Advies

Auteur:
[redacted]

Strafbare feiten bij het maken en uitzenden van filmopnamen van orale seks in een biechtstoel in een katholieke kerk?

OPENBAAR MINISTERIE

© 2011 - Openbaar Ministerie

Wetenschappelijk Bureau van het Openbaar Ministerie

Datum:
13 april 2017

+31[redacted] [redacted]n@om.nl Prins Clauslaan 16 2595 AJ Den Haag

Inhoud

1. Inleiding

2. De casus

3. Te onderzoeken strafbare feiten

4. Strafbare feiten met een element van belediging

4.1 Artikel 137c, eerste lid, Sr

4.1.1 Tekst

4.1.2 Bevindingen

4.1.2.1 Algemeen

4.1.2.2 In het openbaar

4.1.2.3 Uitlating

4.1.2.4 Wegens hun godsdienst

4.1.2.5 Opzet

4.1.2.6 Conclusie

4.2 Artikel 137e, eerste lid, onder 1° en 2°, Sr

4.2.1 Tekst

4.2.2 Bevindingen

4.2.2.1 Algemeen

4.2.2.2 Anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving

4.2.2.3 Openbaar maken van een uitlating (onderdeel 1°)

4.2.2.4 Wetenschap of vermoeden

4.2.2.5 Resterende opmerkingen

4.2.2.6 Conclusie

4.3 Artikel 266, eerste lid, Sr

4.3.1 Tekst

4.3.2 Bevindingen

4.3.2.1 Algemeen

4.3.2.2 Bij afbeelding

4.3.2.3 In het openbaar

4.3.2.4 Belediging

4.3.2.5 Opzet

4.3.2.6 Conclusie

4.4 Artikel 271, eerste lid, Sr

4.4.1 Tekst

4.4.2 Bevindingen

4.4.2.1 Algemeen

4.4.2.2 Afbeelding

4.4.2.3 Verspreiding, openlijke tentoonstelling en aanslag

4.4.2.4 Beledigende inhoud

4.4.2.5 Wetenschap en vermoeden

4.4.2.6 Conclusie

5. Strafbare feiten met een element van verboden toegang of verblijf

5.1 Artikel 138, eerste en tweede lid, Sr

5.1.1 Tekst

5.1.2 Bevindingen

5.1.2.1 Besloten lokaal in gebruik bij een ander

5.1.2.2 Wederrechtelijk binnendringen

5.1.2.3 Zich niet op vordering verwijderen

5.1.2.4 Conclusie

5.2 Artikel 139, eerste en tweede lid, Sr

5.2.1 Tekst

5.2.2 Bevindingen

5.2.2.1 Een voor de openbare dienst bestemd lokaal

5.2.2.2 Wederrechtelijk binnendringen en zich niet op vordering verwijderen

5.2.2.3 Conclusie

5.3 Artikel 429quinquies Sr

5.3.1 Tekst

5.3.2 Bevindingen

5.3.2.1 Verboden plaats

5.3.2.2 Conclusie

6. Strafbaar feit met een element van strijd met de seksuele zeden

6.1 Tekst

6.2 Bevindingen

6.2.1 Schennis van de eerbaarheid

6.2.2 De plaatsen

6.2.3 Conclusie

7. Strafbare feiten met een element van onbruikbaarmaking

7.1 Artikel 350, eerste lid, Sr

7.1.1 Tekst

7.1.2 Bevindingen

7.1.2.1 Enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort

7.1.2.2 Vernieling, wegmaking en beschadiging

7.1.2.3 Onbruikbaar maken

7.1.2.4 Opzettelijk en wederrechtelijk

7.1.2.5 Conclusie

7.2 Artikel 352 Sr

7.2.1 Tekst

7.2.2 Bevindingen

7.2.2.1 Algemeen

7.2.2.2 Gebouw

7.2.2.3 Onklaar maken

7.2.2.4 Opzettelijk en wederrechtelijk onbruikbaar maken in casu

7.2.2.5 Conclusie

8. Strafbare feiten met een element van verstoring, baldadigheid of hinder

8.1 Artikel 146 Sr

8.1.1 Tekst

8.1.2 Bevindingen

8.2 Artikel 424, eerste lid, Sr

8.2.1 Tekst

8.2.2 Bevindingen

8.2.2.1 Tegen personen of goederen gepleegde baldadigheid

8.2.2.2 Voor het publiek toegankelijke plaats

8.2.2.3 Conclusie

8.3 Artikelen 72, tweede lid, en 73 APV Tilburg

8.3.1 Tekst

8.3.2 Bevindingen

8.3.2.1 Algemeen

8.3.2.2 Artikel 73 APV Tilburg; een andere soortgelijke voor het publiek toegankelijke ruimte

8.3.2.3 Artikel 72, tweede lid, APV Tilburg; gebouwen, die voor publiek toegankelijk zijn

8.3.2.4 Conclusie

9. De conclusies op een rij

1. Inleiding

Op 21 februari 2017 verzocht mr. Ch.V. van der Voort, hoofofficier van justitie bij het arrondissementsparket Zeeland-West-Brabant, aan het WBOM om mee te denken in een zaak waarin, kort gezegd, de vraag aan de orde is of sprake is van het begaan van een strafbaar feit bij het maken en uitzenden van filmopnamen van seks in een biechtstoel[1] in een katholieke kerk. Door mr. officier van justitie bij genoemd arrondissementsparket, is aan ons op dezelfde dag een op deze zaak betrekking hebbend proces-verbaal van aangifte[2] toegezonden. Dit proces-verbaal van aangifte had de politie op 15 februari 2017 aan genoemde officier van justitie doen toekomen.

Uit het proces-verbaal van aangifte blijkt dat op 10 februari 2017 door de vice-voorzitter van het bestuur van parochie De Goede Herder in Tilburg namens deze parochie aangifte van belediging/smaad is gedaan in verband met het maken en uitzenden van de filmbeelden. De bewuste kerk, te weten de tussen 1872 en 1889 gebouwde neogotische Sint Jozefkerk in Tilburg (ook wel Heuvelkerk of Heuvelse Kerk genoemd), is een van de locaties van de parochie.[3]

Met dit advies wordt beoogd de genoemde vraag van een antwoord te voorzien. Alle door ons getrokken conclusies staan opgesomd in onderdeel 9 van dit advies.

[1] Een biechtstoel (of confessionale) is een cabine in een kerk voor het afnemen van de biecht (volgens Van Dale Groot woordenboek hedendaags Nederlands, versie 2.0, op basis van P.G.J. van Sterkenburg (hoofdred.), *Van Dale Groot woordenboek hedendaags Nederlands*, Utrecht: Van Dale Lexicografie bv 2002). Zie ook G. Geerts en H. Heestermans m.m.v. C. Kruyskamp, *Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, deel I, Utrecht/Antwerpen: Van Dale Lexicografie bv 1989: "kerkmeubel (tegen een der wanden geplaatst) voor het afnemen der biecht; van voren halfgesloten stoel, in het midden een zetel voor de priester, aan weerszijden door een houten wand met een opening of traliewerk afgescheiden van de knielhokjes der biechtelingen".

[2] Met nummer PL2000-2017031448-1 en gesloten en ondertekend op 10 februari 2017.

[3] Volgens www.parochiedegoedeherder.nl (geraadpleegd op 16 maart 2017) is deze kerk een typische binnenstadskerk. De kerk is volgens deze website een gezichtsbepalend gebouw. "Ze is gelegen aan het gezellige maar drukke Heuvelplein, middenop het hart van Tilburg — het uitgaanscentrum. Temidden van al het stadslawaai biedt ze een plek van stilte, ruimte en rust waar mensen tot bezinning kunnen komen. De kerk straalt dit ook uit: haar torens richten de blik onwillekeurig richting de hemel, haar interieur geven een gevoel van eeuwigheid, grenzeloosheid en ruimte", aldus de website.

2. De casus

Mede[4] aan het proces-verbaal van aangifte valt, wat betreft de feiten, het volgende te ontlenen.

Tussen zaterdag 1 oktober 2016 te 09.00 uur en woensdag 30 november 2016 te 09.00 uur zijn in de buurt van én in de Heuvelse Kerk door een Haagse producent filmopnamen gemaakt. Daarop is onder meer te zien (en te horen) dat een (Nederlands sprekende) jonge man en jonge vrouw overdag naar de kerk lopen, deze binnengaan[5], een waxinelichtje branden en een biechtstoel betreden. Op de filmopnamen is eveneens te zien dat zij orale seks in de biechtstoel hebben.[6] Ten tijde van het verblijf van het koppel in de kerk was aldaar geen samenkomst of plechtigheid gaande.[7] Overigens zijn op de film ook beelden te zien van de Emmapassage, de Heuvelstraat, de parkeergarage aan het Pieter Vreedeplein en de Groenstraat in Tilburg.

De filmopnamen zijn op internet en als onderdeel van een extra pakket of beveiligd door een pincode bij enkele televisieproviders (zoals Ziggo en KPN) uitgezonden door

[4] Ook www.nrc.nl/nieuws/2017/01/16/boetedoening-voor-ontheiligde-sekskerk-in-tilburg-a1541449, www.bd.nl/tilburg/video-pornofilm-kim-holland-in-biechthokje-st-jozefkerk-tilburg~a0c7ffbb en www.omroepbrabant.nl/?news/260055692/Pornofilm+in+Tilburgse+kerk+leidt+tot+aangifte+Ons+godshuis+is+ontheiligd.aspx, alle geraadpleegd op 16 maart 2017, hebben ons informatie verschaft (waaronder fragmenten van de film).

[5] De pastoor weet niet hoe de man en de vrouw binnen zijn gekomen. "Het hek is maar een paar uurtjes per dag open. Maar dan zijn er ook altijd mensen in de kerk, niemand heeft iets gemerkt", zo vertelde hij aan Omroep Brabant (www.nrc.nl/nieuws/2017/01/16/boetedoening-voor-ontheiligde-sekskerk-in-tilburg-a1541449, geraadpleegd op 16 maart 2017).

[6] Volgens een e-mailbericht van de politie van 15 februari 2017 is het "filmpje bij vvc opgeslagen maar daar is verder niets op te zien dan het binnengaan van de bewuste kerk en de feitelijke orale seks in een biechtstoel".

[7] In Italië lijkt dat op 1 juni 2008 anders te zijn geweest: "De Italiaanse politie heeft in de Dom van Cesena een man en een vrouw betrapt die tijdens de mis in een biechtstoel aan orale seks deden. Een kerkganger hoorde zondag tijdens de kerkdienst vreemde geluiden en gekreun uit de biechtstoel en belde de politie. (...) De agenten trokken het gordijntje weg en ontdekten de man en de vrouw van 31 en 32 jaar oud. Die brachten als excuus naar voren dat zij atheïsten zijn: "Voor ons is seks in een kerk zoals seks in welke plaats dan ook". De carabinieri namen het stel mee terwijl de mis gewoon doorging. Er is aangifte gedaan wegens obscene handelingen in het openbaar, verstoring van een religieuze ceremonie en handeling in strijd met de openbare eerbaarheid. (...) De bisschop van Cesena in de regio Emilia Romagna heeft alle gelovigen opgeroepen om vrijdag naar een reparatiemis te komen die de ontheiliging van hun kathedraal ongedaan moet maken. (anp/mvl)", aldus http://www.hln.be/hln/nl/959/Bizar/article/detail/298862/2008/06/03/Betrapt-bij-seks-in-biechtstoel-tijdens-mis.dhtml (geraadpleegd op 23 maart 2017). Na een veroordeling in eerste aanleg tot drie maanden voorwaardelijke gevangenisstraf in deze zaak, volgde in hoger beroep bij het hof in Bologna begin oktober 2016 vrijspraak omdat het naar het oordeel van de rechter niet ging om een "luogo pubblico" in de zin van het voormalige artikel 527 van de Codice penale ("chiunque, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, compie atti osceni, è punito con la reclusione da 3 mesi a 3 anni"). Zie http://www.dire.it/05-10-2016/79868-sesso-nel-confessionale-non-reato-due-amanti-cesena-assolti-appello, www.bergamonews.it/2016/10/05/sesso-nel-confessionale-del-duomo-prosciolti-non-e-luogo-pubblico/235442 en www.adnkronos.com/fatti/cronaca/2016/10/25/sesso-nel-confessio-nale-non-reato_ L5tScksifZ8qDqlKt8qlPO.html (geraadpleegd op 23 maart 2017). Mogelijk gaf berichtgeving (in oktober 2016) over deze Italiaanse zaak inspiratie voor de filmopnamen in de kerk in Tilburg.

de zender "De meiden van Holland"[8] van Blue Donkey Media B.V., een bedrijf van pornoactrice Kim Holland. Dit bedrijf heeft inmiddels zijn excuses voor het voorval aangeboden en de filmopnamen verwijderd.

De pastoor van de Heuvelse Kerk heeft van tientallen gelovigen — die, voor zover wij weten, van het gebeuren vernomen hadden van de pastoor of via de media — te horen gekregen dat zij zich zwaar beledigd voelen door de ontheiliging van de kerk als gevolg van de seksuele handelingen. Er zijn verschillende extra eucharistievieringen[9] gehouden om vergiffenis te vragen en de kerk te 'reinigen'. Daarbij werden de kerk en de gelovigen met wijwater besprenkeld en ook werd gebeden voor de makers van de filmopnamen. De biechtstoel is nog steeds in de kerk aanwezig en is, voor zover wij weten, bij het voorval onbeschadigd gebleven. Ook andere delen van de kerk hebben, voor zover wij weten, bij het voorval geen schade opgelopen.

