren met tegemoetkoming aan gewetensbezwaren, zij ook verplicht is dit te doen en dit omdat de godsdienstige en zedelijke sfeer van hoger orde zijn dan de rechtssfeer. Kan zij zulks niet dan moet zij haar taak met voorbijgaan der bezwaren doorzetten, omdat de rechtsorde een eigen sfeer vormt. Zijn scheiding tussen de godsdienstige ordening en de zedelijke ordening en de rechtsordening past niet in ons betoog.

²⁹ Dit is een beperking, die de grondwet in de tekst niet kent. Er is bij de behandeling veel gediscussieerd over de vraag, of deze beperking grondwettig is. O.i. lijkt dit het geval. Hazewinkel-Suringa l.c. II p. 232 acht dit aan ernstige twijfel onderhevig.

door een commissie, die de verzoeker moet horen³⁰. Er is hier dus een onderzoek naar de ernst der bezwaren door de administratie. Verleent de minister vrijstelling wegens bezwaren, die alleen betrekking hebben op de strijd met de wapenen, dan wordt de bezwaarde belast met militaire dienst, die daarop niet is gericht en 8 maanden langer duurt dan de gewone militaire dienst. Bij vrijstelling wegens bezwaren tegen iedere militaire dienst volgt tewerkstelling bij een andere tak van staatsdienst, die 12 maanden langer duurt. Dat een contra-prestatie werd verlangd, werd vanzelfsprekend geacht, omdat de bezwaarden op andere wijze moesten worden gebruikt in het algemeen belang. De verlenging van de dienstdtijd werd geargumentceerd met de overweging, dat de vrijgestelde niet in gunstiger positie mocht komen, omdat de militaire dienst meer gevaren meebracht, terwijl deze verlenging tevens werd gezien als een waarborg voor de ernst der bezwaren³¹. Als grond werd ook nog aangevoerd dat de verlenging nodig was uit preventieve overwegingen om het getal der bezwaarden te beperken. Het niet nakomen van de contra-prestatie wordt in de D.W.W.

³⁰ K.B. van 3-5-1924, S. 230, laatstelijk gewijzigd 11-5-1951 S. 149. Tenzij de onderzochte daartegen bezwaar heeft, wordt een psychiatrisch onderzoek uitgebracht, alvorens hij wordt gehoord.

³¹ De afgevaardigde Steger in de I. K. had liever een vrijstelling zonder meer gezien omdat een vrijstelling voor werkelijk gewetensbezwaarden niet het ontstaan van meer bezwaarden in de hand zou werken. P. Scholten, I.c. I p. 29 ziet als de ratio voor de verlengde contra-prestatie de opheffing der ongelijkheid en de toetsing van de echtheid der bezwaren. Het aanhangig wetsontwerp gewetensbezwaren militaire dienst stelt t.a.v. het onderwerp, hetwelk ons bezighoudt, geen wezenlijk nieuwe wijzigingen voor. Behalve dat er enige wijzigingen worden voorgesteld t.a.v. de contra-prestatie bevat het ontwerp voornamelijk bepalingen, omtrent het tuchtrecht m.b.t. de vrijgestellten en een aanmerkelijke verscherping van de strafbepalingen bij het niet of niet behoorlijk nakomen van de contra-prestatie; bovendien wordt ter legalisering van een in de praktijk reeds gevolgde methode bepaald, dat bij een vervolging wegens militaire ongehoorzaamheid van een bezwaarde, wiens bezwaren niet zijn erkend, de militaire rechter, indien hij daartoe termen aanwezig acht, de Minister kan verzoeken, een nieuwe beslissing te nemen. Volledigheidshalve zij nog gewezen op de Vleeskeuringswet van 25-7-1919, S. 524, art. 18, jo A.M.v.B. van 5-6-1920, S. 235, par. 3, artt. 7 en 10, waarbij in de norm, die een bepaalde slachtmethode verbiedt, ten behoeve van Israclieten wordt gedispenseerd onder het gelijktijdig opleggen van andere normen.

strafbaar gesteld met een vrijheidsstraf en met de mogelijkheid van plaatsing in een R.W.I.

Ziedaar het overzicht van de regelingen, waarin de overheid via dispensatie het conflict tussen wet en geweten heeft opgelost. Zij is daarbij enerzijds zeer omzichtig, anderzijds gaat zij zover, als haar taak in ieder concreet geval toelaat. Voor een voorstel om op dit punt de wetgeving aan te vullen of te wijzigen zien wij geen grond³². Steeds als zich tegen een bepaalde regeling gewetensbezwaren in een bepaalde omvang voordoen, heeft de wetgever voorzichtig na te gaan of hij dispensatie kan verlenen. De vroeger aangegeven beginselen moeten hier leidraad zijn.

C. DE HANDHAVING VAN DE NORM T.O. VAN DE GEWETENSBEZWAARDEN.

Acht het gezag zich niet gerechtigd aan het gewetensbezwaar door terzijdestelling van de norm tegemoet te komen en blijft dus de norm in het rechtsbestel opgenomen, welke behoort dan de houding te zijn van het gezag tegenover de bezwaarde, die op grond van zijn gewetensoordeel de norm overtreedt? Voor de overheid, die haar oordeel omtrent de zedelijkheid van haar norm aan de handhaving der rechtsorde ten grondslag legt, is zulk een overtreding een onrechtmatig gedrag. Als belangrijke consequentie vloeit hieruit voort, dat het gewetensbezwaar nooit als een rechtvaardigingsgrond kan worden erkend. Terecht wordt daarom dit bezwaar als een noodtoestand afgewezen³³. Zowel rechtspraak als auteurs motiveren

³² Wij menen, dat het niet in de bedoeling der vraagstelling ligt na te gaan, of een bestaande wetgeving op onderdelen verbetering behoeft. Voor de D.W.W. zie men vooral van den Bosch l.c., die o.a. de beslissing omtrent de vrijstelling aan de mil. rechter wil opdragen om zo conflicten tussen administratie en rechter te vermijden. Zo gaan wij ook voorbij aan de vraag, of het wenselijk is art. 149 Sr. te behouden of te wijzigen.

³³ Geen noodtoestand Jonkers l.c. p. 79; Noyon-Langemeijer l.c. dl. 1, aant. 8 op art. 40; conclusie vóór H.R. 27-1-1953 nr. 225. Volgens Van Bemmelen l.c. kan het gewetensbezwaar wel een rechtvaardiging vormen. Een noodtoestand kan het gewetensbezwaar reeds daarom niet opleveren, omdat bij noodtoestand de algemene gelding van de norm wordt aanvaard en alleen bepaalde objectief aanwezige uitzonderingssituaties de gelding van de norm voor die situaties opheffen.

deze afwijzing nog al eens met de overweging, dat hier geen rechtsplichten tegenover rechtsplichten of rechtsbevoegdheden staan, doch alleen rechtsplichten tegenover louter morele plichten en bevoegdheden. Met deze motivering, die uitgaat van de scheiding tussen moraal en recht, kunnen wij niet instemmen. De juiste weerlegging is, dat tegenover de objectieve plicht om de norm na te leven geen objectieve plicht of bevoegdheid staat om van de norm af te wijken. Er is alleen een subjectief dwalend oordeel dat er een plicht of bevoegdheid tot een afwijkend gedrag bestaat. Welke consequenties daaraan ook mogen verbonden zijn, zeker niet het rechtsgevolg, dat het afwijkend gedrag wordt gerechtvaardigd. In hoever is het gezag in zulk een situatie gerechtigd het handhavingssysteem der rechtsorde in werking te stellen? Daarbij dient scherp onderscheid te worden gemaakt tussen de twee vroeger beschreven typen van rechtshandhaving.

Er is vooreerst de handhaving, die alleen bedoelt om met feitelijke macht die toestand te verwerkelijken, die eigenlijk zou moeten optreden, als de norm vrijwillig werd nageleefd. Onder deze handhaving valt de afdwingbaarheid zoals wij die in het civiele of administratieve recht (b.v. politie-dwang) kennen alsmede het uitoefenen van alle vormen van publieke en private noodweer. Bij deze handhaving gaat het niet over een sanctie op een schuldig gedrag als zodanig, maar over het realiseren van het effect van het voorgeschreven gedrag. Deze handhaving veronderstelt voor haar rechtvaardiging dan ook niet het schuldvereiste, doch alleen de objectieve ongeordendheid van het gedrag, waartegen met feitelijke dwang wordt gereageerd. In beginsel belet niets deze handhaving toe te passen op de gewetensbezwaarde, omdat de onrechtmatigheid door het gewetensbezwaar niet aan het gedrag wordt ontnomen. Als b.v. de gewetensbezwaarde niet aan zijn contractuele verplichtingen meent te kunnen voldoen, als hij meent in geweten geen belasting te mogen betalen, als hij meent op grond van zijn geweten rechten van anderen of de publieke orde te moeten aantasten, dan kan geheel het handhavingssysteem, voor zover het niet de individuele schuld tot grondslag heeft, in werking treden. Tot deze vorm van handhaving moet ook worden gerekend de toepassing van een deel van het maatregelen-

recht in ons strafrecht, hetwelk als een soort noodweer op de gevaarlijkheid en dus op de dreiging van een toekomstige verstoring der orde berust. Een terbeschikkingstelling b.v. van een gewetensbezwaarde kan in beginsel verantwoord zijn. A fortiori zijn in beginsel toelaatbaar die ingrepen op de gewetensbezwaarde, die ter wille van het publiek belang op iemand kunnen worden toegepast zelfs onafhankelijk van het feit, dat er een onrechtmatig gedrag is gesteld. Dit zijn al die aantastingen, waarvan onze wet de rechtvaardiging formeel opvangt in het wettelijk voorschrift of in het ambtelijk bevel, doch die in wezen worden gerechtvaardigd door een publieke noodtoestand. Ook deze ingrepen zou men onder het begrip handhaving der rechtsorde in ruime zin kunnen rangschikken. Zo zou het onder omstandigheden gerechtvaardigd kunnen zijn een gewetensbezwaarde van zijn vrijheid te beroven, nu niet op grond van zijn persoonlijke gevaarlijkheid, doch op grond van generaal-preventieve overwegingen. Het hier betoogde kan in één enkele stelregel worden omschreven: iedere handhaving, die ter rechtvaardiging niet van de persoonlijke schuld als grondslag uitgaat, is in beginsel ook tegenover de gewetensbezwaarde geoorloofd. Daaruit volgt, dat aan de handhaving der rechtsorde, voor zover zij gericht is op loutere veiligstelling van private en publieke belangen en rechten, door het gewetensbezwaaar geen afzonderlijke grens wordt gesteld. Dit handhavingssysteem blijft ook tegenover de gewetensbezwaarde onverkort gelden.

Geheel andere overwegingen gelden echter bij de handhaving, die bestaat in de toepassing van het strafrecht. Daarbij gaat het om een sanctie op het schuldig gedrag als zodanig. Wij gaan daarbij uit van het karakter van ons strafrecht als een schuldstrafrecht; daaraan ligt een individuele verwijtbaarheid van het gedrag ten grondslag. Zulk een schuldstrafrecht lijkt zonder een vindictief element ondenkbaar. Men kan daarbij nog abstractie maken van de vraag, of de rechtvaardiging der straf geheel in het vindictieve element opgaat. Doch zelfs als men voor deze rechtvaardiging daarnaast nog andere momenten als beveliging, afschrikking, verbetering of het bevorderen van het zedelijk leven in de samenleving meent te moeten aanvaarden, dan blijft toch staan, dat men ter

bereiking van deze doelstellingen bij het strafrecht een middel toepast, hetwelk zijn eigen eisen stelt, m.n. de eis van schuld, waarmede het vindictief karakter van ieder wezenlijk strafrecht vaststaat. Voor wie ons betoog volgde, is het duidelijk, dat de schuld, waarvan daar sprake is, een schuld is van zedelijke aard. Het werkelijk strafvonnis houdt daarom ook een zedelijk verwijt in.

De opvatting, die men dienaangaande houdt, bepaalt ook het antwoord op de vraag, of met het strafrecht tegen de gewetensbezwaarde kan worden opgetreden. In onze visie is dit afhankelijk van de vraag, of hij zedelijke schuld mist. Nu dient men voor ogen te houden, dat het strafrecht werkt met een meerzinnig schuldbegrip. Dit begrip wordt vooreerst gebruikt in de zin van toerekenbaarheid. De schuld in deze vorm is bij de gewetensbezwaarde als zodanig niet afwezig. Hij doet zijn keuze juist na rustig en bezonnen overleg. Voor wie de straffeloosheid der psychische overmacht ziet in het ontbreken der toerekenbaarheid, betekent dit, dat de gewetensbezwaarde niet wegens overmacht vrijuit gaat. Ditzelfde geldt ook, als men de eigenlijke ratio van de disculpatie bij psychische overmacht zoekt in een vermindering der vrijheid door de dreiging van buitenaf, die de verkeerde keuze vergefelijk doet zijn, omdat de vrijheid is verminderd en de juiste keuze een heldhaftigheid zou vragen, die het recht in het algemeen niet kan eisen. Geen van al deze kenmerken treft men aan bij de gewetensbezwaarde. Bij hem in het algemeen geen dreiging van buitenaf, geen overrompeld en in verwarring gebracht zijn van het innerlijk door het gewetensbezwaar. Terecht oordelen rechtspraak en auteurs, dat hier geen psychische overmacht aanwezig is³⁴.