Meer dan het voorgaande is ons niet bekend. Wij weten *bijvoorbeeld* niet precies hoe de man en de vrouw toegang tot de kerk hebben verkregen (doorlopen, openen van een deur of hek dan wel forceren van de toegang), of ze gehuwd waren en wat hun leeftijden waren.

[8] Te vinden op www.meidenvanholland.nl, geraadpleegd op 16 maart 2017.
[9] De eucharistieviering, ofwel de mis, is de viering van het sacrament van de eucharistie: een viering waarin de dankzegging voor het offer van Jezus centraal staat.

3. Te onderzoeken strafbare feiten

Enige medewerkers binnen het openbaar ministerie hebben zich reeds over de in deze zaak voorliggende vraag gebogen. Daarbij zijn de strafbare feiten genoemd die zijn omschreven in:

- artikel 137e, eerste lid, onder 1° en 2°, Wetboek van Strafrecht (Sr)(onder meer openbaar maken van voor een groep mensen wegens hun godsdienst beledigende uitlatingen),
- artikel 138, eerste lid, Sr (onder meer lokaalvredebreuk),
- artikel 139, eerste lid, Sr (lokaalvredebreuk in een voor de openbare dienst bestemd lokaal) en
- artikel 266, eerste lid, Sr (eenvoudige belediging).

Als — op het eerste gezicht — mogelijk relevante strafbare feiten zou naar onze mening ook nog kunnen worden gedacht aan de strafbare feiten omschreven in:

- artikel 137c, eerste lid, Sr (onder meer zich in het openbaar bij afbeelding beledigend uitlaten over een groep mensen wegens hun godsdienst),
- artikel 146 Sr (storen van een godsdienstige bijeenkomst),
- artikel 239 Sr (schennis van de eerbaarheid),
- artikel 271, eerste lid, Sr (onder meer een afbeelding van beledigende inhoud verspreiden),
- artikel 350, eerste lid, Sr (onder meer onbruikbaar maken van enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort),
- artikel 352 Sr (onder meer onbruikbaar maken van enig gebouw dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort),
- artikel 424, eerste lid, Sr (straatschenderij),
- artikel 429quinquies Sr (zich bevinden op een verboden plaats) en
- de artikelen 72, tweede lid, en 73 Algemene Plaatselijke Verordening (APV) van de gemeente Tilburg (hinderlijk gedrag bij of in gebouwen en in bepaalde voor publiek toegankelijke ruimten).

Hierna gaan wij voor deze strafbare feiten na of zij zich in de in onderdeel 2 van dit advies geschetste casus (kunnen) hebben voorgedaan. Hierbij delen wij de strafbare feiten in een aantal groepen naar aard in. Wij bespreken de strafbare feiten slechts voor zover nodig is om een antwoord te kunnen geven op de voorliggende vraag met hier en daar een extraatje. Wij gaan dus niet per definitie in op álle bestanddelen van de delictsomschrijvingen en de bespreking van bestanddelen is zeker niet uitputtend.

4. Strafbare feiten met een element van belediging

4.1 Artikel 137c, eerste lid, Sr

4.1.1 Tekst

Artikel 137c, eerste lid, Sr luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"1. Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie".*

4.1.2 Bevindingen

4.1.2.1 Algemeen

Wij stellen hier voorop dat als we het vizier richten op artikel 137c, eerste lid, Sr dat niet is met het oog op de orale seks zelf in de biechtstoel en het maken van filmopnamen daarvan. Het koppel in de biechtstoel en de filmer hebben zich tijdens hun activiteiten namelijk in onze optiek niet (zoals artikel 137c, eerste lid, Sr wél vereist) mondeling of bij geschrift of afbeelding uitgelaten. Hun daden zijn naar ons oordeel niet te kwalificeren als uitlatingen en zeker niet als uitlatingen die mondeling of bij geschrift of afbeelding zijn gedaan. Bij de bespreking van artikel 137c, eerste lid, Sr hebben wij wél het oog op hetgeen met de gemaakte film is gebeurd, te weten het uitzenden daarvan door de zender "De meiden van Holland" van Blue Donkey Media B.V.

De artikelen 137c t/m 137e Sr bevatten strafbepalingen gericht tegen discriminatoire uitlatingen.[10] Bij de invoering van deze artikelen in 1971 strekten zij tot uitvoering van de verplichting die voortvloeide uit het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVURD).[11] De strafbepalingen gingen in een tweetal opzichten echter verder dan de verdragsverplichtingen. In de eerste plaats verplicht het IVURD als zodanig niet tot het strafbaar stellen van *belediging* van

[10] A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 194.
[11] A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 196. Het verdrag is op 7 maart 1966 in New York tot stand gekomen (zie onder meer *Trb*. 1966, 237).

een groep op grond van ras. In de tweede plaats nam de wetgever ook *godsdienst of levensovertuiging* op, mede omdat uitlatingen over ras en over godsdienst in elkaars verlengde kunnen liggen.[12]

De ratio achter onder meer artikel 137c Sr is de bescherming van de openbare orde door negatieve beeldvorming over groepen tegen te gaan. Negatieve ideeën over groepen kunnen immers (uiteindelijk) leiden tot geweld tegen of discriminatie van die groepen.[13]

Over enige 'moeilijk liggende' bestanddelen van de delictsomschrijving in artikel 137c, eerste lid, Sr valt met het oog op de onderhavige casus het een en ander op te merken. Overigens, niet 'moeilijk liggend' is het bestanddeel "bij afbeelding". Dat de gemaakte film (een reeks) afbeeldingen in de zin van artikel 137c, eerste lid, Sr bevat (die bij uitzending gezien kunnen worden), is niet of nauwelijks voor discussie vatbaar.[14]

4.1.2.2 In het openbaar

In de eerste plaats gaan wij in op het bestanddeel "in het openbaar" in artikel 137c, eerste lid, Sr. In dit verband is van belang wat de Hoge Raad met betrekking tot dit bestanddeel heeft overwogen:

> "2.7.1 Onder "zich in het openbaar uitlaten" als bedoeld in art. 137c Sr, welke bepaling beoogt de openbare orde te beschermen, dient te worden verstaan "het ter kennis van het publiek brengen". Bij de beantwoording van de vraag of daarvan sprake is komt het aan op de bijzondere omstandigheden van het geval. Tot de — al dan niet in onderling verband en samenhang te beschouwen — omstandigheden kunnen behoren:
> - de omvang van de kring van personen tegenover wie de uitlating is gedaan;
> - de functie of hoedanigheid van degene tegenover wie de uitlating is gedaan;
> - het ontbreken van voorafgaande betrokkenheid van degene tegenover wie de uitlating is gedaan bij degene die de uitlating doet;
> - de mate waarin aan de uitlating door inhoud of vormgeving kenbaar een min of meer vertrouwelijk karakter moet worden ontzegd;

[12] Zie de Memorie van Toelichting bij het voorstel tot uitvoering van het IVURD (*Kamerstukken II* 1967/68, 9724, nr. 3, p. 4) en A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 197. Zie ook H.J.B. Sackers, 'Art. 137c, godsdienstkrenkingen en het publieke debat', *Strafblad* 2009, p. 220-232, p. 222 en 224.

[13] Zie onder meer L.A. van Noorloos, *Strafbaarstelling van 'belediging van geloof': een onderzoek naar mogelijke aanpassing van de uitingsdelicten in het Wetboek van Strafrecht, mede in het licht van internationale verdragsverplichtingen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2014, p. 12-14.

[14] Zie met betrekking tot artikel 240 Sr en artikel 261, tweede lid, Sr A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, respectievelijk p. 349 en p. 88 (bewegende plaatjes – film, video – zijn afbeeldingen).

- de mate waarin de uitlating geëigend is om aan de inhoud daarvan bekendheid te geven buiten de kring van personen tot wie de uitlating rechtstreeks is gericht;
- de mate waarin de uitlating door de wijze waarop zij is gedaan — mondeling, bij brief, per e-mail, door plaatsing op een voor anderen toegankelijke site of anderszins — vatbaar is voor kennisneming door anderen dan de rechtstreeks geadresseerde, en
- de kans dat de inhoud van de uitlating ter kennis komt van anderen dan degenen tot wie de uitlating rechtstreeks is gericht".[15]

Of de uitzending van de film door de zender "De meiden van Holland" is aan te merken als "in het openbaar" gedaan, is in onze visie twijfelachtig. De kring van personen die van de film kennis kon nemen, is in die zin beperkt in omvang dat alleen betalende klanten via internet en abonnees op een extra pakket of bezitters van een pincode via de televisie de film konden bekijken.[16] De film kon dus niet door iedere internetgebruiker en iedere televisierkijker vrij bekeken worden. In dit verband wijzen wij op de in de rechtsliteratuur verwoorde opvatting dat wanneer alleen een beperkte en duidelijk omschreven groep personen van de uitlatingen kennis kan nemen, de uitlating niet "in het openbaar" wordt gedaan.[17] Ook schatten wij de kans dat de film ter kennis komt van anderen (dus 'meekijkers'), niet zo hoog in. Voorts wijzen wij erop dat het ter kennis brengen van een geschrift aan een zelf gekozen besloten kring — aan bepaalde personen, met uitsluiting van de massa — door het Hof Den Haag niet onder het "in het openbaar" bij geschrift opruien is gebracht.[18]

[15] HR 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:952, *NJ* 2014/336 m.nt. N. Keijzer. Vgl. HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2009, *NJ* 2011/325: "Onder 'ruchtbaarheid geven' als bedoeld in art. 261 Sr dient te worden verstaan 'het ter kennis van het publiek brengen'. Met zodanig 'publiek' is een bredere kring van betrekkelijk willekeurige derden bedoeld (vgl. HR 8 juli 2008, LJN BC9186, NJ 2008/430)". Keijzer stelt in zijn zojuist genoemde noot: "Opmerking verdient voorts dat de Hoge Raad in r.o. 2.7.1. enerzijds stelt dat onder "zich in het openbaar uitlaten" in art. 137c Sr dient te worden verstaan: "het ter kennis van het publiek brengen" maar anderzijds een aantal factoren opsomt die mogelijk maken dat uitlatingen als in het openbaar gedaan worden aangemerkt ook indien geen anderen dan de geadresseerden er kennis van hebben genomen. (...) Duidelijker zou ik het hebben gevonden indien in r.o. 2.7.1. in plaats van "ter kennis van het publiek brengen" verdragsgetrouw was gesteld: voor het publiek beschikbaar maken". Zie verder HR 2 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8693, *NJ* 2002/421 m.nt. P.A.M. Mevis (met betrekking tot artikel 137d Sr) en HR 30 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AG3813, *NJ* 2004/189 m.nt. P.A.M. Mevis (met betrekking tot artikel 137c Sr) waarin de formulering "ter kennis van het publiek komen" wordt gehanteerd.

[16] De Hoge Raad geeft in zijn arrest uit 2014 niet aan hoe ruim de kring van personen móet of nog kán zijn. In zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging uit 1998 gaat het Buruma — thans raadsheer in de Hoge Raad — erom of degene die iets op internet zet "een (beperkt) publiek wil bereiken, of niet" ('Internet en strafrecht', *Handelingen Nederlandse Juristenvereniging* 1998-I, deel III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 156).

[17] A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 205.

[18] Hof Den Haag 23 januari 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC3441, *NJ* 2008/184.

In dit verband vermelden wij voorts nog dat de vertoning van de voor katholieken bepaald niet fijne film "Das Liebeskonzil"[19] in een alternatief filmhuis van het Otto-Preminger Instituut in Innsbruck het Europees Hof voor de rechten van de mens leidde tot onder meer de volgende overweging:

> "The Court notes first of all that although access to the cinema to see the film itself was subject to payment of an admission fee and an age-limit, the film was widely advertised. There was sufficient public knowledge of the subject-matter and basic contents of the film to give a clear indication of its nature; for these reasons, the proposed screening of the film must be considered to have been an expression sufficiently 'public' to cause offence".[20]

Ons is niet gebleken dat aan de film in de onderhavige zaak vóór uitzending op vergelijkbare wijze een ruime publiciteit is gegeven.

Erkend moet echter worden dat wat betreft internet de grenzen nog niet precies zijn afgetast.[21] De grens tussen openbaar en niet-openbaar is hier nog niet zo duidelijk.[22] Wat in ieder geval wél duidelijk is, is dat door gebruik te maken van internet welbewust wordt gekozen voor een medium met een — in ieder geval in beginsel — groot potentieel publieksbereik en dat:

- uitlatingen in het openbaar worden gedaan (artikel 137c, eerste lid, Sr),
- uitlatingen openbaar worden gemaakt (artikel 137e, eerste lid, onder 1°, Sr en
- uitlatingen gedaan worden met het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven (artikel 261, eerste lid, Sr),

als toegang tot de inhoud van de website vrij is.[23]

[19] Deze film is gebaseerd op een boek van Oskar Panizza. Het gaat om een satirische in de hemel gesitueerde tragedie waarin God als een seniele oude man wordt voorgesteld, waarin Maria een erotische spanning opbouwt met de duivel en waarin aan Jezus een steekje loszit. De film was door de Oostenrijkse autoriteiten in beslag genomen omdat gehandeld was in strijd met het verbod op het kleineren van geloofsovertuigingen ('Herabwürdigung religiöser Lehren' in artikel 188 van het Oostenrijkse Wetboek van Strafrecht). Tegen die inbeslagneming en latere verbeurdverklaring was opgekomen en dat leidde uiteindelijk tot het arrest van het EHRM. De inbeslagneming en verbeurdverklaring werden niet in strijd met artikel 10 EVRM geacht (stemverhouding: 6-3).

[20] EHRM 20 september 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2150, *NJ* 1995/366 m.nt. E.J. Dommering.

[21] Hierover A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 205 en 206.

[22] Vgl. A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 7: "Overigens is het bij het gebruik van internet steeds moeilijker een duidelijke grens tussen openbaar en niet-openbaar te trekken".

[23] Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 17 november 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ3011 (groepsbelediging door plaatsing teksten op internet), Hof Amsterdam 20 juni 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD7024 (eenvoudige belediging door plaatsing op website van tekst, Rb Assen 22 juli 2008, ECLI:NL:RBASS: 2008:BD8453 (smaadschrift door plaatsing teksten op eigen website), Hof Amsterdam 23 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4139, *NJFS* 2010/29 (groepsbeledigingen door plaatsing teksten op internet), Rb Arnhem 25 januari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL0923 (smaadschrift door plaatsing van circa 700 seksueel getinte foto's met soms teksten op websites), Hof Den Haag 16 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO4035 (smaadschrift door plaatsing bewerkte foto's op internet; cassatieberoep verworpen in HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012: BW9966), HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012: BV5623, *NJ* 2012/220 (groepsbelediging door plaatsing cartoon op websites), HR 26 juni 2012, ECLI: NL:HR:2012:BW9189, *NJ* 2012/415 (groepsbelediging door plaatsing van teksten op een website), Hof Amsterdam 22 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1100 (anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving uitlating openbaar maken die, naar hij redelijkerwijs moet vermoeden, voor een groep mensen

4.1.2.3 Uitlating

In de tweede plaats bestaat bij ons wel enige twijfel over het antwoord of het uitzenden van de film door de zender "De meiden van Holland" aangemerkt kan worden als het "zich...uitlaat" zoals bedoeld in artikel 137c, eerste lid, Sr. Levert, met andere woorden, de uitzending van deze film wel een uitlating op? Wordt met "uitlating" niet eerder gedoeld op het tot uitdrukking brengen van een *denkbeeld, opvatting, idee of theorie*?[24] Aan het begrip "uiting" wordt evenwel in de rechtsliteratuur een niet te enge inhoud gegeven.[25]

4.1.2.4 Wegens hun godsdienst

Al aangenomen dat de uitzending van filmbeelden van orale seks in een biechtstoel een uitlating in de zin van artikel 137c, eerste lid, Sr oplevert (over welke kwestie zojuist hiervóór) en al aangenomen dat deze uitlating, zoals vereist, een beledigende uitlating *over*[26] een groep mensen, te weten katholieke gelovigen, inhoudt — iets wat we niet zouden willen aannemen omdat de uitzending van de film in onze ogen niet de strekking heeft om de groep katholieke gelovigen bij het publiek in een ongunstig

wegens hun ras beledigend is) en Hof Den Bosch 21 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:615 (groepsbelediging door plaatsing videoclip op YouTube). Zie ook Rb Utrecht 22 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM5860 (vrijspraak van groepsbelediging om andere reden). Zie verder A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 121 en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 7 bij artikel 137c, supplement 169 uit oktober 2016 (J.W. Fokkens) in verbinding met aantekening 5 bij artikel 131 Sr, supplement 152 uit juni 2010 (J.W. Fokkens).

[24] In het hierna te bespreken arrest heeft de Hoge Raad het over "de *inhoud* [cursivering WBOM] van de uitlating". Ook in de rechtsliteratuur wordt "uitlating" wel gezien als het naar buiten brengen van *opvattingen*. Zie bijvoorbeeld C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 10b bij artikel 137e Sr (J.M. ten Voorde). Zie ook artikel 4 onder (a) IVURD: "De Staten die partij zijn bij dit Verdrag veroordelen alle propaganda en alle organisaties die berusten op *denkbeelden* of *theorieën* die uitgaan van de superioriteit van een bepaald ras of een groep personen van een bepaalde huidskleur of etnische afstamming, of die trachten rassenhaat en rassendiscriminatie in enige vorm te rechtvaardigen of te bevorderen, en nemen de verplichting op zich onverwijld positieve maatregelen te nemen die erop zijn gericht aan elke vorm van aanzetting tot of aan elke uiting van een zodanige discriminatie een einde te maken en met het oog daarop (...) onder andere: (a) strafbaar bij de wet te verklaren het verspreiden, op welke wijze ook, van *denkbeelden* die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat, aanzetting tot rassendiscriminatie, zomede alle daden van geweld of aanzetting daartoe, die zijn gericht tegen een ras of een groep personen van een andere huidskleur of etnische afstamming, alsook het verlenen van steun aan tegen bepaalde rassen gerichte activiteiten, waaronder begrepen de financiering daarvan".

[25] Zie A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 3.

[26] De wet spreekt hier niet van een beledigende uitlating *voor* een groep mensen. Dat gebeurt wél in artikel 137e, eerste lid, onder 1°, Sr. Dit verschil heeft geen inhoudelijke betekenis volgens L.A. van Noorloos, *Strafbaarstelling van 'belediging van geloof': een onderzoek naar mogelijke aanpassing van de uitingsdelicten in het Wetboek van Strafrecht, mede in het licht van internationale verdragsverplichtingen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2014, p. 25.

daglicht te stellen[27] — dan nog is het naar onze mening niet zo, althans wij hebben geen grond om dit aan te nemen, dat deze beledigende uitlating heeft plaatsgevonden *wegens hun godsdienst*, dus *omdat* zij het katholieke geloof aanhangen.[28] In dit verband wijzen wij op de volgende overwegingen van de Hoge Raad:

> "2.5.1 Art. 137c Sr stelt strafbaar het zich beledigend uitlaten 'over een groep mensen wegens hun godsdienst', doch niet het zich beledigend uitlaten over een godsdienst, ook niet indien dit geschiedt op zo'n wijze dat de aanhangers van die godsdienst daardoor in hun godsdienstige gevoelens worden gekrenkt. Strafbaar is enkel het zich nodeloos krenkend uitlaten over een groep mensen omdat deze een bepaalde godsdienst aanhangt. Het beledigen van een groep mensen wegens hun godsdienst valt — aldus de wetsgeschiedenis — immers alleen onder art. 137c Sr als men de mensen, behorend tot die groep, collectief treft in hetgeen voor die groep kenmerkend is, namelijk in hun godsdienst, en men hen beledigt juist omdat zij van dat geloof zijn. Alle, zelfs felle kritiek op opvattingen die in die groep leven of op het gedrag van hen, die tot de groep behoren, blijft buiten het bereik van art. 137c Sr.
>
> 2.5.2 Gelet op de beperkte reikwijdte van art. 137c Sr die door de wetgever is beoogd, vereist deze bepaling dat de uitlating onmiskenbaar betrekking heeft op een bepaalde groep mensen die door hun godsdienst wordt gekenmerkt en zich daardoor onderscheidt van anderen. De enkele omstandigheid dat grievende uitlatingen over een godsdienst ook de aanhangers van die godsdienst krenken, is niet voldoende om die uitlatingen te kunnen gelijkstellen met uitlatingen over die aanhangers, dus over een groep mensen wegens hun godsdienst in de zin van art. 137c Sr.
>
> 2.6 Het Hof heeft geoordeeld dat de verdachte zich met zijn poster met daarop de tekst 'Stop het gezwel dat Islam heet' onnodig grievend heeft uitgelaten over de Islam. Het Hof heeft daaraan de gevolgtrekking verbonden dat 'gezien de verbondenheid tussen de Islam en haar gelovigen' deze uitlating reeds daardoor ook beledigend is voor 'die groep mensen die de Islam belijden'. Naar uit het voorgaande volgt, heeft het Hof aldus blijk gegeven van een te ruime — en dus

[27] Zie HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:510, *NJ* 2016/248 m.nt. N. Keijzer (met betrekking tot artikel 137c, eerste lid, Sr): "Een uitlating kan als beledigend worden beschouwd wanneer zij de strekking heeft een ander bij het publiek in een ongunstig daglicht te stellen en hem aan te randen in zijn eer en goede naam. Het oordeel dat daarvan sprake is, zal bij een uitlating die in het algemeen op zichzelf niet beledigend is, afhangen van de context waarin de uitlating is gedaan (vgl. HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9796, NJ 2010/670)". Het door de Hoge Raad aangehaalde arrest uit 2009 (waarvan de vindplaats *NJ* 2010/671 is), heeft betrekking op artikel 266, eerste lid, Sr. De drie elementen die wij in onderdeel 4.3.2.4 van dit advies zullen noemen bij de bespreking van artikel 266, eerste lid, Sr (beledigend karakter uitlating, belang van de context en onnodige grievendheid) zien we ook bij de toepassing van artikel 137c Sr. Hierover L.A. van Noorloos, *Strafbaarstelling van 'belediging van geloof': een onderzoek naar mogelijke aanpassing van de uitingsdelicten in het Wetboek van Strafrecht, mede in het licht van internationale verdragsverplichtingen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2014, p. 16 en 17.

[28] Over dit vereiste onder meer T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 2 bij artikel 137c, supplement 169 uit oktober 2016 (J.W. Fokkens) en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 9d bij artikel 137c Sr (J.M. ten Voorde).

onjuiste — opvatting omtrent de in art. 137c, eerste lid, Sr voorkomende uitdrukking 'een groep mensen wegens hun godsdienst'".[29]

Gesteld is dat de Hoge Raad met dit arrest de lat van artikel 137c Sr weer gelegd heeft op het niveau waarop de wetgever die heeft willen leggen: het risico moet worden beteugeld dat verwerpelijke uitlatingen, die enkel zijn gedaan met het opzet een groep mensen *omwille van hun godsdienst* [cursivering WBOM] te treffen, de openbare orde in die zin verstoort dat zij een reële kans op wanordelijkheden in zich bergen.[30]

4.1.2.5 Opzet

Voorts (maar dit valt niet helemaal los te zien van het zojuist besprokene) zijn wij de mening toegedaan dat — slechts voor de redenering ervan uitgaande dat een beledigende uitlating over een groep mensen, te weten katholieke gelovigen, wegens hun godsdienst is gedaan — onaannemelijk is dat deze uitlating opzettelijk[31] is gedaan. Wij weten niet precies hoe er bij de zender tegen uitzending van de film werd aangekeken maar het lijkt ons onaannemelijk dat men (juist) wegens hun godsdienst een over de groep mensen in kwestie, te weten katholieke gelovigen, beledigende uitlating heeft willen doen. Daaraan doet niet af dat de biechtstoel in de kerk natuurlijk is gekozen omdat het een voor het hebben van seks en het maken van filmopnamen daarvan bijzondere plek is. Volkomen opzet is dus niet aannemelijk. Maar ook voorwaardelijk opzet[32] is niet aannemelijk nu voor voorwaardelijk opzet in casu is

[29] HR 10 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF0655, *NJ* 2010/19 m.nt. P.A.M. Mevis. De annotator wijst er op dat de Hoge Raad hiermee in feite een eerste, preliminaire, stap toevoegt aan het beslissingsschema dat volgt uit HR 14 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE7632, *NJ* 2003/261 m.nt. P.A.M. Mevis (de beoordeling van het beledigend karakter van de uitlating op zichzelf, de context waarin de uitlating is gedaan en het al dan niet onnodig grievend karakter van de uitlating). Over het arrest uitgebreid L.A. van Noorloos, *Strafbaarstelling van 'belediging van geloof': een onderzoek naar mogelijke aanpassing van de uitingsdelicten in het Wetboek van Strafrecht, mede in het licht van internationale verdragsverplichtingen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2014, p. 39-43.

[30] H.J.B. Sackers, 'Art. 137c, godsdienstkrenkingen en het publieke debat', *Strafblad* 2009, p. 220-232, p. 225. Zie ook onderdeel 4.1.2.1 van dit advies.

[31] Overigens: over het antwoord op de vraag of het opzet óók gericht moet zijn op de openbaarheid wordt verschillend gedacht. Zie bijvoorbeeld D.H. de Jong in zijn noot onder HR 29 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1818, *NJ* 2001/694 (nee) en H.J.B. Sackers, 'Art. 137c, godsdienstkrenkingen en het publieke debat', *Strafblad* 2009, p. 220-232, p. 225 (ja). De tekst van het artikel wijst ons inziens op een ontkennend antwoord.

[32] Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg is volgens talloos veel uitspraken van de Hoge Raad aanwezig indien de verdachte bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat dat gevolg intreedt. Over de nadere invulling hiervan heeft de Hoge Raad zich ook diverse malen uitgelaten. Vereist is dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld. Van degene die weet heeft van de aanmerkelijke kans op het gevolg, maar die naar het oordeel van de rechter ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden, kan wel worden gezegd dat hij met (grove) onachtzaamheid heeft gehandeld maar niet dat zijn opzet in voorwaardelijke vorm op dat gevolg gericht is geweest. Bewuste aanvaarding is iets anders dan "willen" in het gewone spraakgebruik. Bij wezenlijke onverschilligheid kan

vereist dat *bewust* de aanmerkelijke kans is *aanvaard* dat een over een groep mensen, te weten katholieke gelovigen, wegens hun godsdienst beledigende uitlating werd gedaan. Al aangenomen dat een dergelijke aanmerkelijke kans bestond — om deze intellectueel te kunnen 'grijpen' is wel enige hersengymastiek nodig, althans als men het "wegens hun godsdienst" ook door het opzet laat bestrijken[33] — is het onaannemelijk dat deze kans bewust is aanvaard. Bij de zender was men hoogstwaarschijnlijk helemaal niet bezig met de perceptie door de katholieke gelovigen van het opnemen en uitzenden van de film.