Doch naast de schuld als toerekenbaarheid staat de schuld als een vorm van kennen of behoren te kennen van bepaalde aspecten van het gedrag. Wij gaan hier voorbij aan de vraag, welke schuldvorm in dit verband

³⁴ Aldus v. Hamel l.c. p. 245; Van Hattum l.c. p. 354; Hazewinkel-Suringa l.c. I p. 148 e.v. (na zorgvuldig wikken kiezen zij zelf, zij leven zich uit, zij handelen in volle overtuiging); eveneens l.c. IV p. 146 e.v. en l.c. V p. 165-166; Jonkers l.c. p. 83. Noyon/Lange-meijer l.c. dl. I aant. 8 op art. 40 p. 256 zegt, dat er overmacht in enge zin kan zijn, wanneer men zich bij een redelijk mens een overweldigende drang van het gewetensbezwaar kan voorstellen.

voor het strafrecht moet worden geëist, de opzet of de culpa. Wat de vraag betreft, welke schuld m.b.t. het ongeordende van het gedrag is vereist is voor hem, die van mening is dat het strafrecht zedelijke schuld vergeldt, slechts één antwoord mogelijk: het strafrecht eist schuld m.b.t. het zedelijk onjuiste van het gedrag. Niet voldoende is de wetenschap of het behoren te weten, dat het gedrag door de positieve rechtsorde verboden is. Evenals voor het aanvaarden van schuld voldoende is de schuld t.a.v. het zedelijk ongeoorloofde, het zonder meer „niet mogen” van het gedrag³⁵, evenzeer wordt de schuld uitgesloten bij het niet weten of niet behoren te weten van het zedelijk onjuiste karakter van het gedrag. Waar iedere zedelijke schuld afwezig is, behoort derhalve het strafrecht te wijken. Het zou een zedelijk onjuiste daad zijn een strafrecht, waarvan men het zedelijk karakter aanvaardt, toe te passen, waar men zedelijke schuld afwezig acht.

Mist nu de gewetensbezwaarde zedelijke schuld? Als men met een oprecht gewetensbezwaar te doen heeft, ongetwijfeld. Immers een gewetensbezwaar bestaat juist daarin, dat men het door de rechtsorde verlangde gedrag zedelijk onjuist acht. De gewetensbezwaarde leeft de norm niet na, omdat hij zedelijk goed wil leven. Daarmede is echter geenszins gezegd, dat ieder oordeel van het geweten op het moment van het gedrag zonder meer zedelijke schuldeloosheid meebrengt. Dit is alleen dan het geval, indien dit oordeel werkelijk oprecht, d.i. te goeder trouw is gevormd en dus de gewetensbezwaarde m.b.t. de gewetensvorming zelve geen verwijt kan worden gemaakt. Is zulks wel het geval, is er een zedelijk verwijtbare tekortkoming bij de gewetensvorming zelve, heeft men zich met schuldige verblinding afgesloten voor een zuivere gewetensvorming, heeft men zijn afwijkend oordeel niet met alle voorzichtigheid, die van de betrokkene kon worden verlangd, aan het toch zo voor alle rechtsgenoten veelzeggend oordeel van anderen getoetst, dan is er een zede-

³⁵ In onze rede noot 8 gaven wij de auteurs er de rechtspraak aan, die voor schuld aan de onrechtmatigheid voldoende achten schuld aan ongeoorloofdheid in het algemeen of aan het zedelijk ongeoorloofde. Men zie nog Gewin l.c. p. 45, zie ook Smidt l.c. dl. I p. 77 en 385, waar in verband met de ontoerekenbaarheid wordt gesproken over het juiste inzicht in hetgeen goed of kwaad is, geoorloofd of ongeoorloofd, recht of onrecht.

lijke schuld aan de onjuiste gewetensvorming. Dan is er een culpa in causa, die ook doorwerkt tot in het gedrag, dat uit deze schuldige oordeelsvorming voorkomt³⁶. In vele gevallen zal ook de bezwaarde moeten hebben beseft, dat het in een fatsoenlijke rechtsorde die zich op zedelijke grondslag stelt, gezien de waarborgen, waarmee de rechtsvorming omringd is zeer waarschijnlijk is, dat het gelijk m.b.t. het oordeel over het zedelijk goede van een regeling aan de kant van het gezag ligt³⁷. Een vastheid van een afwijkende mening op het moment der daad zelf, zoals men die b.v. bij een aantal politieke delinquenten aantrof, geeft nog geen garantie voor de schuldeloosheid van het dwalend geweten. Hier liggen vraagstukken, die niet specifiek zijn voor het gewetensbezwaar, doch die zich voordoen overal, waar kennis of behoren te kennen van bepaalde aspecten van het gedrag wordt verlangd. Hier

³⁶ Over de verwijtbaarheid van een foutief oordeel waarbij men schuld heeft aan de foute oordeelsvorming zie men N.J. 1949 nr. 157 en 540; 1950 nr. 5, 10, 680; cfr. A.G. vóór H.R. 26-6-1916, p. 703, W. 9955; ktg. Utrecht 4-11-1934, p. 142 (gewetensbezwaar daar genoemd eigendunkelijke weigering); B.R.v.C. 17-6-1946 Na oorl. Rspr. 17-6-1946 nr. 395 (schuldige eigengereidheid); Bijz. Hof Haag 25-7-1946, Na-oorl. Rspr. nr. 441; B.R.v.C. 25-10-1948 nr. 750 (hoogmoedig vertrouwen in eigen intelligentie en zelfgenoegzaam zedelijk oordeel, hetwelk had verblind); Krijgsr. Zeemacht, Oost-Indië, 5-1-1948, 1949, nr. 168 en H.M.G. 2-4-1948, 1949, 147 (eigenaardige lust tot kritiek); H.R. 18-3-1952 nr. 314 en 315 (zelfzuchtige onwetendheid). Zie nog Hazelhoff-Polenaar-Heemskerk l.c. dl. I p. 113 (zich zelf diets maken, dat iets zedelijk geoorloofd is); Langemeijer l.c. IV p. 492 spreekt over de misdadige onwetendheid; ook l.c. VII p. 50; Kleene l.c. p. 123; Noyon/Langemeijer l.c. dl. I aant. III op pag. 22 (spreekt over de zelfzuchtige onwetendheid en een onverschilligheid tegenover de rechtsorde, die ook tot schuldverwijt zal leiden).

³⁷ Dat men niet spoedig zijn eigen zedelijk oordeel voor moet laten gaan cfr. Hooykaas l.c. II; Ledeboer l.c. (de rechtsorde biedt de meeste garantie voor een zedelijk juist oordeel); Langemeijer l.c. II p. 375 e.v. l.c. V, l.c. VI p. 247 e.v. p. 252 v. en passim. en l.c. VII, vooral p. 50. Wel mag hier niet worden voorbijgegaan aan het feit, dat voor hem, die van openbaringsgegevens uitgaat, een belangrijke waarborg voor de juistheid van het gezagsoordeel komt te vervallen, naar mate de overheid deze openbaringsgegevens niet meer als grondslag voor de rechtsvorming aanvaardt. Momenteel geeft dit zeker grote verschillen tussen het oordeel van het overheidsgezag en dat van grote groepen burgers omtrent het zedelijk juiste van bepaalde rechtsregelingen. Deze verschillen betreffen echter in onze rechtsorde slechts bij uitzondering de zedelijke geoorloofdheid van de daden, die de rechtsorde voorschrijft.

ligt zeker een delicate opdracht voor hem die berechten moet en de oprechtheid van het gewetensbezwaar moet toetsen, doch deze delicate kant van de berechtingstaak doet zich ook buiten de beoordeling van het gewetensbezwaar voor. Dit alles neemt echter niet weg dat een oprecht dwalend geweten wel degelijk denkbaar is. De stelling, dat het hebben van een van het gezag afwijkend oordeel omtrent het zedelijk karakter van een bepaald gedrag noodzakelijk een zedelijk verwijt m.b.t. de oordeelsvorming zou inhouden, onderschrijft welhaast niemand. Zulks zou trouwens betekenen, dat men de overheid met een absoluut leergezag bekleedt, hetwelk dan nog voor een ieder kenbaar is, waarvoor geen enkele titel is aan te wijzen. Het is in dit verband veelzeggend dat, waar rechtspraak en schrijvers het gewetensbezwaar als disculpatie afwijzen, dit nooit in duidelijke bewoordingen geschiedt op deze grond, dat de dader een zedelijke tekortkoming bij de gewetensvorming kon worden verweten. Integendeel, een aantal vonnissen en schrijvers gaan bij de afwijzing uitdrukkelijk uit van de veronderstelling, dat morele schuld bij de dader afwezig is.

In de praktijk heeft zich in dit verband nog de vraag voorgedaan, of schuld aan de bezwaarde kon worden verweten indien hij zonder zijn geweten geweld aan te doen, zij het met grote offers, een situatie had kunnen voorkomen, waarin zich het gewetensconflict voordeed. Als de wettelijke regeling voorschrijft geen rundvee te houden zonder aangesloten te zijn bij een gezondheidsdienst en men heeft dan gewetensbezwaar tegen deze aansluiting, is men dan verplicht, zo lang althans het geweten niet gebiedt rundvee te houden, geen rundvee te houden om niet in een conflictssituatie te geraten? De eerbied voor de rechtsorde als geheel legt zeker de zedelijke plicht op hier heel ver te gaan³⁸. Het lijkt echter te ver om zulk een houding onvoorwaardelijk te verlangen, ongeacht de hoe grootheid der te brengen offers. Het lijkt voorzichtig hier ieder concreet geval op zijn eigen mérites te toetsen. Heeft men zich niettegenstaande de tegenovergestelde zedelijke plicht toch in de conflictsituatie

³⁸ Bronkhorst l.c. p. 237 nt. 1: Het beroep wordt al veel zwakker als de bezwaarde geen koeien had behoeven te houden.

gebracht, dan is er zedelijke schuld, die niet betrekking heeft op de vorming van het geweten, doch op het gedrag dat voortvloeit uit het schuldig niet vermijden van de conflictsituatie. Van een oprecht gewetensbezwaar zou ik slechts willen spreken, als aan twee voorwaarden is voldaan: 1. dat de bezwaarde geen verwijt treft m.b.t. zijn gewetensvorming; 2. dat hem ook geen verwijt treft met betrekking tot het geraken in een conflictsituatie, m.a.w. indien hij alles heeft gedaan, wat redelijkerwijze van hem te vergen was om dit conflict niet te doen intreden. Onze conclusie is derhalve, dat bij een oprecht gewetensbezwaarde zedelijke schuld afwezig is en dat zulke gewetensbezwaren in het wezenlijke strafrecht een disculpatie behoren te vormen, omdat alsdan een der wezenlijke vereisten van het straffbare feit, n.l. de schuld m.b.t. de zedelijke ongeoorloofdheid van het feit ontbreekt. Dat de bewijslast van dit excuus, gelijk bij alle disculpatiegronden, op de verdachte rust, is vanzelfsprekend.