4.1.2.6 Conclusie

Onze conclusie is dat artikel 137c, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is.

4.2 Artikel 137e, eerste lid, onder 1° en 2°, Sr

4.2.1 Tekst

Artikel 137e, eerste lid, onder 1° en 2°, Sr luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"1. Hij die, anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving:*
> *1°. een uitlating openbaar maakt die, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, voor een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap beledigend is, of aanzet tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap;*

van aanvaarding sprake zijn in de zin van een positieve waardering van het gedrag en mogelijk gevolg daarvan. Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het — behoudens contra-indicaties — niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard. De beantwoording van de vraag of de gedraging de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roept, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Er is geen grond de inhoud van het begrip "aanmerkelijke kans" afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk is te achten.

[33] Immers: kan een aanmerkelijke *kans* bestaan dat over een groep mensen, te weten katholieke gelovigen, een beledigende uitlating wordt gedaan (juist) *wegens hun godsdienst*?

2°. een voorwerp waarin, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, zulk een uitlating is vervat, aan iemand, anders dan op diens verzoek, doet toekomen, dan wel verspreidt of ter openbaarmaking van die uitlating of verspreiding in voorraad heeft;
wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie".

4.2.2 Bevindingen

4.2.2.1 Algemeen

Ook bij de bespreking van 137e, eerste lid, onder 1° en 2°, Sr hebben wij niet het oog op de orale seks zelf in de biechtstoel en het maken van filmopnamen daarvan maar op hetgeen nadien met de gemaakte film is gebeurd, te weten het uitzenden daarvan door de zender "De meiden van Holland" van Blue Donkey Media B.V.

4.2.2.2 Anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving

Als eerste merken wij op dat naar ons oordeel aan het bestanddeel "anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving" in artikel 137e, eerste lid, Sr is voldaan. Van zakelijke berichtgeving lijkt ons bij uitzending van de film in kwestie namelijk geen sprake. De film draagt niet het karakter van — met name — wetenschappelijke of journalistieke voorlichting of informatieverschaffing.[34] Vervolgens komen wij toe aan de kern van de in de onderdelen 1° en 2° omschreven strafbare gedragingen.

4.2.2.3 Openbaar maken van een uitlating (onderdeel 1°)

Staat in artikel 137c, eerste lid, Sr, kort gezegd, het *zich in het openbaar uitlaten* centraal, in onderdeel 1° van artikel 137e, eerste lid, Sr gaat het om, kort gezegd, het *openbaar maken van een uitlating*. Dat is niet hetzelfde. Laatstgenoemde bepaling veronderstelt het reeds bestaan van een uitlating (die openbaar wordt gemaakt) terwijl eerstgenoemde bepaling het doen van de uitlating zelf (de 'geboorte' daarvan) strafbaar stelt. Voor zover hier van belang betreft de openbaarmaking in onderdeel 1° van artikel 137e, eerste lid, Sr een uitlating die, naar de betrokkene weet of redelij-

[34] In deze lijn over "anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving" A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 234 en 235. Zie ook T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 2 bij artikel 137e, supplement 169 uit oktober 2016 (J.W. Fokkens) en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 10a bij artikel 137e Sr (J.M. ten Voorde).

kerwijs moet vermoeden, voor een groep mensen wegens hun godsdienst beledigend is.

De vraag is nu of de zender door het uitzenden van de film (voor betalende klanten via internet en voor abonnees op een extra pakket of bezitters van een pincode via de televisie), een dergelijke uitlating openbaar heeft gemaakt. Wij menen dat dit twijfelachtig is. Wat in onderdeel 4.1.2.2 van dit advies is opgemerkt aangaande twijfel over het vervuld zijn van het bestanddeel "in het openbaar" in artikel 137c, eerste lid, Sr, geldt hier met betrekking tot het bestanddeel "openbaar maakt". [35]

Belangrijker is, dat als men over die twijfel heenstapt en aanneemt dat de uitzending door de zender een openbaarmaking inhoudt, deze openbaarmaking naar ons oordeel niet een reeds bestaande *uitlating* betreft. De daden van het koppel in de biechtstoel zijn naar ons oordeel niet te kwalificeren als uitlatingen. Op de film zijn in onze visie dus geen uitlatingen vastgelegd (zie ook onderdeel 4.1.2.1 van dit advies). Dit geldt temeer indien men ook in het kader van de toepassing van artikel 137e, eerste lid, Sr eist dat sprake moet zijn van een mondelinge uiting, een uiting in een geschrift of een uiting in een afbeelding.[36]

4.2.2.4 Wetenschap of vermoeden

Of men bij de zender heeft *geweten* dat de filmbeelden voor een groep mensen, te weten katholieke gelovigen, wegens hun godsdienst beledigend zijn — als dat laatste al het geval is wat gelet op het gestelde in onderdeel 4.3.2.4 hoogst dubieus is[37] — is een vraag die waarschijnlijk ontkennend moet worden beantwoord. In onderdeel 4.1.2.5 van dit advies hebben we al gesteld dat men bij de zender hoogstwaarschijnlijk helemaal niet bezig was met de perceptie door de katholieke gelovigen van (het opnemen en) uitzenden van de film. Dat laatste sluit uiteraard niet uit dat men *redelijkerwijs had moeten vermoeden* dat de filmbeelden voor een groep mensen, te weten katholieke gelovigen, wegens hun godsdienst beledigend zijn (al aangenomen dat

[35] Over "openbaar maken" in artikel 137e, eerste lid, Sr C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 10c bij artikel 137e Sr (J.M. ten Voorde) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 6 bij artikel 137e, supplement 169 uit oktober 2016 (J.W. Fokkens).

[36] Zoals gebeurt in C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 10b bij artikel 137e Sr (J.M. ten Voorde).

[37] Zie HR 29 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP0478: "Voor de beoordeling van de vraag of de dolken met de daarop aangebrachte symbolen en teksten beledigend zijn voor een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap (...) — een en ander in de zin van art. 137e, eerste lid, Sr — dienen zij niet uitsluitend op zichzelf te worden bezien, doch tevens in de gegeven omstandigheden van het geval en in het licht van mogelijke associaties die zij wekken (vgl. HR 23 november 2010, LJN BM9132, NJ 2011/115)".

dit laatste het geval is). Maar ook al zouden wij dit "redelijkerwijs moeten vermoeden" aannemen, dan nog blijft staan dat het uitzenden van de filmbeelden niet valt aan te merken als een openbaarmaking van reeds bestaande *uitlatingen* (waarover onderdeel 4.2.2.3 van dit advies).

4.2.2.5 Resterende opmerkingen

Wat betreft artikel 137e, eerste lid, onder 2°, Sr merken wij nog het volgende op. De film kan als een voorwerp in de zin van deze bepaling worden gekwalificeerd[38] (maar daarin is, zoals we zagen in onderdeel 4.2.2.3 van dit advies, geen uitlating vervat).

De vraag of met het uitzenden van de film door de zender sprake is van het verspreiden in de zin van artikel 137e, eerste lid, onder 2°, Sr, is een vraag die er, gelet op het voorgaande, eigenlijk niet meer toe doet. Overigens lijkt een bevestigende beantwoording van déze vraag in dit tijdperk (met ruim verkrijgbaar internet en televisie) eerder in de rede te liggen dan een ontkennende beantwoording.[39] Dat de Hoge Raad decennia geleden voor "verspreiding" in de zin van artikel 240 Sr waarschijnlijk een pluraliteit van exemplaren heeft geëist[40], kan hieraan niet afdoen, mede gelet op latere rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot artikel 137e Sr die wat minder 'streng' is.[41]

4.2.2.6 Conclusie

Onze conclusie is dat artikel 137e, eerste lid, onder 1° en 2°, Sr in casu niet van toepassing is.

[38] Zie de Memorie van Toelichting bij het voorstel tot uitvoering van het IVURD (*Kamerstukken II* 1967/68, 9724, nr. 3, p. 5: "Onder de sub 2° genoemde voorwerpen zijn niet slechts begrepen boeken, kranten, tijdschriften of afbeeldingen, doch tevens films, televisie-opnamen, geluidsbanden en dergelijke") en A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 234 ("bij voorwerpen kan worden gedacht aan boeken, kranten, pamfletten, prenten, films, televisieopnamen, cd's en dvd's").

[39] Sympathie voor een ruime benadering in verband met moderne technieken zien we ook bij A.L.J.M. Janssens, *Strafbare belediging*, diss. Groningen, Amsterdam: Thela Thesis 1998, p. 144.

[40] Zie HR 23 juni 1959, *NJ* 1960/72 m.nt. B.V.A. Röling en HR 14 april 1964, *NJ* 1964/435 m.nt. W.P.J. Pompe genoemd in C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 8g bij artikel 114 Sr (M.A.H. van der Woude).

[41] HR 15 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC4351, *NJ* 1986/279 m.nt. Th.W. van Veen ("De (...) omstandigheid dat klager als veilinghouder in een catalogus slechts een exemplaar van zeer veel verschillende boeken of andere geschriften tė koop aanbood, kan de door de Rb. daaraan verbonden gevolgtrekking dat derhalve geen sprake was van 'ter verspreiding in voorraad hebben' als bedoeld in art. 137e Sr niet dragen. Het — impliciet gegeven en tot de bestreden beslissing geleid hebbende — oordeel dat niet van verspreiden of ter verspreiding in voorraad hebben gesproken kan worden indien meer geschriften van verschillende inhoud, die alle wel een uitlating of uitlatingen als bedoeld in genoemd artikel bevatten, verkocht onderscheidenlijk te koop aangeboden worden, steunt niet op de wet"). Over "verspreiden" in artikel 261 Sr A.L.J.M. Janssens, *Strafbare belediging*, diss. Groningen, Amsterdam: Thela Thesis 1998, p. 139-145.

4.3 Artikel 266, eerste lid, Sr

4.3.1 Tekst

Artikel 266, eerste lid, Sr luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"1. Elke opzettelijke belediging die niet het karakter van smaad of smaadschrift draagt, hetzij in het openbaar mondeling of bij geschrift of afbeelding, hetzij iemand, in zijn tegenwoordigheid mondeling of door feitelijkheden, hetzij door een toegezonden of aangeboden geschrift of afbeelding, aangedaan, wordt, als eenvoudige belediging, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie".*

Eenvoudige belediging is overigens ingevolge artikel 269 Sr een klachtdelict.

4.3.2 Bevindingen

4.3.2.1 Algemeen

In artikel 266, eerste lid, Sr is de eenvoudige belediging strafbaar gesteld. Deze eenvoudige belediging kan op drie wijzen worden aangedaan:

- in het openbaar mondeling of bij geschrift of afbeelding,
- in tegenwoordigheid van de beledigde mondeling of door feitelijkheden en
- door een toegezonden of aangeboden geschrift of afbeelding.[42]

In de onderhavige zaak zouden katholieke gelovigen de beledigden zijn (of zij dat ook werkelijk zijn, is een vraag die hierna aan de orde komt). Zij hebben, voor zover wij weten, via de pastoor en/of de media vernomen dat orale seks in de biechtstoel had plaatsgevonden en dat daarvan filmopnamen waren gemaakt. Ze hebben de orale seks niet zelf waargenomen terwijl ze in de kerk aanwezig waren en ze hebben, voor zover wij weten, niet zelf naar de filmbeelden op de zender gekeken. Evenmin is de film aan hen toegezonden of aangeboden, bijvoorbeeld bij brief of per e-mail. Uitgaande van een en ander zijn twee van de drie hiervóór genoemde wegen afgesloten:

[42] Ook in A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 96 en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 1 bij artikel 266 Sr (A.L.J. Janssens) worden deze drie wijzen genoemd.

het bestanddeel "in tegenwoordigheid van"[43] is niet vervuld (nu de katholieke gelovigen niet *rechtstreeks* met de seks of de film geconfronteerd zijn) en datzelfde kan worden gezegd van het bestanddeel "toegezonden of aangeboden".[44]

De enige wijze waarop een eenvoudige belediging in casu zou kunnen zijn aangedaan, is derhalve die "in het openbaar mondeling of bij geschrift of afbeelding". Nu in de onderhavige zaak evident geen sprake is van een mondelinge uiting of een uiting bij geschrift, zou het alleen kunnen gaan om een belediging in het openbaar *bij afbeelding* aangedaan.

4.3.2.2 Bij afbeelding

In onderdeel 4.1.2.1 van dit advies hebben we al gesteld dat niet of nauwelijks voor discussie vatbaar is dat de gemaakte film (een reeks) afbeeldingen in de zin van artikel 137c, eerste lid, Sr bevat. Wij zouden er evenzeer van uit willen gaan dat de gemaakte film (een reeks) afbeeldingen in de zin van artikel 266 Sr bevat.[45] In het bestanddeel "bij afbeelding" ligt volgens ons dus geen probleem. De belediging "bij afbeelding" zou in casu gelegen moeten zijn in de uitzending van de film door de zender omdat het hebben van de orale seks zelf en het filmen daarvan niet "bij afbeelding" zijn geschied. In díe handelingen kan sowieso geen belediging "bij afbeelding" gelegen zijn.