In het voorgaande werd enkele malen gesproken van „wezenlijk strafrecht”. Welke beperking is hiermede bedoeld? Het wil ons voorkomen, dat men onder het begrip „strafrecht” verschijnselen brengt, die toch wezenlijke verschillen vertonen. Er is een stuk strafrecht waarbij men, hoewel men daar ook het schuldvereiste stelt, van een vindictief karakter niet of nauwelijks kan spreken. Zo zijn er ook strafnormen, waarvan de zin niet op de eerste plaats is de mens zedelijk goed te maken, maar waarbij het vrijwel uitsluitend aankomt op het effect van het gedrag, op een zekere uitwendige orde. Wij bedoelen hier vooral het gehele gebied der overtredingen. Er zijn ook positiefrechtelijke verschillen tussen misdrijven en overtredingen, die erop duiden, dat men bij overtredingen eigenlijk met geheel iets anders te doen heeft dan bij misdrijven: 1. terwijl het bij misdrijven een essentieel verschil uitmaakt, of men het misdrijf opzettelijk dan wel culpoos pleegt, is dit verschil voor de overtreding in beginsel irrelevant; 2. de mogelijkheid van schikking is er bij overtredingen wel en in het algemeen bij misdrijven niet; het rechtsgevoel, hetwelk de transactie bij overtredingen geredelijk aanvaardt, zou afwijzend staan tegenover schikking bij werkelijke misdrijven; 3. de poging wordt bij overtredingen straffeloos gelaten. Het schuldvereiste heeft

dan ook bij overtredingen een andere zin dan bij misdrijven; daaraan ontbreekt het zedelijk karakter. Op dezelfde grond ontbreekt ook aan de straf voor overtredingen het zedelijk verwijt, hetwelk aan het strafvonnis wegens misdrijven inhaerent is. Voor onze vraagstelling betekent dit, dat wij in het overtredingsstrafrecht niet een vergelding zien voor zedelijke schuld en dat wij dan ook geen principiële bedenking zouden koesteren tegen de toepassing van dit strafrecht op gewetensbezwaarden³⁹. Iets soortgelijks doet zich voor bij de bijkomende straffen. Analyseert men aard en functie dezer straffen, dan blijkt, dat men hier in wezen met maatregelen heeft te doen die niet willen vergelden, doch beveiligen of verbeteren. Op goede gronden kan men betwijfelen, of aan deze instituten wel terecht de naam „straf” is gegeven en of men niet veel beter zou doen daar van maatregelen te spreken⁴⁰. Ontzegt men aan de bijkomende straffen het karakter van vergelding van zedelijke schuld, dan is er wederom geen principieel bezwaar, indien dit overigens gerechtvaardigd is, deze straffen op de gewetensbezwaarden toe te passen. Voor zover de praktische handhaving der rechtsorde zulk een toepassing zou vereisen, verzet zich daartegen in onze opvatting het feit dat thans de oplegging van een bijkomende straf alleen mogelijk is naast de oplegging van een hoofdstraf, d.w. dus zeggen, nadat de schuld van verdachte is vastgesteld.

Beperken wij ons thans weer tot de toepassing van het wezenlijk strafrecht, dan kwamen wij tot de conclusie dat, waar enerzijds dit strafrecht inhoudt vergelding van zedelijke schuld en anderzijds de oprechte gewetensbezwaarde zedelijke schuld mist, dit gewetensbezwaar als schuldsluitingsgrond dient te worden aanvaard. Er lijken prin-

³⁹ Men zie hierover Langemeijer l.c. I p. 265 e.v. en Noyon/Langemeijer l.c. dl. I aant. 2 op pag. 47. Bij dit alles wordt niet ontkend, dat een algemene onverschilligheid tegenover de normen, die overtredingen verbieden, niet zedelijk laakbaar zou zijn. Wij hebben ook aarzelingen m.b.t. het vindictief karakter van het economisch strafrecht. Ook daar kent men de transactie, terwijl ook de strafbaarheid van rechtspersonen de vraag doet rijzen, of bij een rechtspersoon wel zedelijke schuld aanwezig kan zijn. Het economisch strafrecht maakt de indruk, dat daarbij de veiligstelling van bepaalde belangen op de voorgrond staat.

⁴⁰ Over het maatregelenkarakter van de bijkomende straffen zie Hazewinkel-Suringa l.c. V p. 410-411.

cipieel slechts twee constructies denkbaar, waarop men het gewetensbezwaar als disculpatie zou kunnen afwijzen. De eerste is de constructie, waarbij men de zedelijke en de rechtsorde en dus ook de zedelijke en juridische schuld als twee gescheiden grootheden ziet, die met elkaar geen innerlijk verband hebben. In het voorafgaande werd genoegzaam benadrukt dat wij deze constructie, die een onbegrijpelijke heteronomie en een fundamentele gespletenheid in de menselijke doelstellingen veronderstelt, onaanvaardbaar achten. Zulk een constructie zou bovendien in wezen betekenen, dat de rechtsorde een rechtsregel zou bevatten die categorisch zou verbieden bij conflict het gewetensoordeel te volgen. Wij kunnen ons nauwelijks een rechtsorde voorstellen, die zulk een rechtsregel voor zijn rekening zou durven nemen. De tweede constructie is deze, dat men voor de strafbaarheid wel zedelijke schuld eist, doch deze bij iedere gewetensvorming in afwijking van het gezag aanwezig acht. Ook deze constructie werd in het voorafgaande reeds afgewezen.

Thans dient te worden onderzocht, of de Nederlandse rechtsorde zich tegen aanvaarding van het gewetensbezwaar als disculpatie verzet. Drie argumenten lijken aangevoerd te kunnen worden voor de stelling, dat ons rechtssysteem deze disculpatie niet toelaat. Het eerste is ontleend aan de parlementaire geschiedenis van ons W.v.S. Bij de vraag n.l., of bij misdrijven onder opzet boos opzet moest worden verstaan, werd in de M.v.T. geantwoord, dat een onderzoek naar het boze, slechte, zedelijk kwade van het opzet uitsluitend van belang was voor de waardering van de motieven der daad, die echter alleen van invloed mocht zijn op de mate van strafbaarheid, niet voor de vraag of er een misdrijf is gepleegd; en dan vervolgt de M.v.T. letterlijk: „de strafbaarheid der daad afhankelijk te stellen van hare zedelijke waarde of onwaarde volgens des daders opvatting, berust – om met Kemper te spreken – op een verwarring van zedekundige en regtsgeleerde begrippen. De strafwet verliest op die wijze alle objectiviteit, hare toepassing wordt afhankelijk van de min of meer juiste zedelijke en verstandelijke inzichten en waarderingsen harer overtreders en de regter oefent gratie voor regt”⁴¹. Dit lijkt duidelijke taal; zij is

⁴¹ Cfr. M.v.T. Smidt l.c. dl. I p. 77.

het echter allerm minst. Er heerst in de gehele M.v.T. een kennelijk niet uiteenhouden van de vraag, op welke elementen het opzet moet zijn gericht, en de geheel andere vraag, wie de aanwezigheid van het opzet op bepaalde elementen moet bewijzen, c.q. of tegenbewijs moet worden toegelaten. Dat de wetgever boos opzet wel nodig achtte, blijkt al uit het feit, dat hij tot opzettelijke misdrijven heeft willen bestempelen, handelingen, van welke het ieder normaal ontwikkeld mens duidelijk moest zijn, dat zij in strijd zijn met de zedelijke en maatschappelijke orde, terwijl de wetgever tevens van oordeel was, dat het boze, slechte, zedelijk kwade van het opzet bij de meeste misdrijven (moord, diefstal en verkrachting enz.) in het opzet zelve was begrepen. Men kan uit de M.v.T. alleen halen, dat het tegenbewijs, dat men het onzedelijk karakter van zijn gedrag niet kende, niet toelaatbaar was. Dit oordeel had de minister overigens niet alleen m.b.t. de zedelijke onjuistheid, doch ook m.b.t. de onrechtmatigheid van het gedrag in enge zin en ten aanzien van de feitelijke elementen bij overtredingen⁴². Zulk een opvatting behoeft echter een verdere ontwikkeling der schuldleer niet in de weg te staan en de H.R. heeft in de parlementaire historie nooit een beletsel gezien voor zulk een verdere ontwikkeling⁴³. Het wetshistorisch argument lijkt dus geenszins afdoende om een wettelijk verbod aan te nemen tot het aanvaarden van het gewetensbezwaar als disculpatie.

Een tweede positiefrechtelijk argument kwam reeds ter sprake n.l. het verbod hetwelk art. 11 A.B. aan de rechter oplegt om de innerlijke waarde of billijkheid van de wet te beoordelen. Deze bepaling zou a fortiori zulk een verbod inhouden voor de iustitiabele. Het is reeds betoogd, dat zulk een conclusie een verwarring inhoudt van de betekenis van het rechterlijk oordeel en van dat van de burger. Een rechterlijk oordeel is een oordeel van het gezag, waardoor wordt vastgelegd de „objectieve” inhoud van de rechtsorde, dat ook door het gehele machtsapparaat der rechtsorde wordt gehandhaafd. Geen wereldlijk overheidsgezag kan een mens het recht ontzeggen zijn gedrag aan zijn geweten te toetsen, ook niet aan de mens,

⁴² Cfr. Smidt l.c. dl. I p. 69 en 78 en III p. 175.

⁴³ Men zie de bekende schuldarresten H.R. 14-2-1916, p. 681, W. 9959; 25-2-1929 p. 1500, W. 11971.

die zelf gezagsdrager is. Doch het gezag is wel bevoegd het individu te verbieden het gewetensoordeel dat van het rechtsvormend gezag afwijkt, tot een gezagsoordeel te maken. De toetsing echter door de burger van zijn gedrag aan zijn geweten heeft geenszins de betekenis, dat de uitslag van die toetsing de objectieve inhoud der rechtsorde bepaalt. De rechtsorde houdt staande, dat dit gewetensoordeel dwalend is, terwijl zij ieder gezagsoordeel, het welk zij toelaat, uiteraard voor juist moet houden. Nogmaals, of onze rechtsorde er verstandig aan doet de toetsingsmogelijkheid van de rechter te binden aan de grenzen, die zij thans stelt, is een totaal andere vraag. Waar het hier alleen op aan komt, is dit, dat dit toetsingsverbod voor een bepaald gezagsorgaan, in geen enkel opzicht een positiefrechtelijk verbod inhoudt voor de burger zijn gedrag aan zijn geweten te toetsen. Men kan echter deze objectie nog op andere wijze urgeren door te betogen, dat art. 11 A.B. aan de rechter tevens de bevoegdheid ontzegt het gewetensbezwaar als excuus te aanvaarden. Ook zulks volgt echter geenszins. Art. 11 verbiedt de rechter alleen het oordeel uit te spreken: „De wet is onbillijk of innerlijk van onwaarde”. Zulk een oordeel ligt echter allerm minst opgesloten in de uitspraak, dat bij de gewetensbezwaarden het schuldvereiste ontbreekt. Integendeel, juist omdat het daarbij over de schuldvraag gaat, impliceert zulk een uitspraak dat de rechter van de objectieve onrechtmatigheid van het gedrag dus, van de dwaling van het geweten, uitgaat⁴⁴. Juist omdat hij daarbij van de onrechtmatigheid uitgaat, spreekt hij met even zovele woorden uit het objectieve ongelijk van de gewetensbezwaarde en dus de zedelijke juistheid van de wet.

Het belangrijkste positiefrechtelijke argument tegen het aanvaarden van het gewetensbezwaar komt hierop neer, dat de wetgever, waar hij zulks toelaatbaar achtte, een uitwijk voor het gewetensbezwaar heeft geschapen door een dispensatiemogelijkheid, dus door terzijde stelling van de norm. Waar mogelijk heeft de wetgever in de wetgeving zelf een oplossing gezocht voor het gewetensconflict. Dit wettelijk stelsel zou wijzen op de kennelijke

⁴⁴ Dat de rechter moet uitgaan van een dwalend geweten cfr. Pompe l.c. I Bronkhorst l.c. p. 263 zegt dat de rechter niet kan en niet hoeft te oordelen, of het geweten dwaalt.

bedoeling van de wetgever een andere uitweg, m.n. het aanvaarden van het gewetensbezwaar als disculpatie, niet toe te staan en aan deze kennelijke bedoeling van de wetgever zou de rechter gebonden zijn. Wij menen, dat deze gevolgtrekking te ver gaat. Ook hier mag het wezenlijk onderscheid tussen dispensatie en het aanvaarden van een schulduitsluitingsgrond niet uit het oog worden verloren. Bij de dispensatie gaat de wetgever aldus te werk, dat hij ter gemoetkoming aan het gewetensbezwaar wijziging brengt in de objectieve inhoud der rechtsorde. Daarbij wordt het conflict ook op het objectieve vlak opgeheven. Deze methode om het conflict te vermijden is exclusief aan de wetgever voorbehouden; van een uitbreiding van deze uitlegmogelijkheid heeft de rechter zich angstvallig te onthouden. Het aanvaarden van het gewetensbezwaar als schulduitsluiting heeft echter een geheel ander karakter. Dit laat de objectieve orde, zoals die door het gezag is vastgesteld, onverlet. Wel kan worden toegegeven, dat bij het tot standkomen van bepaalde wetten, die een dispensatiemogelijkheid inhouden – men denke aan de D.W.W. – één der motieven van de wetgever voor de dispensatie was het vrijwaren van de bezwaarde voor bestraffing. Intussen is zulks niet het enige motief geweest. Het systeem om het gewetensbezwaar als schulduitsluitingsgrond te aanvaarden heeft men bij de D.V.W.wet niet gewild omdat dit systeem niet ver genoeg zou gaan en daarbij juist de plicht tot dienstvervulling zou blijven bestaan. Derhalve koos men de weg der dispensatie en men heeft een andere verplichting, n.l. de vervangende staatsdienst, in de plaats gesteld in de veronderstelling, dat de vrijgestelden daartegen geen bezwaar zouden hebben. Met meer grond kan worden volgehouden, dat bij diverse dispensatieregelingen de wetgever is uitgegaan van de destijds feitelijk heersende rechtspraak, dat het gewetensbezwaar niet disculpeerde. Het is heel goed mogelijk, dat, indien de rechtspraak op dit punt anders zou zijn geweest, de dispensatieregeling een andere vorm zou hebben gekregen of in een enkel geval geheel achterwege ware gebleven. Dit feitelijk uitgaan door de wetgever van een bestaande jurisprudentie wettigt echter niet zonder meer de conclusie, dat met het invoeren van bepaalde dispensatie-regelingen de wetgever tevens een volstrekt

verbod aan de rechter heeft willen formuleren om nu ook in de toekomst met het gewetensbezwaar in het kader van het schuldvereiste rekening te houden. Zulk een verbod gaat zover, dat men het alleen dan als een verbod der rechtsorde zou kunnen aanvaarden, als zulks dwingend uit het rechtstelsel zou volgen, hetgeen o.i. niet het geval is. Hoe zulk een verbod ingaat tegen de diepste overtuiging van vele rechters, blijkt wel uit die uitspraken, waarin de rechter, menend, dat hij het gewetensbezwaar niet als excuus mocht aanvaarden, niettemin zodanige straf oplegde, dat daarin in feite een aanvaarding van het gewetensbezwaar als excuus lag opgesloten⁴⁵.

In deze beschouwingen ligt voor ons ook het antwoord besloten op de vraag of men, al laat men in beginsel aanvaarding van het gewetensbezwaar als subjectieve disculpatie toe, niettemin de rechter voor de vraag, „of” er gewetensbezwaren zijn, bindt aan het oordeel van het administratieve orgaan, dat hierover in het kader der dispensatie een oordeel heeft uitgesproken⁴⁶. Waar het bij de dispensatie over geheel iets anders gaat dan bij een schulduitsluitingsgrond, zouden wij deze vraag ontkennend beantwoorden. Tenzij de wetgever uitdrukkelijk anders zou oordelen, mag men de strafrechter niet aan het oordeel van de administratie binden, tenzij deze over precies dezelfde zaken, naar precies dezelfde criteria en met precies dezelfde doelstelling heeft te oordelen als de strafrechter, en zelfs dan nog alleen als de administratie niet kennelijk onredelijk oordeelt. Deze situatie doet zich echter hier niet voor. De dispensatie heeft een wezenlijk andere functie dan het aanvaarden van een schulduitsluitingsgrond. Een oordeel, of een gewetensbezwaarde al dan niet voor vrijstelling van de norm in aanmerking komt, is een ander oordeel dan het oordeel, of het gewetensbezwaar al dan niet een schulduitsluitingsgrond vormt.

Wij menen dus te mogen concluderen, dat het positieve

⁴⁵ Cfr. Van den Bosch l.c.

⁴⁶ Voor de uitspraken, waarbij de militaire rechter, al ontkende hij in de bewoordingen van zijn vonnis zijn eigen beoordelingsbevoegdheid ten deze, toch in feite zelfstandig het aanwezig zijn van gewetensbezwaren onderzocht, zie van den Bosch l.c. Geheel anders is de kwestie of daar, waar de administratie oordeelt over het aanwezig zijn van werkelijke rechtvaardigingsgronden, de rechter aan het oordeel van de administratie gebonden is.

recht niet dwingt tot de stelling, dat het gewetensbezwaar niet als schulditsluitingsgrond kan worden aanvaard.

Hoe denken de auteurs over het gewetensbezwaar als excuus? Men vindt het vraagstuk vrijwel uitsluitend besproken bij het leerstuk der overmacht en niet bij de schuldleer. De meeste auteurs staan afwijzend; de aangevoerde argumenten echter zijn onderling verschillend en zeer heterogeen van aard. Wij willen de voornaamste contra-argumenten kort aanduiden. Van geheel eigen karakter is het argument, dat het de kracht van een mens te boven gaat over het geweten van een ander te oordelen⁴⁷. Hij, die de mogelijkheid van verlossing en vergeving aanvaardt, zal met deze stelling kunnen instemmen, voor zover het gaat over de beoordeling van het geweten op het moment van de berechting, daar vergeving en verlossing het geweten kunnen hebben bevrijd van schuld. Doch bij de berechting gaat het over een oordeel over het geweten ten tijde van het gedrag. Hoe delicaat de opdracht om te berechten dan ook moge zijn, een beoordeling van het geweten, voor zover dit in uitwendige daden gestalte heeft gekregen, lijkt ons niet alleen principieel mogelijk, zij lijkt inhacrent aan het strafrecht; voor wie het strafrecht ziet als verbonden met de zedelijke schuld, zou aanvaarden van de onmogelijkheid om het geweten te beoordelen tevens betekenen, dat de mens zich van iedere wezenlijke strafrechtelijke berechting zou hebben te onthouden. Wij kunnen ons geen rechter voorstellen, die een zware straf oplegt, waarbij hij in beginsel abstractie zou maken van de vraag, of de veroordeelde zijn gedrag al dan niet met een rein geweten heeft gesteld⁴⁸. Aanvaardt men dit bezwaar, dan moet men ook

⁴⁷ Dit bezwaar sterk benadrukt door Pompe l.c. I (over gewetensbezwaren heeft geen medemens te oordelen; daarover oordeelt alleen het eigen geweten en God); zie ook l.c. II en l.c. III p. 140; (wel is z.i. het gewetensbezwaar van belang voor de motieven bij de straf-toemeting) en onder H.R. 10-11-1959, 1960 nr. 1. Pompe heeft naast dit bezwaar nog andere bezwaren. Dit bezwaar in zekere zin ook bij Remmeling l.c. p. 20. Volgens Scholten l.c. I p. 29 en l.c. II p. 33 kan een mens wel over het geweten oordelen, zij het met menselijke feilbaarheid.

⁴⁸ Iets anders is de vraag, of de pretentie om zedelijke schuld te vergelden niet een pretentie is, die alleen door verwijzing naar een opdracht van God kan worden gelegitimeerd.

aannemen, dat daar, waar de wet via dispensatie aan het gewetensbezwaar tegemoet komt, de overheid zich van iedere beoordeling omtrent de ernst van dit bezwaar zou hebben te onthouden. Ook voor de beoordeling van de strafmaat zou men dan aan de vraag van de al dan niet oprechtheid van het bezwaar geen betekenis mogen toekennen. Van theologische aard is de afwijzing van het gewetensbezwaar bij een dwalend geweten op grond van de opvatting dat de mens voor elke gewetensdwaling schuld draagt, omdat zij zou voortvloeien uit algemeen menselijke zonde en schuld⁴⁹. Reeds vroeger betoonden wij, waarom wij deze mening niet delen, voor zover zij een afzonderlijke schuld bij ieder menselijk defect aanneemt. Dat deze stelling eveneens onverenigbaar is met het wettelijk dispensatiestelsel, voor zover dit met oprechte, derhalve schuldloze gewetensbezwaren rekening houdt, zij terloops opgemerkt.

Naast deze argumenten, die een religieuze inslag hebben, vindt men bij de auteurs overwegingen, die de afwijzing gronden op een principiële scheiding van rechts- en zedelijke orde en dus van zedelijke en juridische schuld. Een aantal auteurs, die deze mening aanhangen, zeggen dan ook nadrukkelijk, dat zedelijke schuld bij de gewetensbezwaarde afwezig kan zijn⁵⁰. In het voorafgaande hebben wij getracht deze mening te weerleggen. Een andere groep grondt de afwijzing op de voor iedere rechtsorde onaanvaardbare gevolgen, die uit aanvaarding zouden voortvloeien. Een rechtsorde, aldus het argument, die toelaat, dat ieder individu gaat beoordelen, of de

⁴⁹ Aldus Remmelink l.c. p. 20.

⁵⁰ Het gewetensbezwaar wordt niet aanvaard wegens scheiding tussen rechts- en zedelijke orde door Beijens l.c. p. 31 e.v.; Duynstee in debat Hand. Ver. Wijsg. des Rechts 1924 p. 53; Franken l.c. p. 330 v.v.; Hazewinkel-Suringa l.c. I p. 149 e.v. l.c. II p. 229 e.v. (zedelijke schuld is er niet) l.c. III (zedelijke schuld is er niet, rechtsschuld wel); Kleene l.c. p. 148, 174 v.v., 221 v.v., (die in de scheiding zelfs zo ver gaat dat er z.i. geen ongeldige positieve wetten zijn, ook al is het recht bepaald onbillijk en met het natuurrecht in strijd); Pompe l.c. I (recht en geweten moeten onderscheiden blijven als elk betrokken op een afzonderlijk gezichtspunt van het menselijk vermogen; hij acht juridische schuld wel zedelijke, doch geen morele schuld); Trapman l.c. p. 220 e.v.; Wijnaendts Franken l.c., p. 78 e.v.; Zevenbergen p. 118 e.v. die hier twee souvereine systemen ziet die ook objectief strijdig kunnen zijn.

rechtsorde in overeenstemming is met de zedelijke orde, wordt een chaos⁵¹. Bij deze motivering ziet men twee belangrijke dingen over het hoofd. Vooreerst het feit, dat aanvaarding van het gewetensbezwaar als schulditsluiting, geenszins medebrengt, dat ieders individueel oordeel de inhoud der rechtsorde bepaalt; het gezag moet blijven staan op het standpunt, dat het afwijkend gewetensoordeel dwaalt; doch daaruit volgt tevens, dat, voor zover de wetgever meent niet via dispensatie aan het gewetensbezwaar tegemoet te kunnen komen, de objectieve orde, ondanks het gewetensbezwaar, onverkort blijft gelden en dat dit bezwaar dus ook niet de handhaving verhindert, die niet de zedelijke schuld ten grondslag heeft. Vervolgens, in een behoorlijke rechtsorde, waarvan enerzijds de normen meestal in overeenstemming zijn met de zedelijkheid en waarin anderzijds de gewetensvorming der burgers gezond is, zal zich slechts in uitzonderingsgevallen een afwijkend gewetensoordeel voordoen, dat op oprechtheid aanspraak kan maken⁵². Van het aanvaarden van het gewetensbezwaar als subjectieve disculpatie in een rechtsorde als de Nederlandsche behoeft men waarlijk geen gevaar voor een omverwerping van de rechtsorde te vrezen. Het gevaar van het ontstaan van een opvatting, die een scheiding aanneemt tussen rechts- en zedelijke orde, welk gevaar bij principieel niet-aanvaarden van het gewetensbezwaar als subjectieve disculpatie bepaaldelijk niet denkbeeldig is, lijkt ons voor het behoud van een rechtsorde, die iets anders wil zijn dan een louter machtsapparaat, veel bedenkelijker. Van gelijksoortige aard lijkt het door meerderen aangevoerde argument, dat het individu zijn oordeel over het zedelijk juiste heeft te vormen naar een oordeel van de wetgever en dus in een democratisch

⁵¹ Cfr. van den Bosch l.c. p. 18 e.v.; Hazewinkel-Suringa l.c. f p. 149 e.v. en p. 222 e.v. ((h.i. komt de afwijzing van de rechtspraak hierop neer dat een geordende samenleving onmogelijk is, als deze wordt prijsgegeven aan het private oordeel over de al of niet juistheid der wettelijke voorschriften); l.c. III en IV; Kleene l.c. p. 174 (wijken voor geweten ware negatie van de rechtsorde zelf); Ledebor l.c.; zie nog W. 9729, Rechtswaan. Zonder nadere motivering het gewetensbezwaar als overmacht niet aanvaard door Van Hat-tum p. 354 en van Hamel l.c. p. 245 e.v.

⁵² Aldus van Bemmelen l.c. p. 260 en Bronkhorst l.c. p. 236.

bestel naar het oordeel van de meerderheid⁵³. Geheel duidelijk is de draagwijdte van dit betoog niet. Een scheiding tussen rechts- en zedelijke orde ligt daaraan niet ten grondslag; immers men spreekt daarbij juist over de plicht van een individu om zijn oordeel over de „zedelijke” waarde van de rechtsinstellingen aan het oordeel van het gezag te conformeren. Men zou daarbij nog kunnen denken aan een motivering, die hierop neerkomt, dat er steeds een subjectief bindende zedelijke plicht voor de burger zou bestaan om zijn zedelijk oordeel in overeenstemming te brengen met het oordeel van het gezag en dat dus bij een afwijkend oordeel steeds een zedelijk tekort m.b.t. de gewetensvorming aanwijsbaar zou zijn. Dit klopt echter niet met de opvatting van verschillende schrijvers, die deze mening aanhangen, dat zedelijke schuld bij de gewetensbezwaarde afwezig kan zijn.