4.3.2.3 In het openbaar

In onderdeel 4.1.2.2 van dit advies hebben we al tot uitdrukking gebracht dat wij het twijfelachtig vinden of de uitzending van de film door de zender "Meiden van Holland"

[43] Over dit bestanddeel A.L.J.M. Janssens, *Strafbare belediging*, diss. Groningen, Amsterdam: Thela Thesis 1998, p. 234-236, A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 123-125, T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 5 bij artikel 266, supplement 166 uit mei 2015 (A.J.M. Machielse) en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 8c bij artikel 266 Sr (A.L.J. Janssens). Zie ook HR 5 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1114, *NJ* 2014/53 ("Het oordeel van het Hof dat onder omstandigheden sprake kan zijn van belediging van iemand "in zijn tegenwoordigheid mondeling aangedaan" indien de beledigde niet in de fysieke nabijheid verkeert van degene die beledigt of de beledigde die belediging eerst op een later tijdstip verneemt dan dat zij is gedaan, is, gelet op doel en strekking van art. 266, eerste lid, Sr, juist. In dit geval heeft de aangeefster de belediging vernomen bij het afluisteren van de voicemail waarop de verdachte deze had ingesproken. Gelet op het vorenstaande heeft het Hof met zijn oordeel dat de belediging de aangeefster aldus in haar tegenwoordigheid mondeling is aangedaan, niet een te ruime uitleg gegeven aan art. 266, eerste lid, Sr").

[44] Over de hier bedoelde toezending en aanbieding A.L.J.M. Janssens, *Strafbare belediging*, diss. Groningen, Amsterdam: Thela Thesis 1998, p. 243-245.

[45] In deze zin ook A.L.J.M. Janssens, *Strafbare belediging*, diss. Groningen, Amsterdam: Thela Thesis 1998, p. 233.

is aan te merken als "in het openbaar" gedaan. Diezelfde twijfel is ook hier aan de orde. Op voorhand uitsluiten dat sprake is van "in het openbaar" kunnen wij niet.[46]

In dit verband melden wij nog dat plaatsing van teksten met foto op een Hyves-webpagina waarbij deze teksten en foto waren afgeschermd voor het publiek en slechts zichtbaar waren voor tien à twaalf personen ('Hyves-vrienden'), door het Hof Den Bosch niet werd aangemerkt als een uitlating in het openbaar gedaan in de zin van artikel 266 Sr.[47] Maar nog geen maand later vond het Hof Leeuwarden dat de wijze waarop — en de aard van de bewoordingen waarin (onder meer "Ik moet mijn kind meegeven aan een pedo") — verdachte haar gedachten via haar Hyves-pagina met een twintigtal anderen had gedeeld niet anders kon worden opgevat dan als het welbewust en derhalve opzettelijk ruchtbaarheid geven aan die uitlatingen) in de zin van artikel 261, eerste lid, Sr.[48] Dat oordeel hield in cassatie stand.[49] De Hoge Raad overwoog onder meer dat het hof in aanmerking had genomen dat de in de bewezenverklaring genoemde uitlating niet te vergelijken is met informatie die in de beslotenheid van de huiskamer aan een beperkte kring geadresseerden wordt toevertrouwd en dat het in het onderhavige geval, waarin de tekst op de Hyves-pagina van de verdachte zichtbaar was voor personen die kennelijk naar eigen inzicht en zonder enige restrictie over de uitlating konden beschikken, voor de verdachte voorzienbaar en op voorhand feitelijk te verwachten was dat de geplaatste tekst verder zou worden verspreid.

4.3.2.4 Belediging

Een beoordeling die nu nog rest, is of in de uitzending door de zender van de film met daarop de beelden van de orale seks in de biechtstoel een eenvoudige belediging in de zin van artikel 266, eerste lid, Sr van de katholieke gelovigen is gelegen. Met dat punt raken we de kern van dit misdrijf. Wat betekent in artikel 266, eerste lid, Sr "be-

[46] De overweging van de Hoge Raad in HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9108, *NJ* 2010/410 dat onder "in het openbaar" in artikel 266 Sr dient te worden verstaan dat de uitlatingen zijn gedaan onder zodanige omstandigheden of op zodanige wijze dat zij in beginsel door anderen dan degene tegenover wie zij zijn gedaan zouden kunnen worden gehoord, lijkt toegesneden op mondelinge uitlatingen. Zie eerder al HR 9 juni 1941, *NJ* 1941/709 ("dat beleedigende woorden, geuit op een voor het publiek toegankelijke plaats, en dat niet vertrouwelijk, maar zoo luid, dat de daar aanwezigen het hooren — alles, gelijk in deze vaststaat, — zijn te beschouwen als „beleediging in het openbaar gèdaan", ook al was daar ter plaatse, behalve degene, tot wien die woorden gezegd werden, slechts één persoon en al was deze vrouw van den caféhouder"). Over "in het openbaar" in artikel 266, eerste lid, Sr onder meer A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 119-122, C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 8b bij artikel 266 Sr (A.L.J. Janssens) en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 3 bij artikel 266, supplement 166 uit mei 2015 (J.W. Fokkens).

[47] Hof Den Bosch 12 oktober 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK5777, *NJFS* 2010/48.

[48] Hof Leeuwarden 3 november 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BK1897.

[49] HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2009, *NJ* 2011/325.

lediging" (die niet het karakter van smaad of smaadschrift draagt)? De algemene stelling dat de strekking van alle beledigingsmisdrijven uit het Wetboek van Strafrecht de bescherming is van de morele integriteit van de persoon[50], is weinig specifiek en helpt ons niet zo veel verder. Ook de stelling dat er twee hoofdcategorieën van strafbare belediging zijn, te weten de smaad (en de daaraan gekoppelde smaadschrift en laster) en de eenvoudige belediging, waarbij de smaad ziet op reputatieroof en de eenvoudige belediging op aantasting of aanranding van andermans waardigheid [51], geeft nog onvoldoende informatie. Het is noodzakelijk iets meer grip te krijgen.

Uiteraard is hier de — van casuïstische aard zijnde — rechtspraak inzake eenvoudige belediging van belang. Deze rechtspraak is (helaas) grotendeels toegesneden op andere situaties dan die waarvan in casu sprake is. De rechterlijke beslissingen hebben namelijk grotendeels betrekking op, kort gezegd, verbale uitingen. In de rechtspraak komen (bijvoorbeeld) het gebruik van scheldwoorden, de toevoeging van minachtende adjectieven of kwalificaties, het doen van insinuaties, het geven van excessieve negatieve waardeoordelen en het maken van vage beschuldigingen ruim aan bod. In de rechtspraak keren in hoofdzaak drie elementen terug: het al dan niet op zichzelf beledigend zijn van de uitlating, het belang van de context waarin de uitlating is gedaan — de uitlating kan bijvoorbeeld een bijdrage aan een maatschappelijk debat of een kunstuiting zijn — en het al dan niet onnodig grievend zijn van de uitlating.[52] Het is zaak nu iets dieper in te gaan op de rechtspraak omtrent de eenvoudige belediging.[53]

Rond de laatste eeuwwisseling heeft de Hoge Raad een aantal malen in het algemeen geoordeeld dat een uitlating beledigend is wanneer zij de strekking heeft een ander bij het publiek in een ongunstig daglicht te stellen en hem aan te randen in zijn eer en goede naam.[54] Iets preciezer lijkt de Hoge Raad zich thans uit te drukken wanneer hij overweegt dat *in een geval van een in tegenwoordigheid van een ander gedane uitla-*

[50] A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 43 en 44.
[51] A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 63 en 64. Zie ook p. 98.
[52] Over deze drie elementen A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 112 en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 8a bij artikel 266 Sr (A.L.J. Janssens). Zie bijvoorbeeld HR 14 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE7632, *NJ* 2003/261 m.nt. P.A.M. Mevis. Ook bij de toepassing van artikel 137c, eerste lid, Sr spelen deze elementen een rol. Zie bijvoorbeeld HR 29 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6731, *NJ* 2012/37 m.nt. E.J. Dommering, HR 27 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV5623, *NJ* 2012/220 en HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583, *NJ* 2015/108 m.nt. N. Rozemond.
[53] In T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 2 bij artikel 266, supplement 166 uit mei 2015 (A.J.M. Machielse) wordt vrijwel uitsluitend ingegaan op rechtspraak die betrekking heeft op vervolgingen voor belediging van politieambtenaren.
[54] Zie bijvoorbeeld HR 15 september 1997, *DD* 98.007 en HR 30 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3143, *NJ* 2002/129.

ting deze als beledigend moet worden beschouwd wanneer zij de strekking heeft die ander aan te randen in zijn eer en goede naam.[55] Het oordeel dat daarvan sprake is, zal bij woorden waarvan het gebruik op zichzelf in het algemeen niet beledigend is, volgens de Hoge Raad afhangen van de context waarin de uitlating is gedaan.[56] De context kan niet-beledigende woorden alsnog beledigend doen zijn. Bij een uitlating die woorden bevat die op zichzelf genomen een beledigend karakter hebben (zoals bij scheldwoorden veelal het geval zal zijn), zal van genoemde strekking in het algemeen sprake zijn.[57]

Dezelfde benadering valt te zien in gevallen waarin een belediging een ander *bij afbeelding* zou zijn aangedaan. In die gevallen kan volgens de Hoge Raad een afbeelding als beledigend worden aangemerkt wanneer zij de strekking heeft die ander bij het publiek in een ongunstig daglicht te stellen en hem aan te randen in zijn eer en goede naam. Het oordeel dat daarvan sprake is, zal bij een afbeelding waarvan het gebruik op zichzelf in het algemeen niet beledigend is, afhangen van de context waarin de afbeelding is geplaatst.[58]

Het beledigingsbegrip in artikel 266 Sr is, gelet op een en ander, in beginsel dus hetzelfde is als het beledigingsbegrip in artikel 137c, eerste lid, Sr.[59]

Er is niet veel rechtspraak over specifiek (het al dan niet bestaan van) belediging door middel van handelingen met een film.

De rechtbank Leeuwarden verklaarde in zo'n 'filmzaak' bewezen dat de betrokkene opzettelijk een persoon in het openbaar bij afbeelding had beledigd in de zin van arti-

[55] Een bijzonder geval was aan de orde in HR 11 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:306, *NJ* 2014/134: "Het oordeel van het Hof dat de verdachte, die zelf niet stottert, door op stotterende wijze een ander die stottert en als zodanig bekend staat stotterend aan te spreken met het doel die ander te kwetsen, geeft — in het licht van de omstandigheid dat dat aanspreken luid en duidelijk en in de aanwezigheid van derden is geschied — niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk".

[56] Zie onder meer HR 6 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8498, *NJ* 2004/201, HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009: BJ9796, *NJ* 2010/671 m.nt. Y. Buruma, HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009: BK3366, *NJ* 2010/672 m.nt. Y. Buruma (onder *NJ* 2010/671), HR 22 november 2011, ECLI:NL:HR: 2011:BQ3106, *NJ* 2012/44 m.nt. T.M. Schalken, HR 24 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7085, *NJ* 2013/49 m.nt. P.A.M. Mevis, HR 8 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9188, *NJ* 2012/462 m.nt. N. Keijzer, HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9960, HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2003, *NJ* 2014/181 m.nt. N. Keijzer, HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1564 en HR 10 februari 2015, ECLI:NL:HR: 2015:274, *NJ* 2015/186 m.nt. N. Keijzer.

[57] HR 22 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5623, *NJ* 2009/466 en HR 24 maart 2015, ECLI:NL:HR: 2015:709, *NJ* 2015/187.

[58] HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3247.

[59] Zie de nootsgewijze weergave in onderdeel 4.1.2.4 van dit advies van HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR: 2016:510, *NJ* 2016/248 m.nt. N. Keijzer (met betrekking tot artikel 137c, eerste lid, Sr). Zie ook A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 110: "wij gaan ervan uit dat het bestanddeel 'beledigend' in art. 137c Sr in beginsel dezelfde betekenis heeft als het bestanddeel 'belediging' in art. 266 Sr (...)".

kel 266, eerste lid, Sr door een privé-filmpje waarop die persoon naakt te zien is op de website "You Tube" te plaatsen. De rechtbank overwoog onder meer het volgende:

> "Uit het dossier blijkt dat op het privé-filmpje te zien is dat aangeefster [slachtoffer] naakt in het bad staat. Verdacht heeft eerdergenoemd filmpje zonder toestemming van [slachtoffer] op het internet geplaatst. Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat een gedraging beledigend is als zij de strekking heeft de ander bij het publiek in een ongunstig daglicht te stellen en hem aan te randen in zijn eer en goede naam. De rechtbank is van oordeel dat door het plaatsen van bovengenoemd filmpje op het internet verdachte inbreuk heeft gemaakt op aangeefsters recht op onaantastbaarheid van haar lichaam en het respect waarop iemand als mens, als zedelijk wezen, aanspraak mag maken. Derhalve is aangeefster in een ongunstig daglicht gesteld en in haar eer en goede naam gekrenkt".[60]

Het Hof Leeuwarden was het echter niet eens met dit vonnis en overwoog:

> "Het plaatsen van een (privé)filmpje waarop een persoon naakt te zien is, is als zodanig en op zichzelf niet te beschouwen als het beledigen bij afbeelding. Voor het antwoord op de vraag of sprake is van belediging, is van belang in welke context het filmpje is geplaatst en/of wat het karakter is van de (naakt)beelden op het filmpje, in het bijzonder op welke wijze de beelden de persoon weergeven. In de tenlastelegging is het een noch het ander feitelijk omschreven, terwijl daar ook in combinatie met het dossier geen invulling aan kan worden gegeven. Daarmee is een adequaat onderzoek op basis van deze tenlastelegging niet mogelijk. Om die reden zal het hof de dagvaarding met betrekking tot feit 2 nietig verklaren".[61]

Een andere zaak, hiervóór al even genoemd, kwam bij de Hoge Raad terecht. In die zaak had de verdachte een neutrale, van haar Facebookpagina afkomstige, foto van een vrouw toegevoegd aan een filmpje waarop seksuele gedragingen van een andere vrouw te zien waren en dit aldus gemanipuleerde filmpje via Whatsapp verzonden aan een vriend die dit filmpje naar een groep van zo'n twintig personen had doorgezonden. Het kennelijk oordeel van het Hof dat de afbeelding in de onderhavige context een beledigend karakter had als bedoeld in artikel 266 Sr, was volgens de Hoge Raad zonder nadere motivering, die ontbrak, niet begrijpelijk. Het Hof had immers met betrekking tot de context in het bijzonder niets vastgesteld omtrent het verband dat in het filmpje wordt gelegd of gesuggereerd tussen de getoonde foto van de vrouw en het tonen van de door een andere vrouw verrichte seksuele gedragingen. Aan de en-

[60] Rb Leeuwarden 9 april 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BI0666. De rechtbank overwoog voorts onder meer: "Het is dan ook niet overdreven om te vrezen dat het slachtoffer nooit meer uit het virtuele moeras zal komen waarin zij zich door toedoen van verdachte bevindt. Schrijnend daarbij is te horen dat verdachte zegt dit allemaal in een melige bui te hebben gedaan".

[61] Hof Leeuwarden 4 mei 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BM3169, *NJFS* 2010/239. Overigens ging dit arrest in cassatie onderuit wegens een ander punt (HR 20 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8695, *NJ* 2012/449 m.nt. J.M. Reijntjes).

kele omstandigheid dat de foto van de vrouw in dit filmpje is opgenomen kan nog niet worden ontleend dat het tonen van die afbeelding de strekking heeft haar in een ongunstig daglicht te plaatsen en haar aan te randen in haar eer en goede naam, aldus de Hoge Raad.[62]

Bekend is natuurlijk de eerste strafzaak tegen Geert Wilders (na een door het Hof Amsterdam gegeven bevel tot vervolging[63]). In die strafzaak moest de rechtbank onder meer oordelen over het al dan niet gepleegd hebben van groepsbelediging — en dus niet eenvoudige belediging — door middel van de volgende uitlating in de op een website geplaatste film Fitna: "De islam wil overheersen, onderwerpen en is uit op de vernietiging van onze westerse beschaving. In 1945 werd in Europa het nazisme overwonnen. In 1989 werd in Europa het communisme overwonnen. Nu moet de islamitische ideologie worden overwonnen. Stop de islamisering. Verdedig onze vrijheid." De rechtbank Amsterdam overwoog:

> "De vierde uitlating is afkomstig uit de film Fitna. Deze uitlating heeft naar haar bewoordingen onmiskenbaar betrekking op de islam. Moslims worden niet genoemd. Ook in samenhang met de gehele film blijkt niet dat verdachte met deze uitlating op zich negatieve conclusies over moslims trekt.
> Conclusie ten aanzien van de uitlatingen in feit 1
> Voor alle ten laste gelegde uitlatingen onder 1 geldt dus dat het bestanddeel van artikel 137c Sr 'over een groep mensen wegens hun godsdienst' niet vervuld is.
> De rechtbank acht, met de officieren van justitie en de verdediging, het onder 1 ten laste gelegde dan ook niet bewezen".[64]

[62] HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3247.

[63] Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, *NJ* 2009/191 m.nt. Y. Buruma waarin onder meer wordt overwogen: "Naar het oordeel van het hof zijn in de reeks van Wilders' meningsuitingen tal van uitspraken aan te wijzen die tevens beledigend zijn voor de groep mensen die tot de moslimgemeenschap behoren. Dat geldt in het bijzonder voor uitlatingen waarin de islam wordt omschreven als 'de fascistische islam' en de Koran wordt getypeerd als 'het islamitische Mein Kampf'. Vergelijkingen met het fascisme en nationaal-socialisme, verpakt in one-liners en nauwelijks onderbouwd, zijn buitengewoon kwetsend en dragen zonder meer een beledigend karakter voor wie het betreft. Ook de meeste andere uitlatingen kunnen vanwege hun diskwalificerende en geringschattende toonzetting als beledigend voor de bevolkingsgroep van moslimgelovigen worden aangemerkt".

[64] Rb Amsterdam 23 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001, *NJ* 2012/370 m.nt. P.A.M. Mevis. Met betrekking tot een uitlating in De Volkskrant ("Een gematigde islam bestaat niet. Het bestaat niet, omdat er geen onderscheid is tussen Goede islam en Slechte islam. Er is islam, en daar houdt het mee op. En islam is de Koran, en niets dan de Koran. En de Koran is het Mein Kampf van een religie die beoogt anderen te elimineren, die die anderen — niet-moslims — ongelovige honden noemt, inferieure wezens. Lees de Koran, dat Mein Kampf, nog eens. In welke versie dan ook, je zult zien dat al het kwade dat de zoons van Allah tegen ons en henzelf begaan, uit dat boek afkomstig is (Oriana Fallaci, The Force of Reason, post-script, pag. 305, februari 2006)") overwoog de rechtbank: "Deze uitlating ziet voor een deel op de islam en voor dat deel niet op een groep mensen. Het tweede gedeelte 'je zult zien dat al het kwade dat de zoons van Allah tegen ons en henzelf begaan, uit dat boek afkomstig is' ziet op het gedrag van moslims. Kritiek op het gedrag van de aanhangers van een bepaalde godsdienst valt volgens de wetgever niet onder artikel 137c Sr. Ook in samenhang met de rest van het artikel krijgt de uitlating geen andere betekenis".

Naar ons oordeel heeft (uitzending van) de film in de onderhavige zaak niet de strekking een ander of meer anderen bij het publiek in een ongunstig daglicht te stellen en deze ander of anderen aan te randen in zijn of hun eer en goede naam. De film in kwestie getuigt van het ontbreken van respect voor het katholieke geloof en de beleving daarvan door de gelovigen — waardoor deze zich zeker gekwetst kunnen voelen — maar de film is niet gericht op het in een ongunstig daglicht stellen van katholieke gelovigen. Anders geformuleerd: de strekking van de film is niet het aanranden van katholieke gelovigen in hun eer en goede naam, ook al kunnen zij zich zeker getroffen voelen. Van belediging in de zin van artikel 266, eerste lid, Sr is in onze visie dus geen sprake.

4.3.2.5 Opzet

Naar onze mening valt, mede gelet op de tekst van artikel 266, eerste lid, Sr waarin "opzettelijke" en "belediging" naast (maar wel in verbinding met) elkaar worden genoemd, het vereiste opzet niet te vereenzelvigen met de strekking van de woorden, het geschrift of de afbeelding en daarom dus niet met de belediging. Wij merken dit op omdat in de rechtsliteratuur de strekking soms een sterk subjectieve kleur krijgt waardoor de strekking samenvalt of bijna samenvalt met het opzet.[65]

Wij zijn van opvatting dat in casu onvoldoende grond bestaat voor de conclusie dat opzet heeft bestaan om katholieke gelovigen in een ongunstig daglicht te stellen oftewel hun eer en goede naam aan te randen. Daartoe heeft, voor zover wij kunnen overzien, geen wil bestaan en ook voorwaardelijk opzet om te beledigen[66] — er moet dan bewust een aanmerkelijke kans zijn aanvaard dat de film katholieke gelovigen in een onjuist daglicht zou stellen oftewel hun eer en goede naam zou aanranden — lijkt in de onderhavige zaak niet aan de orde.

[65] Zie bijvoorbeeld C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 7 bij artikel 266 Sr (A.L.J. Janssens)("In het bezigen van een in het algemeen spraakgebruik erkend scheldwoord ligt *de strekking, en daarmee het opzet, om te beledigen* besloten" [cursivering WBOM]) en A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 45 en 46 ("Die strekking – een 'boodschap' die men wil 'meedelen' of wil 'uitdragen' – hangt niet in het luchtledige"), p. 99 ("Uit het gebruik van termen die naar algemeen spraakgebruik scheldwoorden zijn, valt *de strekking om te beledigen* af te leiden" [cursivering WBOM]) en p. 104 ("Bij het gebruik van andere termen dan evidente scheldwoorden en waarbij dus niet zonder meer de geschiktheid om te beledigen vaststaat, kan de strekking om te beledigen een belangrijke factor zijn. Uiteraard is het antwoord op de vraag welke uitlating of term is gebezigd van belang. *En wil degene die de term bezigt, beledigen?* [cursivering WBOM]).

[66] Deze vorm van opzet is voor eenvoudige belediging voldoende. Zie HR 21 november 1989, *DD* 90.130 (inzake de term "aasgieren").

De noodzaak ontbreekt om hier (ook nog eens) in te gaan op het vereiste van opzet op de openbaarheid.[67]

4.3.2.6 Conclusie

Onze conclusie is dat artikel 266, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is.

4.4 Artikel 271, eerste lid, Sr

4.4.1 Tekst

Artikel 271, eerste lid, Sr luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"1. Hij die een geschrift of afbeelding van beledigende of voor een overledene smadelijke inhoud verspreidt, openlijk tentoonstelt of aanslaat of, om verspreid, openlijk tentoongesteld of aangeslagen te worden, in voorraad heeft, wordt, indien hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat de inhoud van het geschrift of de afbeelding van zodanige aard is, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie".*

Het misdrijf omschreven in artikel 271, eerste lid, Sr is overigens ingevolge het vierde lid van dit artikel een klachtdelict.

4.4.2 Bevindingen

4.4.2.1 Algemeen

Voor zover voor de onderhavige zaak van belang stelt artikel 271, eerste lid, Sr strafbaar het verspreiden, openlijk tentoonstellen of aanslaan van een afbeelding van beledigende inhoud, indien de betrokkene weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat de inhoud van de afbeelding van zodanige aard is.

[67] Over dit vereiste A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 115 en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 7 bij artikel 266 Sr (A.L.J. Janssens).

4.4.2.2 Afbeelding

Wij nemen aan dat de film in kwestie kan worden aangemerkt als een reeks van afbeeldingen die bij uitzending gezien kunnen worden. Dit lijkt niet of nauwelijks betwistbaar (zie ook onderdeel 4.1.2.1 van dit advies).

4.4.2.3 Verspreiding, openlijke tentoonstelling en aanslag

Voorts achten wij een bevestigend antwoord op de vraag of de film is verspreid of openlijk is tentoongesteld zeker mogelijk. Het internet en de televisie verschaffen in onze ogen een moderne gelegenheid tot verspreiding en tentoonstelling (zie onderdeel 4.2.2.5 van dit advies met betrekking tot de verspreiding[68]). In dit verband wijzen wij nog op een arrest van het Hof Den Bosch waarin is geoordeeld dat door het downloaden van bestanden met kinderporno en deze in een vrij toegankelijke gedeelde map op te slaan, en dusdoende de kring van degenen die kennis (kunnen) nemen van afbeeldingen als hier bedoeld te vergroten, verdachte bewust de aanmerkelijk kans had aanvaard dat hij dergelijke bestanden zou verspreiden als bedoeld in artikel 240b (oud) Sr.[69]

Wij vinden het wat geforceerd om in casu te spreken over het aanslaan van de film, nu met "aanslaan" in het Wetboek van Strafrecht gedoeld wordt op aanplakken[70] en naar ons idee geen aanplakking in digitale vorm op het internet heeft plaatsgevonden. Onze opvatting is dat een statische afbeelding kan worden aangeplakt maar een film niet.

4.4.2.4 Beledigende inhoud

Het in artikel 271, eerste lid, Sr omschreven misdrijf kan beschouwd worden als het "verspreidingsdelict van Titel XVI Sr"[71] dan wel als "verspreidingsdelict van onder meer smaad, smaadschrift en eenvoudige belediging".[72] Aan te nemen valt daarom dat bij de bepaling of een geschrift of afbeelding van de in artikel 271, eerste lid, Sr bedoelde beledigende inhoud is, het in genoemde titel gehanteerde begrip belediging

[68] In deze lijn met betrekking tot tentoonstellen ook C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 8g bij artikel 114 Sr (M.A.H. van der Woude).

[69] Hof Den Bosch 5 oktober 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU4032, *NJ* 2005/558.

[70] Vgl. A.L.J.M. Janssens, *Strafbare belediging*, diss. Groningen, Amsterdam: Thela Thesis 1998, p. 146 en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 8g bij artikel 114 Sr (M.A.H. van der Woude).

[71] A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 177.

[72] In deze zin C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 10 bij artikel 271 Sr (A.L.J. Janssens).

maatgevend is.[73] Dat betekent — gelet op onze in onderdeel 4.3.2.4 van dit advies getrokken conclusie dat in casu geen sprake is van belediging in de zin van artikel 266, eerste lid, Sr — dat de film in kwestie niet van beledigende inhoud is als bedoeld in artikel 271, eerste lid, Sr.