Naast de weergegeven opvattingen, die van algemene aard waren, staan afwijzingen op grond van argumenten, ontleend aan de Nederlandse rechtsorde. Zo treft men aan de mening, dat, waar de rechter de wet niet aan de zedelijkheid mag toetsen, de burger dit ook niet mag⁵⁴, alsook de opvatting, dat uit het dispensatiestelsel, hetwelk onze wet kent, zou voortvloeien dat de wetgever een andere uitwijk voor het gewetensbezwaar zou verbieden⁵⁵. Beide opvattingen werden reeds weerlegd.

Overziet men de beschouwingen der schrijvers, die het excuus van het gewetensbezwaar verwerpen dan vallen

⁵³ Cfr. Hazewinkel-Suringa l.c. I p. 149 e.v. (de enkeling mag niet beoordelen, of een wet in overeenstemming is met de eisen van gerechtigheid of zedelijkheid; toch neemt zij aan dat zedelijke schuld afwezig kan zijn), l.c. III, p. 448 e.v. l.c. V p. 165/166; l.c. II p. 229 e.v. en l.c. IV p. 146 e.v. (zij neemt hier toch de mogelijkheid van het eerlijk geweten aan); Vos l.c. p. 156 e.v. Ledeboer l.c. Men drukt dit bezwaar soms zo uit, dat de enkeling de belangenwaardering van de wet moet volgen en het offer van zijn overtuiging moet brengen. Aldus b.v. Hazewinkel-Suringa en Simons l.c. I p. 236 e.v. Terecht zegt Langemeijer l.c. III p. 376 dat het achterstellen van het eigen zedelijk oordeel bij dat van de meeste representatieve organen der gemeenschap wel zedelijk gevaarlijk, maar nog niet evident onzedelijk is.

⁵⁴ Aldus Hazewinkel-Suringa l.c. IV en V p. 166.

⁵⁵ Aldus Asch van Wijck l.c.; Hazewinkel-Suringa l.c. IV p. 146 e.v. (anders had de wet de beoordeling gevoegelijk aan de rechter kunnen overlaten) l.c. V p. 166; Pompe l.c. III p. 141; Jonkers l.c. p. 84, die toch een strafuitsluitingsgrond gewent zou achten.

verschillende punten op: 1. Er is een grote verscheidenheid van motiveringen, die soms met elkander strijdig zijn; 2. Nergens wordt uitdrukkelijk als argument aangevoerd, dat er bij de gewetensbezwaarde zedelijke schuld m.b.t. de gewetensvorming zou bestaan. Integendeel, meerdere schrijvers gaan uitdrukkelijk uit van de veronderstelling, dat zedelijke schuld afwezig kan zijn⁵⁶; 3. Een aantal auteurs geeft volmondig toe, dat het door hen voorgestane stelsel onbevredigend is en dat van een onoplosbaar conflict moet worden gesproken⁵⁷; 4. Vele schrijvers zijn van oordeel dat men bij de gewetensbezwaarde eigenlijk niet van werkelijk strafrecht mag spreken of zij oordelen, dat de houding van de gestrafte gewetensbezwaarde deze moet zijn, dat hij zijn straf als een beproeving, als een kruis of in geloof moet dragen⁵⁸. Daarmee geeft men eigenlijk aan, dat men niet met echte straf te doen heeft; een werkelijke straf behoort men in rouwmoedigheid en schuldbesef te aanvaarden, doch als men spreekt van het dragen der straf als een beproeving, heeft men het over iemand, aan wie zonder schuld iets wordt aangedaan; het geduldig dragen van een beproeving en het schuld bewust aanvaarden van een verdiende straf zijn twee geheel andere zaken; 5. Vele auteurs bepleiten t.a.v. de strafmaat

⁵⁶ Hazewinkel l.c. I p. 148 e.v., l.c. II p. 239 l.c. IV (ernst en oprechtheid is niet het enig doorslaggevende); Jonkers l.c.; Ledeboer l.c.; W. 9729, Rechtswaan.

⁵⁷ Aldus Kleene l.c. p. 213 en 222; Hazewinkel l.c. V p. 166 (het kan pijnlijk zijn te moeten straffen omdat de motieven respectabel zijn). Pompe l.c. I die spreekt over een afgrond van moeilijkheden waarvoor hij geen principieel bevredigende oplossing ziet; M. P. Vrij, Rechtsgemeenschap, 1938, 1c fac. leerg. Verz. Geschr. 1956 p. 44.

⁵⁸ Ancma in I. K. bij de D.W.W. (men moet de straf in gehoorzaamheid dragen); Duynstee in debat Hand. Ver. Wijsb. des Rechts 1924 p. 53-54, (het offer van het lijden brengen voor de overtuiging); Hazewinkel-Suringa l.c. II p. 238 (als de staat niet wijken kan, dan niet vergeldings- of verbeteringsmiddelen; voor de bezwaarde moet een weg worden gezocht die niet leidt tot de gewone gevangenis); Jonkers l.c. p. 85 (de straf als een beproeving dragen); Mekkes l.c. dl. II, p. 23 (als men van rechtsorde afwijkt moet men de gevolgen dragen; Kleene p. 235 (alleen de rechtszekerheid vraagt bestraffing en alleen de overtuiging dat juridische en morele schuld elkander niet altijd dekken, kan de straf rechtvaardigen); Simons l.c. I p. 239 (de enkeling moet het offer van zijn overtuiging brengen of de gestelde boete dragen); Zevenbergen l.c. I p. 105 e.v. die erkent dat er gevallen zijn waarin het stelsel onbevredigend werkt; Wijngaendts Franken l.c. p. 85.

een milde houding tegenover de gewetensbezwaarde⁵⁹.

Er zijn enkele auteurs, die de mogelijkheid van het gewetensbezwaar als excuus aanvaarden, zij het in de constructie van overmacht. Wij troffen bij hen geen principiële uiteenzetting aan over de vraag, op het ontbreken van welk element van het strafbare feit de niet-strafbaarheid zou zijn gegrond. Wel vindt men soms de eisen aangegeven, waaraan moet zijn voldaan, wil aan het gewetensbezwaar bevrijdende kracht toekomen. Zo stelt Hooijkaas, hierin gevolgd door Bronkhorst, een tweevoudige eis; het gewetensbezwaar moet: 1. subjectief onoverkomelijk zijn, 2. objectief van zodanige aard, dat het door het rechtssysteem als overmacht kan worden aanvaard. Deze laatste eis wordt door Hooijkaas aldus uitgelegd, dat de schade voor de staat, voortvloeiend uit de erkenning van de bezwaren, objectief beschouwd geringer is dan de schade voor de bezwaarde, voortvloeiend uit het niet eerbiedigen van zijn geweten, waarbij, als men gaat afwegen, mede in aanmerking moet worden genomen, of de schade, door de staat bij erkenning te lijden, langs andere weg kan worden vergoed⁶⁰. Komt de eerste eis neer op het vereiste van oprechtheid van het bezwaar, het tweede vereiste heeft voor ons iets onbegrijpelijks. Dit is alleen te verstaan in het stelsel, waarin men geen zedelijke schuld voor de straf nodig acht, maar het toch juist acht, dat uit beleidsmotieven het strafrecht voor het oprechte gewetensbezwaar

⁵⁹ Hazewinkel-Suringa l.c. I p. 149 e.v. en l.c. V p. 166; Kleene l.c. p. 225 (wel mild, omdat er geen misdadige gezindheid is); Pompe l.c. III p. 140. Men zie ook Smidt l.c. dl. I p. 77. Van den Bosch l.c. p. 19 zegt dat de rechter de gewetensbezwaarde i.v.m. de dienstplicht met een gerust geweten kan straffen, omdat zijn gedragingen een groot gevaar opleveren voor de rechtsorde en daarom in zeer ernstige mate strafwaardig zijn. Het gaat hier echter over de vraag, of er ook subjectieve schuld is aan de daad.

⁶⁰ Deze tweevoudige eis door Hooijkaas reeds gesteld in conclusie vóór H.R. 20-6-1950, 1951 nr. 348. In zijn annotatie zeide Pompe, dat de tweede eis de zaak in circulus vitiosus dreigde te brengen; ook Hazewinkel-Suringa l.c. IV achtte deze tweede eis raadselachtig. De uitwerking gaf Hooijkaas in l.c. III. Bronkhorst l.c. p. 237 acht de bezwaren onoverkomelijk, als zij zodanig met een principiële overtuiging in verband staan, dat de dader er zo nodig een marteelaarschap voor over heeft; ook hij stelt verder de eis, dat het strafbare feit niet onduidelijk is vanuit het standpunt der gemeenschap. Van Bemmelen l.c. p. 260 acht in beginsel een ernstig gewetensbezwaar en als rechtvaardigings- en als schulduitsluitingsgrond mogelijk.

terugtreedt. Eist men voor het werkelijke strafrecht zedelijke schuld, dan heeft dit strafrecht bij ieder oprecht gewetensbezwaar te wijken en komt een afzonderlijke belangenafweging niet meer aan de orde. Het resultaat van een belangenafweging kan immers nooit van het schuldvereiste dispenseren⁶¹. Bij de beoordeling, of men in normen zal dispenseren ligt de zaak volkomen anders. Ook Langemeijer neemt in beginsel de mogelijkheid van disculpatie op grond van het gewetensbezwaar aan; hij is echter van mening, dat goede trouw in de zuiver subjectieve zin niet voldoende is⁶². Hij schijnt te eisen dat, wil de uitslag van een toetsing door de burger van de wet aan zijn geweten een excuus vormen, daarbij rekening moet worden gehouden met de zwaarste verplichting van de bezwaarde om zich af te vragen, of zijn bezwaar werkelijk opweegt tegen de grote nadelen van inbreuk op het positieve recht. De zedelijke plicht tot zelfkritiek wordt volmondig erkend; gaarne zij ook toegegeven dat deze plicht, zij het niet altijd in volledige omvang, subjectief gekend zal zijn, althans dat er veelal verwijtbaarheid zal zijn, als zij niet gekend is. In zulk een geval zou ik echter niet spreken van subjectieve goede trouw, dus van een oprecht gewetensbezwaar. Het lijkt logisch niet verantwoord de nakoming van deze plicht als een afzonderlijk vereiste te stellen naast de eis van oprechtheid van het gewetensbezwaar. Spreekt het geweten echter via een gewetensvol onderzoek een absoluut veto uit, dan komt een belangenafweging niet meer aan de orde.

Wat is het oordeel der rechtspraak? Vrijwel steeds wordt het gewetensbezwaar als een excuus afgewezen.

⁶¹ Eveneens is niet geheel duidelijk, wat Hooykaas l.c. II bedoelt als hij zegt, dat de gewetensbezwaarde somtijds met bezwaard geweten aan de wet moet gehoorzamen. Gaat het over een werkelijk gewetensbezwaar, dan is zulks onverenigbaar met de absolute plicht het geweten te volgen. De stelling is alleen in deze zin aanvaardbaar, dat de burger een bepaalde rechtsnorm wel zedelijk onjuist acht, doch het gedrag, hetwelk die norm van hem persoonlijk verlangt, niet in strijd acht met zijn geweten. Zo is het ook waarschijnlijk bedoeld; want Hooykaas spreekt daarbij uitdrukkelijk over het geval, dat de naleving der staatswetten niet leidt tot onoverkomelijke gewetensbezwaren. Het lijkt dan minder juist te spreken van het naleven van de wet met bezwaard geweten; zijn geweten mag men nooit bezwaren.

⁶² Zie Langemeijer l.c. VII (debat p. 54).

Het beroep werd voor de rechter steeds ingekleed als een beroep op overmacht. De motiveringen voor deze afwijzing vertonen een even grote verscheidenheid als de opvattingen der auteurs. In enkele uitspraken wordt terecht gesteld, dat het gewetensbezwaar geen noodtoestand oplevert⁶³. In een reeks beslissingen wordt het gewetensbezwaar als overmacht afgewezen, omdat een slechts uit eigen opvattingen omtrent de zedelijke en maatschappelijke waarde van wettelijke instellingen en voorschriften voortspuitende drang geen overmacht vormt. Deze formulering is het eerst gebruikt in H.R. 20-6-1916, N.J. 1916, p. 703, W. 9955⁶⁴. Zij kan betekenen, dat er een zedelijke plicht is om zijn geweten aan het oordeel van het gezag te conformeren. Dit is echter niet verenigbaar met een aantal van deze uitspraken die uitdrukkelijk vermelden, dat zedelijke schuld bij de gewetensbezwaarde afwezig kan zijn. Zij kan ook inhouden, dat een maatschappelijke orde niet bestaanbaar is zonder allerlei afwijkende inzichten. In enkele beslissingen wordt uitdrukkelijk overwogen, dat de rechtsorde niet bestaanbaar is, als men afwijkende oordelen van individuen omtrent de juistheid der rechtsorde toelaat⁶⁵. Sommige uitspraken gronden de afwijzing in wezen op een scheiding tussen zedelijke en juridische orde, omdat bij het gewetensbezwaar een rechtsplicht zou staan tegenover een zedelijke plicht⁶⁶. Motiveringen,

⁶³ H.R. 20-6-1950, 1951 nr. 349; ktg. Gorinchem 20-2-1951, 1952 nr. 531; Hof Arnhem 2-10-1952, 1953 nr. 227; H.R. 26-3-1957 nr. 473.

⁶⁴ Deze formulering reeds in concl. A.G., Ledeboer, vóór dit arrest (zedelijke schuld kan afwezig zijn); cfr. nog ib. Arnhem 4-4-1921, W. 11331; H.R. 17-1-1950 nr. 393; ktg. Gorinchem 20-2-1951, 1952 nr. 531 (morele schuld kan afwezig zijn); Hof Arnhem 2-10-1952, 1953 nr. 237 (hier de formule gebruikt ter afwijzing van het gewetensbezwaar als noodtoestand); Hof Leeuwarden 23-2-1954, 1955 nr. 420; Zee-krijgsraad Den Haag 1-12-1955, M.R.T. 249 p. 85 (hoe sympathiek het verweer ook wordt voorgedragen en verdedigd); Krijgsr. t. V. Z. 13-3-1957, M.R.T. dl. 50 1957, p. 740.

⁶⁵ Zie reeds Ledeboer l.c.; Zee-krijgsr. Den Haag 25-11-1948, M.R.T. dl. 42 1949, p. 357 en 1-12-1955, M.R.T. dl. 49, p. 85 e.v.

⁶⁶ H.M.G. 11-2-1919, M.R.T. dl. 17 p. 505 (geen conflict van rechtsplichten); Medisch Tuchtcoll. Amsterdam 18-4-1959, nr. 676. Heel scherp wordt dit gesteld door Krijgsr. t. V. W. 28-5-1947, nr. 556 die er vrij inconsequent aan toevoegt: „De strafbaarheid wordt niet opgeheven, doordat de beklaagde de „morele” beginselen, in de wet neergelegd, op grond van een afwijkend inzicht in de waarde dier beginselen niet wenst na te komen”.

ontleend aan het positieve recht, treft men aan in die beslissingen, waarin het gewetensbezwaar als excuus niet toelaatbaar wordt geacht, omdat uit geheel het wettelijk stelsel blijkt, dat de wetgever met zorg heeft nagegaan, of in de normen terwille van het gewetensconflict kon worden gedispenseerd en dat derhalve, indien zulks niet is geschied, het de kennelijke bedoeling van de wetgever is, dat hij het gewetensbezwaar als excuus niet heeft gewild, aan welke opvatting de rechter gebonden is. Aan dit argument wordt meestal een algemene werking toegekend terwijl soms de kracht ervan wordt beperkt tot de betreffende wet, waarin dispensatie is mogelijk gemaakt⁶⁷. In wezen wordt dezelfde motivering ten grondslag gelegd aan die uitspraken, waarin i.v.m. de D.W.W. en de Dienstplichtwet wordt gezegd, dat de rechter daar, waar een administratief orgaan terwille van de dispensatie de gewetensbezwaren heeft beoordeeld, aan die beoordeling is gebonden⁶⁸. Merkwaardig daarbij is wel, dat men in sommige van deze vonnissen toch leest, dat de rechter de bezwaren ernstig gemeend vindt. Deze situatie doet zich vooral voor bij de militaire rechter bij toepassing der D.W.W. De rechter, die zich dan in een conflictsituatie

⁶⁷ Hof Haag 3-11-1950, 1951 nr. 479; rbk. Utrecht 11-3-1952, nr. 275; zeer uitvoerig van Asch van Wijck l.c.; Hof Arnhem 2-10-1952, 1953 nr. 227; Hof A'dam 5-11-1952, 1954 nr. 571 (beperkt tot de betreffende wet, waarbij in het midden werd gelaten of het gewetensbezwaar ooit als overmacht zou kunnen worden aanvaard); Hof Leeuwarden 23-2-1954, 1955 nr. 420; rbk. Utrecht 16-11-1956, 1957 nr. 232 (beperkt tot de betreffende wet); politier. Gron. 5-2-1958, M.R.T. dl. 51, 1958, p. 258 (beperkt tot de betreffende wet); rbk. Haarlem 15-3-1956, M.R.T. dl. 49, 1956, p. 408 (beperkt tot de betreffende wet); Hof Haag 21-3-1956, M.R.T. dl. 49, 1951, p. 410 (beperkt tot dezelfde wet); Politier. Gron. 14-1-1959 M.R.T. dl. 52 1959, p. 251 (beperkt tot dezelfde wet).

⁶⁸ H.M.G. 22-1-1926, M.R.T. dl. 21 p. 368 (de rechter moet zich wel onthouden van een oordeel over de juistheid van de beslissingen der administratie, doch moet m.b.t. de straf wel de vraag beantwoorden, of beklagde wegens ernstige bezwaren in de zin van art. 183 Grondwet tot de daad is gekomen); Krijgsr. Landm. den Bosch 31-5-1926 M.R.T. dl. 22 p. 168; H.M.G. 23-7-1926, M.R.T. dl. 22 p. 171 en 30-6-1931, M.R.T. dl. 27 p. 262; Krijgsr. t. V. Z. 28-9-1947, 1948 nr. 177 en 9-9-1947 M.R.T. dl. 40 p. 613; Krijgsr. t. V. N. 25-2-1948 M.R.T. dl. 42 p. 366; Zeekrijgsr. Den Haag 9-12-1948, M.R.T. dl. 43 1950 p. 366 en 1-10-1953, M.R.T. dl. 47, 1954 p. 560 en 1-12-1955, M.R.T. dl. 49, p. 85 en 25-11-1948, M.R.T. dl. 42 1949, p. 357; Krijgsr. t. V. Z. 20-8-1957, M.R.T. dl. 51, 1958 p. 668.

voelde geplaatst, zocht wel eens een uitweg hetzij in een zeer milde straf, hetzij in een strafoplegging, die op een erkenning der gewetensbezwaren neerkwam⁶⁹. Sommige uitspraken wijzen het beroep op gewetensbezwaren af, indien, waar mogelijk, niet eerst de weg is gevolgd dispensatie te vragen⁷⁰. In een enkel vonnis geschiedt de afwijzing op grond, dat het gewetensconflict, zij het met grote offers, had kunnen zijn voorkomen⁷¹. Veelzeggend lijken de afwijzingen onder gelijktijdige erkenning van de oprechtheid van het gewetensbezwaar, waarbij de rechter soms zelfs niet schroomt zijn eerbied voor de houding van de gewetensbezwaarde uit te spreken⁷². Logisch kunnen deze uitspraken alleen worden verstaan bij een scheiding tussen juridische en zedelijke schuld; immers in die gevallen acht de rechter zedelijke schuld afwezig. Hoe staat de rechter, die het gewetensbezwaar niet als excuus aanvaardt, t.o.v. de mate van strafwaardigheid? Soms wordt het gewetensbezwaar gezien als een grond voor mildheid⁷³, terwijl in een enkel vonnis mildheid vanwege de hals-

⁶⁹ Cfr. v. d. Bosch l.c.

⁷⁰ Rbk. Leeuw. 21-3-1958, 1959 nr. 32; Kr. t. V. W. 30-7-1957, M.R.T. dl. 51, 1958, p. 111.

⁷¹ Dit kwam vooral voor bij het Besluit Bestrijding t.b.c.-rundvee; als de bezwaarde geen rundvee hield, was er ook geen plicht tot aansluiting bij een gezondheidsdienst en was het conflict dus niet aanwezig. Men zie ktg. Gorinchem 21-2-1951, 1952 nr. 531. Hierop wees ook reeds A.G. vóór H.R. 17-2-1952 nr. 683. De kwestie werd in het midden gelaten door Hof Arnhem 2-10-1952, 1953 nr. 257. Cfr. nog t.a.v. een fiscale mededelingsplicht politier. Rott. 24-12-1947, 1948, nr. 178. Vermeldenswaard is nog H.R. 10-11-1959, 1960 nr. 61 waar bij een V.V. wegens een verkeersdelict als bijzondere voorwaarde werd toegelaten het zich gedurende de proeftijd tegen W.A. verzekeren, hoewel de betrokkene daartegen gewetensbezwaren had; immers daaruit ontstond niet zonder meer een verplichting om zich te verzekeren, doch alleen onder de voorwaarde, dat betrokkene met een motorrijtuig aan het wegverkeer zou deelnemen.

⁷² A.G. vóór H.R. 26-6-1916, p. 703, W. 9955; rbk. Arnhem 4-11-1921, W. 11331; Kr. t. V. Z. 9-9-1947, M.R.T. dl. 40, p. 613 en 28-9-1947, 1948, nr. 177; Kr. t. V. N. 25-2-1948, M.R.T. dl. 42 p. 366; ktg. Gorinchem 20-2-1951, 1952 nr. 531; Zeekr. Den Haag 1-12-1955, M.R.T. dl. 49, p. 85; Kr. t. V. Z. 30-8-1957, M.R.T. dl. 51, 1958 p. 668; H.M.G. 12-11-1957, M.R.T. dl. 51, 1958 p. 671; politier. Groningen 5-2-1958, M.R.T. dl. 51 p. 258 en 14-1-1959, M.R.T. dl. 52 p. 251.

⁷³ Rbk. Arnhem 4-11-1921, W. 11331; Kr. t. V. W. 28-5-1947, nr. 556, 12-6-1947, nr. 567; 9-9-1947 M.R.T. dl. 40 p. 613 en 28-9-1947, 1948 nr. 177; Kr. t. V. N. 25-2-1948, M.R.T. dl. 42 p. 366.

starrigheid wordt afgewezen⁷⁴. Soms wordt gezegd dat generaal-preventieve overwegingen de straf moeten bepalen⁷⁵. Een enkele maal is geoordeeld, dat de strafmaat moest worden vastgesteld volgens het eerste beginsel van een democratie, die gelijkheid voor allen vraagt, hetgeen medebrengt, dat een gewetensbezwaarde er niet gunstiger voor mag komen te staan dan de niet bezwaarde⁷⁶.

Een logisch geheel vormen de afwijzende beslissingen zeker niet. Bij het bestuderen der overwegingen krijgt men de indruk, dat vele rechters zich bij de bestraffing van een oprecht gewetensbezwaarde in een knellende conflict-situatie bevinden.

Slechts tweemaal werd in de rechtspraak, en wel door de militaire rechter, het gewetensbezwaar als excuus aanvaard. Beide vonnissen zijn afkomstig van de Krijgsraad te Velde Zuid. In het eerste vonnis (13-1-1948, 496) betrof het een bezwaarde wiens bezwaren tijdens het berechte gedrag nog niet waren erkend, doch wel tijdens de berechting na een hernieuwd onderzoek door de administratie. De Krijgsraad was van de ernst der bezwaren overtuigd en sprak beklaagde vrij, omdat zijn rechtsplicht om het dienstbevel na te komen voor hem van minder belang moest worden geacht dan de bescherming van zijn rechtsbelangen om zijn geweten te volgen, zodat hij geacht moest worden in een noodtoestand te verkeren. Ook in het tweede geval (17-8-1948, 813) betrof het een niet erkende gewetensbezwaarde; de Krijgsraad was echter van mening, dat desondanks de rechter vrijelijk moest kunnen oordelen; de Raad sprak beklaagde vrij, omdat hij de bezwaren ernstig gemeend achtte en beklaagde bij naleving van de norm in ernstige tegenspraak zou komen met de dwingende norm van zijn geweten; onder zulke omstandigheden mag deze eis in redelijkheid niet worden gesteld zodat de beklaagde door overmacht was gedwongen⁷⁷. De Krijgs-

⁷⁴ Hof Leeuw. 23-2-1954, 1955 nr. 420.

⁷⁵ Krijgsr. Den Haag 4-11-1921 M.R.T. dl. 17 p. 574.

⁷⁶ Politier. Gron. 5-2-1958, M.R.T. dl. 51 p. 258 en 14-1-1959 M.R.T. dl. 52 p. 251. In de praktijk is m.b.t. de dienstplichtw. of de D.W.W. dit dikwijls het richtsnoer bij de straftoemeting; cfr. Kr. t. V. W. 12-7-1947, nr. 567.