4.4.2.5 Wetenschap en vermoeden

Indien — voor de redenering — (wél) aangenomen zou worden dat de film in kwestie van beledigende inhoud is als bedoeld in artikel 271, eerste lid, Sr, doet zich de vraag voor of de zender geweten heeft of ernstige reden heeft gehad om te vermoeden dat de inhoud van de film van zodanige aard is. Hier roepen wij in herinnering dat wij in onderdeel 4.2.2.4 van dit advies al zijn ingegaan op de vraag of men bij de zender in de zin van artikel 137e, eerste lid, Sr *heeft geweten* dat de filmbeelden voor een groep mensen, te weten katholieke gelovigen, wegens hun godsdienst beledigend zijn. Die vraag werd door ons ontkennend beantwoord nu men bij de Izender hoogstwaarschijnlijk helemaal niet bezig is geweest met de perceptie door de katholieke gelovigen van (het opnemen en) uitzenden van de film. Dit laatste maakt dat ook wetenschap in de zin van artikel 271, eerste lid, Sr hoogstwaarschijnlijk afwezig is geweest. In dit verband merken wij nog op dat in de praktijk de hier bedoelde wetenschap – óók in zijn voorwaardelijke opzetvariant – niet snel aanwezig zal zijn.[74] Zoals wij in onderdeel 4.2.2.4 van dit advies tevens hebben opgemerkt, sluit afwezigheid van deze wetenschap uiteraard niet uit dat men in de zin van artikel 137e, eerste lid, Sr *redelijkerwijs had moeten vermoeden* dat de filmbeelden voor een groep mensen, te weten katholieke gelovigen, beledigend zijn. Ook de door artikel 271, eerste lid, Sr vereiste *ernstige reden* om te vermoeden dat de inhoud van het geschrift of de afbeelding van beledigende inhou d is, is uiteraard mogelijk bij afwezigheid van deze wetenschap maar voor een dergelijke ernstige reden om te vermoeden is wel wat nodig.[75] Een enkele reden om te vermoeden, is niet voldoende.[76] Wij vragen ons daarom ernstig af of in casu de hier bedoelde ernstige reden heeft bestaan.

[73] Vgl. A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 178: "Vereist is alleen dat de inhoud van het verspreide geschrift of de verspreide afbeelding voldoet *aan de bestanddelen van één van de beledigingsbepalingen van titel XVI Sr*" [cursivering WBOM].

[74] In deze zin A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 179 en 180.

[75] In A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 180 wordt opgemerkt dat ook de culpa met betrekking tot de inhoud (naar hun stellige mening) begrensd is.

[76] In deze zin C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 8 bij artikel 271 Sr (A.L.J. Janssens).

4.4.2.6 Conclusie

Onze conclusie is dat artikel 271, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is.

5. Strafbare feiten met een element van verboden toegang of verblijf

5.1 Artikel 138, eerste en tweede lid, Sr

5.1.1 Tekst

Artikel 138, eerste en tweede lid, Sr luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"1. Hij die in de woning of het besloten lokaal of erf, bij een ander in gebruik, wederrechtelijk binnendringt of, wederrechtelijk aldaar vertoevende, zich niet op de vordering van of vanwege de rechthebbende aanstonds verwijdert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie".*
> *2. Hij die zich de toegang heeft verschaft door middel van braak of inklimming, van valse sleutels, van een valse order of een vals kostuum, of die, zonder voorkennis van de rechthebbende en anders dan ten gevolge van vergissing binnengekomen, aldaar wordt aangetroffen in de voor de nachtrust bestemde tijd, wordt geacht te zijn binnengedrongen".*

5.1.2 Bevindingen

5.1.2.1 Besloten lokaal in gebruik bij een ander

Dat het kerkgebouw in kwestie kan worden aangemerkt als een besloten lokaal, dat wil zeggen een niet voor de openbare dienst bestemd lokaal, zouden wij, gelet op rechtspraak van de Hoge Raad, willen aannemen.[77] Dat het Tilburgse kerkgebouw als besloten lokaal in — feitelijk[78] — gebruik is bij een ander, te weten het parochiebestuur, lijdt evenmin twijfel. In dit verband moet worden opgemerkt dat daarin niet een dienst aan de gang hoeft te zijn om van dit feitelijke gebruik te kunnen spreken.[79]

[77] Zie HR 14 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC3907, *NJ* 1983/392 waarin als oordeel van de Hoge Raad besloten ligt dat het kerkgebouw van de rooms-katholieke parochie Sint Lucas een besloten lokaal is (in gebruik bij het kerkbestuur). Volgens HR 22 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9866, *NJ* 2011/559, HR 22 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9868, HR 22 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9869 en HR 22 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9870 volgt uit de afzonderlijke regeling die in artikel 139 Sr is gegeven voor een voor de openbare dienst bestemd lokaal, dat op zodanig lokaal artikel 138 Sr niet van toepassing is. Artikel 139, eerste lid, Sr komt in onderdeel 5.2 van dit advies aan de orde.

[78] Want dat is vereist: (onder meer) HR 2 februari 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB3474, *NJ* 1971/385 m.nt. C. Bronkhorst en HR 4 januari 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3692, *NJ* 1972/121.

[79] Zo is een woning die tijdelijk onbewoond is omdat de bewoner enige tijd elders moet worden verpleegd, nog steeds bij een ander feitelijk in gebruik (HR 4 januari 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3692, *NJ* 1972/121). Ook een woning waarin na aankoop ervan vrijwel dagelijks werkzaamheden plaatsvinden om haar

5.1.2.2 Wederrechtelijk binnendringen

Van wederrechtelijk binnendringen in de kerk is echter geen sprake, althans wanneer men ervan uitgaat dat het koppel en de filmer de kerk in konden lopen zonder het negeren van een mededeling (mondeling, op een bord etc.) dat de kerk op dat moment niet betreden mocht worden en zonder het op enigerlei wijze forceren van toegang tot de kerk (waarbij onder meer aan de in het tweede lid genoemde braak, inklimming, gebruik van valse sleutels etc. kan worden gedacht). Binnentreden na het 'gewoon' openen van een niet afgesloten hek of deur levert, behoudens bijzondere omstandigheden die in een andere richting wijzen, geen binnendringen op.[80] In dit verband wijzen wij op rechtspraak van de Hoge Raad volgens welke het betreden van een woning, besloten lokaal of erf, bij een ander in gebruik, als binnendringen moet worden beschouwd indien degene die zich daarin of daarop begeeft zulks doet tegen de voor hem — hetzij door een verklaring van de rechthebbende hetzij op grond van enige andere omstandigheid — onmiskenbare wil van de rechthebbende.[81] Overigens is door toevoeging van het woord "wederrechtelijk" buiten twijfel gesteld, dat het binnentreden — ook al geschiedt dit tegen de wil van de rechthebbende — niet strafbaar is, indien dit uit anderen hoofde gerechtvaardigd zou zijn.[82]

voor bewoning geschikt te maken is feitelijk in gebruik (HR 24 juni 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6932, *NJ* 1980/625).

[80] In deze zin T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 11 bij artikel 138 Sr, supplement 123 uit september 2003 (J.W. Fokkens). Een bijzondere omstandigheid kan bijvoorbeeld zijn het bewust afsluiten van de achterdeur voor achtervolgers (die vervolgens hevig tegen die deur trapten) met 'toevallig' ongesloten laten van de voordeur; binnentreden via de voordeur kan dan toch binnendringen zijn (Rb Alkmaar 16 juni 1891, *W* 6068). Ook binnentreden via een deur waarvan het slot kenbaar door onbekenden geforceerd is, kan binnendringen zijn.

[81] Onder meer HR 16 december 1969, ECLI:NL:HR:1969:AB5039, *NJ* 1971/96 m.nt. C. Bronkhorst, HR 4 januari 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3692, *NJ* 1972/121, HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM5282, *NJ* 2010/426, HR 30 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0940, *NJ* 2013/543 m.nt. P.A.M. Mevis en HR 19 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8685, *NJ* 2012/400. De opvatting dat geen sprake kan zijn van het wederrechtelijk binnendringen in een besloten erf door iemand met wetenschap van de omstandigheid dat een door de rechthebbende aangebrachte erfscheiding tegen de wil van de rechthebbende door derden is verwijderd, werd door de Hoge Raad onjuist bevonden (HR 19 juni 2012, ECLI: NL:HR:2012: BW8685, *NJ* 2012/400). Zie ook T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 11 bij artikel 138 Sr, supplement 123 uit september 2003 (J.W. Fokkens) en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 9g bij artikel 138 Sr (J.M. ten Voorde).

[82] HR 16 december 1969, ECLI:NL:HR:1969:AB5039, *NJ* 1971/96 m.nt. C. Bronkhorst, HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM5282, *NJ* 2010/426, HR 30 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0940, *NJ* 2013/543 m.nt. P.A.M. Mevis, HR 19 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8685, *NJ* 2012/400 en HR 23 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5352, *NJ* 2013/576 m.nt. P.A.M. Mevis.

5.1.2.3 Zich niet op vordering verwijderen

Dat het "wederrechtelijk aldaar vertoevende, zich niet op de vordering van of vanwege de rechthebbende aanstonds verwijdert" in casu niet aan de orde is, behoeft geen betoog, alleen al niet omdat feitelijk geen vordering tot verwijdering is gedaan.

5.1.2.4 Conclusie

Onze conclusie is dat artikel 138, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is, althans wanneer men ervan uitgaat dat het koppel en de filmer de kerk in konden lopen zonder het negeren van een (mogelijke) mededeling dat de kerk op dat moment niet betreden mocht worden en zonder het op enigerlei wijze forceren van toegang tot de kerk.

5.2 Artikel 139, eerste en tweede lid, Sr

5.2.1 Tekst

Artikel 139, eerste en tweede lid, Sr luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"1. Hij die in een voor de openbare dienst bestemd lokaal wederrechtelijk binnendringt, of, wederrechtelijk aldaar vertoevende, zich niet op de vordering van de bevoegde ambtenaar aanstonds verwijdert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie.*
> *2. Hij die zich de toegang heeft verschaft door middel van braak of inklimming, van valse sleutels, van een valse order of een vals kostuum, of die, zonder voorkennis van de bevoegde ambtenaar en anders dan ten gevolge van vergissing binnengekomen, aldaar wordt aangetroffen in de voor de nachtrust bestemde tijd, wordt geacht te zijn binnengedrongen"*

5.2.2 Bevindingen

5.2.2.1 Een voor de openbare dienst bestemd lokaal

Het kerkgebouw noch zich de daarin bevindende biechtstoel kan als een voor de openbare dienst bestemd lokaal kan worden aangemerkt. Daaronder moet namelijk worden verstaan een lokaal dat bestemd is voor gebruik door een publiekrechtelijke

instelling of publiekrechtelijk lichaam (wat de katholieke kerk of de parochie niet is).[83] Te denken valt hier aan kantoren van de belastingdienst, gerechtszalen, lokaliteiten van het rijk[84], van de provincies en van de gemeenten[85] en openbare universiteiten.[86]

5.2.2.2 Wederrechtelijk binnendringen en zich niet op vordering verwijderen

Wat betreft het wederrechtelijk binnendringen en de vordering om zich te verwijderen, verwijzen wij naar hetgeen daarover met betrekking tot artikel 138, eerste lid, Sr is gesteld in de onderdelen 5.1.2.2 en 5.1.2.3 van dit advies.

5.2.2.3 Conclusie

Onze conclusie is dat artikel 139, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is.

5.3 Artikel 429quinquies Sr

5.3.1 Tekst

Artikel 429quinquies Sr luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"Hij die zonder daartoe gerechtigd te zijn zich op een verboden plaats bevindt, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie".*

[83] Zie T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 2 bij artikel 139 Sr, supplement 138 uit mei 2007 (J.W. Fokkens) en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 9 bij artikel 139 Sr (J.M. ten Voorde).

[84] Zoals een vergaderzaal in het Ministerie van (Veiligheid en) Justitie (HR 13 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC3309, *NJ* 1978/164 m.nt. Th.W. van Veen).

[85] Zoals de vergaderzaal van een gemeenteraad (HR 17 december 1928, *W* 11939, *NJ* 1929, p. 638 en Hof Leeuwarden 31 januari 1974, ECLI:NL:GHLEE:1974:AB6512, *NJ* 1974/171) en een lokaal tijdelijk in gebruik bij de gemeente Noordwijk als opslagruimte voor gemeentewerken (HR 6 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AB9507, *NJ* 1982/16).

[86] Zoals het Maagdenhuis (het administratiegebouw van de openbare Universiteit van Amsterdam)(HR 12 mei 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB4556, *NJ* 1971/97 m.nt. C. Bronkhorst), de bibliotheek van de openbare Technische Universiteit in Delft (HR 18 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2599, *NJ* 2004/527) en de ten behoeve van het vervullen van de onderwijstaak bij de openbare Erasmus Universiteit Rotterdam in gebruik zijnde lokalen, waaronder de bibliotheek (HR 12 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4260, *NJ* 2004/662).