⁷⁷ Het laatste vonnis werd vernietigd bij een niet gepubliceerde sententie van het H.M.G. van 17-5-1949, waarin werd gezegd dat serieuze gewetensbezwaren van betekenis konden zijn voor de straf-

raad te Velde-West (12-7'47, n. 567) overwoog dat het mogelijk is, dat ook van een niet erkende gewetensbezwaarde om des gewetens wille niet zou kunnen worden gevergd dat hij zijn militaire dienstverplichtingen zou nakomen, hetgeen wonderlijk genoeg naar het oordeel van de Raad alleen van invloed kon zijn op de strafmaat.

Afzonderlijke aandacht vragen enkele recentere arresten van de H.R. die de vraag doen rijzen, of de H.R. zijn vroeger standpunt van 1916 heeft laten varen en de mogelijkheid heeft aanvaard, dat het gewetensbezwaar als excuus zou kunnen gelden. In H.R. 20-6-1950, 1951, n. 348 werd een vonnis van de rechtbank vernietigd, omdat het beroep op gewetensbezwaren naar zijn strekking een verweer is als bedoeld in 358³ S.v., waaromtrent de rechter bepaaldelijk een beslissing had behoren te geven. Heeft dit arrest alleen formele betekenis of moet men daarin een materiële wijziging in de opvatting van de H.R. onderkennen? In H.R. 20-6-1950, 1951, 349 betrof de zaak iemand, die een gedeserteerde dienstplichtige had verborgen⁷⁸. Op het verweer, dat het beroep van deze dienstplichtige op gewetensbezwaren nog in behandeling was en bij gunstige beslissing voor hem een noodtoestand zou opleveren, welke rechtvaardiging ook van invloed zou zijn op de strafbaarheid van requirant, antwoordde de H.R., dat het zich voordoen van gewetensbezwaren, ook indien deze erkend zijn of voor erkenning in aanmerking komen, niet opleveren een noodtoestand, waardoor een begaan feit niet strafbaar is, ongeacht in hoever het kan worden verweten. Wat betekent deze laatste toevoeging, die voor de beslissing der zaak niet volstrekt nodig was? Is hier welbewust de mogelijkheid van het gewetensbezwaar als subjectief excuus opengelaten? In H.R. 17-6-1952, 683 had de verdachte, die de bepaling van het Besluit Bestrijding t.b.c.-Rundvee niet had nageleefd, zich op gewetensbezwaren beroepen; de rechtbank had dit beroep verworpen, omdat het betreffende besluit zulk

maat, maar niet zulk een dwang opleveren, dat beklaagde daaraan niet afdoende weerstand had moeten(!) bieden, in aanmerking genomen de gegeven omstandigheden en de betekenis van het geschonden wetsvoorschrift.

⁷⁸ Zoals reeds vermeld, aanvaardde de A.G. Hooykaas in zijn conclusie onder omstandigheden het gewetensbezwaar als excuus.

een strafuitsluitingsgrond niet kende. De H.R. oordeelde, dat de rechter de weerlegging niet voldoende had gemotiveerd en dus 358³ S.v. had geschonden, omdat de rechtbank het beroep op gewetensbezwaren wel terecht als een beroep op een strafuitsluitingsgrond had opgevat, doch bij de weerlegging niet had mogen volstaan met alleen te overwegen, dat deze strafuitsluitingsgrond niet als zodanig in het Besluit was genoemd, doch tevens had behoren te onderzoeken, of in het verweer ook een beroep op een algemene strafuitsluitingsgrond was vervat. Heeft de H.R. hier alleen geschreven of ook ongeschreven uitsluitingsgronden op het oog? Heeft ook deze beslissing louter een formele strekking of reikt haar betekenis verder?⁷⁹ Wat van deze arrestanten te zeggen? Moet men hier spreken van een nieuwe ontwikkeling van het standpunt van de H.R. op het stuk der gewetensbezwaren? Men zou aan deze arresten louter formele betekenis kunnen toekennen. Het wil ons nochtans voorkomen, dat, had de H.R. strak het standpunt van het arrest van 1916 willen volhouden, men niet de formuleringen zou hebben gekregen, die wij in de zojuist besproken arresten tegenkwamen⁸⁰. Het lijkt, alsof de H.R. de vraag, of het gewetensbezwaar ooit als excuus kan worden aanvaard, welbewust open heeft willen houden⁸¹. In de arresten vindt

⁷⁹ Opmerkelijk is dat de A.G. Asch van Wijck, hoewel hij zeker afwijzend stond tegenover het gewetensbezwaar als excuus, in zijn conclusie eveneens oordeelde, dat het verweer op onvoldoende wijze was weerlegd.

⁸⁰ Dat de H.R. in deze arresten de mogelijkheid van het gewetensbezwaar als excuus heeft aanvaard Bronkhorst l.c. p. 239; Van Hattum l.c. p. 354. Hooykaas l.c. III p. 8. Pompe l.c. I en l.c. III p. 140. Anders Hazewinkel-Suringa l.c. IV en Remmelink l.c. p. 19.

⁸¹ Enige twijfel doet weer rijzen H.R. 26-3-1937, nr. 473, waar een helderziende bij het delict van 436 Sr. aanvoerde, dat zij het haar zedelijke plicht achtte en dus een onweerstaanbare drang had om het feit te plegen. De rbk. A'dam had uitvoerig weerlegd, dat hier geen overmacht was. De H.R. achtte de weerlegging voldoende, doch voegde er de volgende overweging van materieelrechtelijke aard aan toe: dat een beroep op een gevoelde zedelijke verplichting zonder meer geen overmacht oplevert t.a.v. de overtreding van art. 436; de rbk. heeft kunnen aannemen, dat requirante's overtuiging in dezen niet dermate dwingend tot dienovereenkomstig handelen noopte, dat zij dit handelen onmogelijk achterwege had kunnen laten. Wordt hier verschil gemaakt tussen een gevoelde zedelijke

men zeker geen aanwijzing, onder welke constructie de H.R. dit excuus bij aanvaarding zou willen onderbrengen.

Het korte overzicht over de leer van schrijvers en rechtspraak doet wel zien, dat wij bij de meeste auteurs geen aanhang vinden voor onze opvatting en dat directe steun daarvoor in de rechtspraak zeker niet is aan te wijzen. Toch houden wij na gewetensvolle afweging van alle tegenargumenten onze opvatting staande, dat bij het wettelijk strafrecht de zedelijke schuld een der bestanddelen is van het delict, welk bestanddeel bij de oprecht gewetensbezwaarde afwezig is. Deze heeft dus een subjectieve schulduitsluitingsgrond, welke berust op een dwaling te goeder trouw omtrent het onzedelijk karakter der handeling. Dit excuus behoort niet te worden ondergebracht onder de overmacht doch bij de schuldleer en wel bij de leer der dwaling⁸². Principiële afwijzing van het gewetensbezwaar als excuus betekent ofwel een ontkenning van het zedelijk schuldvereiste in het strafrecht, ofwel de ontkenning van zedelijke schuldeloosheid bij ieder gewetensoordeel in afwijking van het oordeel van het gezag. In beide gevallen neemt men in zijn rechtorde een volstrekt verbod op om zijn geweten in afwijking van het gezag te volgen. Wie een innerlijk verband tussenrechts- en zedelijke orde aanvaardt, zal zulk een verbod in een rechtsoorde, die hem lief is, niet opgenomen willen zien, tenzij het stelsel dier rechtsoorde daartoe onontkoombaar dwingt.

Wij zijn tenslotte nog het antwoord schuldig op de aan de orde gestelde vraag. Behoren in de wetgeving nadere regels te worden gesteld om de mogelijkheid van aanvaarding van het gewetensbezwaar als subjectief excuus mogelijk te maken? Zulk een nadere wettelijke regeling

verplichting en een gewetensbezwaar? De annotator Pompe betwijfelt dit, omdat hij tussenbeide geen zakelijk verschil ziet. Wat betekent hier de toevoeging: „zonder meer”? Wordt hier een onderscheid gesuggereerd tussen een oprecht en niet oprecht gewetensbezwaar? De H.R. spreekt hier alleen over subjectieve overmacht, waarvoor het arrest zeker niet alle mogelijkheid afsluit; over andere schulduitsluitingsgronden wordt niet gesproken. Bijzonder helder is het arrest zeker niet.

⁸² Daaraan doet niet af het feit, dat de gewetensbezwaarde zelf zijn verweer niet construeert als een betoep op dwaling, doch het ontbreken van het ongeordend karakter van zijn daad staande houdt.

lijkt onnodig en ongewenst. Onnodig. In 1930 heeft deze vergadering de vraag behandeld, of in het W.v.S. een algemeen beginsel behoort te worden opgenomen, waarbij de strafbaarheid bij gebreke van schuld wordt uitgesloten⁸³. Het ging daar over het schuldbegrip in de meest ruime zin, zowel over de schuld m.b.t. bepaalde feitelijke bestanddelen als m.b.t. de ongeoorloofdheid van het feit. De meerderheid was van oordeel, dat in het W.v.S. een algemeen beginsel moest worden opgenomen, waarbij de strafbaarheid was uitgesloten bij gebreke van schuld. Sindsdien zijn 30 jaren verlopen en in onze strafwet is ten deze niets veranderd. Wij kennen soortgelijke bepalingen niet. Dit heeft echter de rechtspraak niet belet voorzichtig en bedachtzaam het schuldbeginsel uit te breiden en de regel: geen straf zonder schuld tot een hecht beginsel van het strafrecht te maken⁸⁴. Wetswijziging om ook het gewetensbezwaar onder de werking van dit schuldbeginsel te brengen lijkt bepaald niet nodig. Trouwens, dan zou men in de wet eerst moeten omschrijven wat men onder schuld verstaat en aan zulk een definitie heeft wel niemand behoefte. Wetsbepalingen lijken zelfs ongewenst. Het is, zoals Noyon-Langemeijer zegt⁸⁵: het schuldbeginsel is voor ons strafrecht van nog geenszins geheel te overziene betekenis. Hier zijn nog allerlei onderscheidingen, nuanceringen, en rechtsverfijningen nodig, die alleen de rechtspraktijk aan de hand kan doen. Zolang de rechtsontwikkeling op dit punt nog niet is afgesloten, zou iedere wettelijke formulering uitermate algemeen moeten zijn op gevaar anders de rechtsontwikkeling te verstarren. T.a.v. de schuldleer lijkt de rechtsontwikkeling nog niet dermate gevorderd, dat men van een afgesloten geheel kan spreken, hetwelk voor wettelijke formuleringen vatbaar is. M.b.t. de aanvaarding van het gewetensbezwaar als excuus is er nog een speciale grond tegen een wettelijke formulering aan te voeren, n.l. het feit, dat op dit punt zeker geen sprake is van een éénvormig rechtsbesef. Het overzicht

⁸³ Prae-adviezen van Wijnveldt en Vrij, Hand. N.J.V. 1930 I, 2e stuk. De B.R.v.C. 14-2-1949, nr. 157 was van mening, dat het beginsel geen straf zonder schuld wegens zijn vaagheid nadere uitwerking behoeft, vóór alles in de wet.

⁸⁴ De laatste belangrijke arresten H.R. 20-1-1959 nr. 102 en 103.

⁸⁵ Noyon-Langemeijer l.c. dl. I aant. I p. 21.

van de meningen der auteurs en van de rechtspraak spreken hier duidelijke taal. Er zal toch in het algemeen een grote mate van eenstemmigheid in het rechtsbesef aanwezig moeten zijn, om bepaalde opvattingen in een wetelijke regeling vast te leggen. Ons antwoord op de in de aanhef gestelde vraag luidt dan ook in v.m. de aanvaarding van het gewetensbezwaar als subjectieve disculpatie ontkennend.

Afzonderlijke bespreking vereist alleen nog de vraag, of t.a.v. de gewetensbezwaarde, die men strafvrij verklaart, nog een maatregel mogelijk moet worden gemaakt. Principeel hoeft, zoals wij zagen, zulk een maatregel niet uitgesloten te worden geacht. Voor zover het hier gaat over maatregelen, die geen vrijheidsbeneming medebrengen, is in de praktijk alleen de verbeurdverklaring noodzakelijk gebleken, n.l. bij de gewetensbezwaarden, die rondvee hielden en zich niet wilden aansluiten bij een gezondheidsdienst. In het bestaande stelsel is verbeurdverklaring een bijkomende straf, die een schuldigverklaring en de oplegging van een hoofdstraf veronderstelt, hetgeen niet past in een stelsel, waarin men het gewetensbezwaar als een excuus aanvaardt. Zou de rechtsorde zulk een ingrijp vereisen, dan zou daaraan het strafkarakter moeten worden ontnomen.

Doch ook maatregelen, die vrijheidsbeneming medebrengen, zouden onder omstandigheden nodig kunnen zijn. Zulk een noodzaak zou zich vooreerst kunnen voordoen, indien de gewetensbezwaarde daden stelt, die voor de rechtsorde gevaarlijk zijn. Dan is de dader zelve gevaarlijk voor de openbare orde en deze gevaarlijkheid zelve is zeker een rechtsgrond, die onder omstandigheden de vrijheidsbeneming kan rechtvaardigen. Gewetensbezwaren van dien aard zullen meestal wel met psychische storingen gepaard gaan, hetgeen dan in het bestaande recht een t.b.s. mogelijk maakt. Voor zover niet van een psychische storing zou kunnen worden gesproken of voor zover men een andere wijze van vrijheidsbeneming wenselijk zou achten, zou de mogelijkheid van zulk een maatregel moeten worden overwogen. Men denkt daarbij onwillekeurig aan de bestaande mogelijkheid van plaatsing in een R.W.I., waarbij dan echter het strafkarakter aan deze maatregel zou moeten worden ontnomen. Het wil ons

voorkomen, dat aan zulk een maatregel in de praktijk geen behoefte bestaat.

Doch ook als men van de gevaarlijkheid van de dader zelve bij een bepaald gewetensbezwaar niet kan spreken, kan men zich toch de mogelijkheid indenken, dat er voor de openbare orde een gevaar in schuilt, indien de gewetensbezwaarde die ontslagen wordt van rechtsvervolging, geheel ongemoeid wordt gelaten. Men denkt daarbij m.n. aan de gevallen, waarin het gewetensbezwaar zich richt tegen een bepaling, die van de burger een belangrijk offer vraagt ter wille van het staatsbelang, dus aan de verplichtingen van de dienstplichtwet en de D.W.W. De menselijke zwakheid zal vooral daar, waar offers worden gevraagd, spoediger geneigd zijn gewetensbezwaren te formuleren, die toch niet van alle smetten vrij zijn. En het moet worden overwogen, of een volledig ongemoeid laten van de werkelijk gewetensbezwaarde niet het gevaar in zich bergt, dat bij vele anderen gewetensbezwaren zouden opkomen, die misschien achterwege zouden blijven, indien ook de schuldeloos geachte gewetensbezwaarde in zijn vrijheid werd getroffen. Zou zulk een gevaar werkelijk reëel zijn? Zou dit gevaar niet voldoende gekeerd kunnen worden door de waarborg van het rechterlijk onderzoek naar de oprechtheid der bezwaren, dan zouden wij in beginsel niet iedere vrijheidsberoving van de oprecht gewetensbezwaarde als maatregel ongeoorloofd achten. Voor zover de huidige praktijk is te overzien, zou deze vraag zich alleen voordoen bij hen, die bezwaren hebben tegen de militaire dienst en wier bezwaren door de administratie niet zijn erkend, doch door de rechter wel worden aanvaard alsmede bij hen, die bezwaren hebben tegen de vervangende staatsdienst.

De rechtvaardiging van zulke maatregel mag o.i. niet hierin worden gezocht, dat zulk een maatregel zou moeten dienen tot heropvoeding tot een zuiverder gewetensvorming. Dit zou ongeoorloofde dwang inhouden; zo ver gaat de bevoegdheid van de overheid tot individuele gewetensvorming geenszins. De rechtvaardiging kan evenmin worden gezocht in het beginsel, dat iedere burger gelijke offers moet brengen voor het staatsbelang. Dit beginsel is op zichzelf wel juist daar, waar het werkelijk gaat om een bijdrage aan het algemeen welzijn; en dit beginsel

rechtvaardigt dan ook zelfs de verlengde dienstdtijd bij de dispensatie krachtens de D.W.W. Doch dan gaat het ook om werkelijke dienstverleningen aan het algemeen belang. Bij de gedwongen vrijheidsbeneming is daarvan echter geen sprake⁸⁶. De rechtvaardiging kan dan alleen worden gezocht in een ingrijpen in de vrijheid van een onschuldige terwille van generaal-preventieve overwegingen. Principiële bezwaren, die zulk een ingreep onder alle omstandigheden zouden verbieden zien wij niet. Doch het betreft hier een hoogst ernstige aangelegenheid, die alleen bij zeer dringend staatsbelang gerechtvaardigd kan worden geacht. Of zulk een dringend staatsbelang aanwezig is, vermogen wij niet te beoordeelen; daarvoor zijn wij te weinig bekend met de feitelijke praktijk van het beroep op gewetensbezwaren in de gevallen, die hier zijn bedoeld. Zou het staatsbelang zulk een ingrijpen beslist noodzakelijk maken, dan zal aan deze ingreep, die van een rechterlijke beslissing zal moeten afhangen en waaraan als eis zal moeten worden gesteld, dat de openbare orde zulks dwingend eist, ieder strafkarakter moeten worden ontnomen. Ook bij zulk een vrijheidsbeneming kan men denken aan plaatsing in een R.W.L., die echter is ontdaan van het juridisch karakter van een bijkomende straf. Men bedenke echter, dat men dan een vrijheidsbeneming op een mens toepast om redenen, die niet in hemzelf gelegen, maar louter uit overwegingen van generale preventie. In een rechtstaat zij men met het invoeren van zulk een maatregel uitermate voorzichtig en terughoudend.

⁸⁶ Bij de vervangende dienst heeft men de verlenging van de dienstdtijd gemotiveerd met de overweging, dat zulks voor de gewetensbezwaarde een toetssteen zou zijn voor de oprechtheid, alvorens hij deze bezwaren naar voren zou brengen. Bij een vrijwillig aangaan van een vervangende plicht is dit redelijk.

LITTERATUUR

Asch van Wijck: concl. H.R. 17-6-1952, N.J. 1952, n. 683

J. M. v. Bemmelen:

I: Rede opening Verg. Mil. R. Ver., M.R.T. 42, p. 198 v.v.

II: Bespreking handboek Pompe, Rechtg. Mag. 1952, p. 262 v.v.

L. Bender: Het recht, 1948.

B. v. Benthem: Recht en ethiek, Praeadv. Kath. Wet. Ver. 1927.

J. Th. Beysens: Hoofdst. uit de bijzondere ethiek, IV Wijsb. v. h. Strafr. 1919.

F. J. Boisius: Van de invloed der dwaling op de strafbaarheid, 1898.

Th. W. van den Bosch: De bestraffing van principiële dienstweigeraars, 1950.

G. Brillenborg Wurth: De straf, haar ethische en psychologische aspecten, 1956.

C. Bronkhorst: De overmacht in het strafrecht, 1952.

F. J. F. M. Duijnste: Het zedelijk karakter der rechtswetenschap, 1950.

W. J. A. J. Duijnste: Over recht en rechtvaardigheid, 1956.

D. v. Eck: De strafrechter tegenover het gewetensbezwaar, 1956.

J. P. Fockema Andrae: Ieder wordt geacht de wet te kennen, 1922.

D. B. A. Franken: Principiële dienstweigering, M.R.T. 43, 1950, p. 312 v.v.

H. Th. Gerlings: Principiële dienstweigering, W. 11896.

G. Gewin: Beginselen van strafrecht, 1913.

G. A. van Hamel: Inleiding tot de studie v. h. Ned. strafrecht, 4e dr. 1927.

W. F. C. van Hattum: Hand- en leerboek v. h. Ned. strafrecht, 1953.

Hazeilhoff-Polenaar-Heemskerk: Het wetboek van strafrecht verklaard, dl. I, 1881.

D. Hazewinkel Suringa:

I: De overmacht en de zin van haar straffeloosheid, T.v.S. 57, 1948, p. 147 v.v.

II: Enige beschouwingen over dienstweigeraars en hun behandeling, M.R.T. 43, 1950, p. 225 v.v.

III: Bespreking rede van den Bosch, Rechtsg. Mag. 1951, p. 448 v.v.

IV: Annotatie H.R. 20-6-1950, in Ars Aequi 1955, p. 146 v.v.

V: Inleiding tot de studie van het Ned. Strafrecht, 2e dr., 1956.

G. J. Heering: Overheidsbevel en individueel geweten, Hand. Ver. W.R. 1924.

J. H. F. J. Hoogveld: Hoofdpijnen van de algemene rechtsphilosophie, 1934.

J. P. Hooykaas:

I: Ethiek en recht, Hand. Ver. Wijsb. d. R., 1949.

II: Conclusie H.R. 20-6-1950, N.J. 1951, n. 348.

III: Problemen van administratief recht, 1952.

A. C. Josephus Jitta: Overheidsbevel en individueel geweten, Hand. Ver. Wijsb. R. 1924.

W. Jonkers S. C. J.: Wettelijke plicht en gewetensbezwaar, Ars Aequi, 1955, p. 77 v.v.

Kamerstukken: (Inval, wet): Bijl. II K, 1919/20, n. 431; (D.W.W.): Bijl. II K, 1921/22, n. 433, Hand. II K, 1922/23, p. 2253—2291, Bijl. I K, 1922/23, n. 77, Hand. I K, 1922/23, p. 923—924, 957—958, 1003—1018; (Wet Immun. Milit.): Bijl. II K, 1952/53, n. 2974; (Wet Bestrijd. T.B.C. Rundvee): Bijl. II K, 1951/52, n.

- 2338, Hand. II K. 1952/53, p. 2196—2205; Bijl. I K. 1951/52, n. 2338, Hand. I K. 1951/52, p. 947—948.
- B. H. Kazemier: *Gerechtigheid en belangenwaardering*, Hand. Ver. Wijsb. R. 1952.
- P. Kleene: *Wet en geweten*, 1926.
- G. E. Langemeijer:
- I: *Schuld bij overtredingen*, N.J.B. 1933, p. 265 v.v.
 - II: *Oorlogsmisdaad*, N.J.B. 1947, p. 297 v.v.
 - III: *Plea of superior orders*, N.J.B. 1947, p. 375 v.v.
 - IV: *De wetgever tegenover opzet en schuld*, N.J.B. 1952, p. 375 v.v.
 - V: *Kan afwijking van dwingend recht positief recht worden*, Hand. Ver. Wijsb. des R. 1955.
 - VI: *Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des Rechts*, 1956.
 - VII: *De huidige betekenis van het natuurrecht*, Hand. Ver. Wijsb. des R. 1958.
 - VIII: *Ethische rechtsorde*, Hand. Ver. W. d. R. 1948.
- Ledeboer: *Concl. vóór H.R. 26-6-1916*, N.J. 1916, p. 703.
- J. P. A. Mekkes: *Het gezag van het recht t.o. de macht v. h. onrecht*, Hand. Ver. Wijsb. d. R., 1951.
- Noyon-Langemeijer: *Het Wetboek v. Strafr. verklaard*, 6e dr. 1954, dl. I.
- H. van Oyen: *Ethiek en recht*, Hand. Ver. Wijsb. d. R. 1949.
- W. P. J. Pompe:
- I: *Annot. onder H.R. 20-6-1950*, 1951, n. 348
 - II: *Annot. onder H.R. 17-6-1952*, n. 683.
 - III: *Handb. v. h. Ned. Strafrecht*, 5e dr. 1959.
- Van Proosdij: *Overheidsbevel en particulier gewetensbezwaar*, *Stemmen des tijds*, 1925.
- Rechtswaen: *W. 9729 (red. art.)*.
- J. Rummelink: *Luther en het recht (z. j.)*.
- F. Sassen: *Recht en ethiek*, *praeadv. Kath. W. Ver.* 1927.
- L. W. G. Scholten: *Overheid en conscientiebezwaar in Antirev. Staatk.* 1931, p. 517 v.v.
- P. Scholten:
- I: *De gewetensvrijheid t.o. de militaire dienstplicht (1917)*, *Verz. Geschr.* II, p. 22.
 - II: *De toepassing der dienstweigeringwet (1928/1929)*, *Verz. Geschr.* II, p. 31.
 - III: *Recht en moraal*, Hand. Ver. Wijsb. d. R. 1927.
 - IV: *Algemeen deel*, 1e druk, 1934.
- D. Simons: I: *Problemen van strafrecht* 1929.
- II: *Leerboek v. h. Ned. Str.* 6e dr. 1937.
- H. J. Smidt: *Geschiedenis v. h. Wetb. van Strafr.*, 2e dr.
- P. M. Trapman: *Kritische uiteenzetting etc.* 1917.
- H. B. Vos: *Leerboek v. h. Ned. straf.* 1950.
- C. J. Wijngaendts Francken: *Strafrechtsphilosophische beschouwingen*, *T.v.S.* 31, p. 78 v.v.
- W. Zevenbergen:
- I: *Enige beschouwingen over het strafrechtelijk schuldbegrip*, 1913.
 - II: *Leerboek v. h. Ned. Strafr.* 1924.