5.3.2 Bevindingen

5.3.2.1 Verboden plaats

Het kerkgebouw noch zich de daarin bevindende biechtstoel kan als een verboden plaats in de zin van deze strafbepaling worden aangemerkt. Op grond van artikel 80ter Sr moet onder verboden plaats namelijk worden verstaan iedere plaats die als verboden plaats is aangewezen ingevolge de Wet bescherming staatsgeheimen. Een kerk is niet een dergelijke verboden plaats.[87] Tot die verboden plaatsen behoren bijvoorbeeld de gebouwen waarin is gevestigd het Fysisch en Elektronisch Laboratorium van de Nederlandse Organisatie voor toegepast natuurwetenschappelijk onderzoek, gelegen op het perceel, kadastraal bekend: gemeente 's-Gravenhage, sectie V nr. 7000, sectie X nr. 5645 en gemeente Wassenaar sectie G nr. 3254[88] alsmede het gebouw Binnenhof 17 te 's-Gravenhage.[89]

5.3.2.2 Conclusie

Onze conclusie is dat artikel 429quinquies Sr in casu niet van toepassing is.

[87] Volgens artikel I van deze wet kan elke plaats in gebruik bij de staat of bij een staatsbedrijf ter bescherming van gegevens, waarvan de geheimhouding door het belang van de veiligheid van de staat wordt geboden, als verboden plaats worden aangewezen. Ook kan, op grond van artikel II, eerste lid, van deze wet elke plaats, waar krachtens overeenkomst met de staat werkzaamheden worden verricht of goederen worden bewaard die van belang zijn voor de veiligheid van de staat, ter bescherming van gegevens als bedoeld in artikel I voor het tijdvak, waarin de werkzaamheden worden verricht of de goederen worden bewaard, als verboden plaats worden aangewezen. Onder de veiligheid van de Staat moet in deze artikelen mede verstaan worden de veiligheid van diens bondgenoten, zo volgt uit artikel IIA van deze wet.

[88] Artikel 1 Besluit van 25 maart 1986, *Stb*. 1986, 198.

[89] Artikel 1 Besluit van 31 mei 2012, *Stcrt*. 2012, 12311.

6. Strafbaar feit met een element van strijd met de seksuele zeden

6.1 Tekst

Artikel 239 Sr luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft schennis van de eerbaarheid:*
> *1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd;*
> *2°. op een andere dan onder 1° bedoelde openbare plaats, toegankelijk voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar;*
> *3°. op een niet openbare plaats, indien een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is".*

6.2 Bevindingen

6.2.1 Schennis van de eerbaarheid

Volgens de Hoge Raad richt artikel 239 Sr zich in de eerste plaats tegen ongevraagde en ongewenste[90] seksueel getinte confrontatie met het menselijk lichaam of delen daarvan; het artikel strekt niet ter bestrijding van schennis van de eerbaarheid door afbeelding of geschrift dan wel door het gesproken woord, zodat – kort gezegd – het maken van seksueel getinte uitlatingen niet onder het artikel kan worden gerubriceerd.[91] De eerbaarheid is hier op te vatten als de eerbaarheid als algemeen begrip zoals dat moet worden opgevat naar de hier te lande heersende zeden, welke worden bepaald door de bij een belangrijke meerderheid van het Nederlandse volk op dit punt levende opvattingen.[92] Het gaat dus niet specifiek om de eerbaarheid van het slachtoffer.[93]

De dader moet, wil van schennis van de eerbaarheid sprake zijn, opzettelijk een confronterende, voor het normaal ontwikkeld schaamtegevoel kwetsende, handeling hebben verricht.[94] De schennis der eerbaarheid is ook wel omschreven als elke tot het

[90] Vooral vroeger werd in dit verband ook wel de term "onverhoeds(e)" gehanteerd.
[91] HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2027, *NJ* 2014/149 m.nt. N. Keijzer. Zie eerder al HR 9 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8452, *NJ* 2004/273 m.nt. T.M. Schalken.
[92] HR 19 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB5332, *NJ* 1975/133 (zoals ook bij artikel 240 Sr: HR 13 juni 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB4670, *NJ* 1973/297 m.nt. A.L. Melai).
[93] In deze zin al HR 28 mei 1906, *W* 8385. Zie ook HR 1 december 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB3454, *NJ* 1971/374 m.nt. C. Bronkhorst en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 1 bij artikel 239 Sr, supplement 163 uit april 2014 (A.J.M. Machielse).
[94] Ten dele ontleend aan HR 1 december 1970, ECLI:NL:HR:1970:AB3454, *NJ* 1971/374 m.nt. C. Bronkhorst. Zie over schennis van de eerbaarheid ook C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Straf-*

geslachtsleven behorende, op opwekking of bevrediging van geslachtsdrift gerichte handeling, welke in het openbaar (of tegenover derden) verricht, algemene ergernis geeft.[95] In casu heeft, voor zover wij weten, geen ongevraagde en ongewenste seksueel getinte confrontatie met een menselijk lichaam of delen daarvan plaatsgevonden. Niemand in de kerk heeft iets gemerkt van de orale seks in de biechtstoel. Dat achteraf — via de opgenomen film — door 'vragende' belangstellenden kennis kon worden genomen van de seksuele gedragingen in de biechtstoel maakt niet dat wél een confrontatie van genoemde aard heeft plaatsgevonden.

In enkele arresten heeft de Hoge Raad een bekritiseerde[96] uitbreiding aan het bereik van het artikel gegeven voor gevallen waarin er — kort gezegd — lichamelijk contact is geweest tussen de verdachte en het slachtoffer. Zo verwierp de Hoge Raad in een geval waarbij de verdachte het slachtoffer ontuchtig had vastgegrepen het tegen de veroordeling ter zake van artikel 239 Sr gerichte cassatieberoep ("dat een het sexuele leven betreffende gedraging, welker waarneming geschikt is anderer schaamtegevoel te kwetsen, kan bestaan in een tegen de persoon van een ander gerichte ontuchtige handeling, die dezen aldus buiten zijn wil noopt tot een dergelijk zijn schaamtegevoel kwetsend waarnemen, zo al niet door zien dan toch door voelen").[97] In een geval waarbij de verdachte de borsten en het geslachtsdeel van het slachtoffer had betast, werd dit oordeel uitdrukkelijk bevestigd.[98] In casu heeft geen lichamelijk contact tussen een dader en een slachtoffer plaatsgevonden.

6.2.2 De plaatsen

De (best wel enige tijd vergende beantwoording van de) vraag of het kerkgebouw kan worden aangemerkt als "een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd", "een andere dan onder 1° bedoelde openbare plaats, toegankelijk voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar" of "een niet openbare plaats" als bedoeld in respectievelijk de onderdelen 1°, 2° en 3° van artikel 239 Sr, kunnen wij, gelet op het voorgaande, laten rusten.

recht. Tekst & Commentaar, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 7a bij artikel 239 Sr (R.S.B. Kool).

[95] D. Simons (bijwerking door W.P.J. Pompe), *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht*, deel II, Groningen: Noordhoff 1937-1941, p. 212.

[96] Zie de noot van B.V.A. Röling onder HR 25 maart 1952, NJ 1952/240 en de noot van N. Keijzer onder HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2027, *NJ* 2014/149.

[97] HR 25 maart 1952, *NJ* 1952/240 m.nt. B.V.A. Röling.

[98] HR 18 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AC8137, *NJ* 1984/310 m.nt. A.L. Melai.

6.2.3 Conclusie

Onze conclusie is dat artikel 239 Sr in casu niet van toepassing is.

7. Strafbare feiten met een element van onbruikbaarmaking

7.1 Artikel 350, eerste lid, Sr

7.1.1 Tekst

Artikel 350, eerste lid, Sr luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"1. Hij die opzettelijk en wederrechtelijk enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort, vernielt, beschadigt, onbruikbaar maakt of wegmaakt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie".*

Overigens wordt in artikel 353 Sr de bepaling van artikel 316 Sr onder meer op dit misdrijf van toepassing verklaard. In bepaalde gevallen (die zich in casu niet voordoen) is vervolging uitgesloten of is de mogelijkheid daarvan afhankelijk gesteld van een klacht.

7.1.2 Bevindingen

7.1.2.1 Enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort

Dat de biechtstoel — zijnde een materiële zaak — kan worden aangemerkt als enig goed in de zin van artikel 350, eerste lid, Sr, zal geen discussie opleveren. Daarbij nemen wij, voor zover nodig, mede in aanmerking dat ook een onroerende zaak als enig goed kan worden aangemerkt.[99] Dat de biechtstoel in de zin van deze bepaling geheel of ten dele aan een ander toebehoort (dan aan het seksende koppel), is ook niet voor discussie vatbaar. Het "toebehoren aan" in het Wetboek van Strafrecht valt overigens vaak maar niet steeds samen met de civielrechtelijke eigendom. In bepaalde gevallen kan zeggenschap over een object (zonder in civielrechtelijke zin eigenaar te zijn) het "toebehoren aan" opleveren.[100]

[99] T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 7 bij artikel 350 Sr, supplement 138 uit mei 2007 (J.W. Fokkens). Of de biechtstoel in casu een onroerende zaak is, laten wij in het midden.

[100] Zie in dit verband onder meer H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint bv 1985, p. 127-195 (met p. 182 over "toebehoort aan" in artikel 350 Sr), J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 36 en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 8c bij artikel 310 Sr (A.J. van der Velden), aantekening 7b bij artikel 321 Sr (A.J. van der Velden) en aantekening 8b bij artikel 350 Sr (R. van Elst).

7.1.2.2 Vernieling, wegmaking en beschadiging

Van vernielen in de zin van artikel 350, eerste lid, Sr is sprake indien het goed zo kapot is gemaakt dat het niet meer als zodanig bestaat.[101] Een andere omschrijving is dat het goed zodanig is beschadigd dat het niet meer door reparatie in de oude toestand kan worden hersteld.[102] Vernieling is in casu niet aan de orde.

Van wegmaken in de zin van deze bepaling is sprake bij, populair en niet zo scherp gezegd, het laten verdwijnen van het goed.[103] De wetgever gaf het voorbeeld van het laten vliegen van kostbare vogels.[104] Met betrekking tot artikel 200 Sr is door de Hoge Raad uitgemaakt dat onder 'wegmaken' van zaken, bestemd om voor de bevoegde macht tot overtuiging of bewijs te dienen, moet worden begrepen elke gedraging waardoor die zaken aan die bestemming worden onttrokken.[105] Het wegmaken in de zin van artikel 350, eerste lid, Sr doet zich niet alleen voor, indien men het betrokken goed voor de rechthebbende voorgoed verloren doet gaan, dit goed bijna zeker niet meer terechtkomt, niet meer bestaat of niet meer op te leveren is.[106] Ook wegmaking is in casu niet aan de orde.

Van beschadigen van de biechtstoel — het op enigerlei wijze toebrengen van schade aan[107] ofwel aantasten van[108] de biechtstoel — is evenmin sprake, althans wanneer men ervan uitgaat dat de biechtstoel niet materieel is aangetast doordat bijvoorbeeld

[101] T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 2 bij artikel 350 Sr, supplement 106 uit oktober 1999 (J.W. Fokkens) in verbinding met aantekening 5 bij artikel 161 Sr, supplement 128 uit september 2004 (J.W. Fokkens).

[102] In deze zin C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 6b bij artikel 350 Sr (R. van Elst).

[103] In deze zin C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 6e bij artikel 350 Sr (R. van Elst).

[104] H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, derde deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892, p. 38 en 39.

[105] HR 12 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC2304, *NJ* 1982/295 m.nt. Th.W. van Veen. Zie eerder al HR 4 april 1921, *NJ* 1921, p. 648 (niet noodzakelijk is dat het goed heerloos of zoek is gemaakt). Hierover T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 2 bij artikel 350 Sr, supplement 106 uit oktober 1999 (J.W. Fokkens).

[106] HR 31 mei 1960, *NJ* 1960/488 m.nt. B.V.A. Röling. Over dit arrest T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 2 bij artikel 350 Sr, supplement 106 uit oktober 1999 (J.W. Fokkens).

[107] T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 2 bij artikel 350 Sr, supplement 106 uit oktober 1999 (J.W. Fokkens) in verbinding met aantekening 5 bij artikel 161 Sr, supplement 128 uit september 2004 (J.W. Fokkens).

[108] In deze zin C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 6c bij artikel 350 Sr (R. van Elst).

een stuk hout ervan is afgebroken, doordat de biechtstoel krassen of slijtageplekken heeft opgelopen, doordat de biechtstoel met verf is besmeurd etc.[109]

7.1.2.3 Onbruikbaar maken

Artikel 350, eerste lid, Sr zou, gelet op het zojuist besprokene, alleen nog van toepassing kunnen zijn indien in casu aangenomen zou kunnen worden dat de biechtstoel onbruikbaar is gemaakt in de zin van deze bepaling. Over het onbruikbaar maken in deze zin valt in het bijzonder op te merken dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling inhoudt dat naast het opzettelijk en wederrechtelijk vernielen, beschadigen en wegmaken van enig geheel of ten dele aan een ander toebehorend voorwerp ook het opzettelijk en wederrechtelijk onbruikbaar maken van zodanig voorwerp is strafbaar gesteld met het oog op de mogelijkheid een goed, zonder het te beschadigen, onbruikbaar te maken voor zijn bestemming.[110] Van onbruikbaar maken in de zin van art. 350, eerste lid, Sr is dus sprake als een voorwerp in een toestand wordt gebracht waardoor het voorwerp niet meer gebruikt kan worden voor het doel waarvoor het is bestemd.[111] Daaraan behoeft niet af te doen dat de onbruikbaarmaking van beperkte duur is en herstel in het gebruik zonder noemenswaardige kosten of inspanning mogelijk is.[112]

Er moet dus een toestand in het leven zijn geroepen die, zolang hij niet is opgeheven, het gebruik waartoe het goed is bestemd, belemmert.[113] Onder "onbruikbaar maken" in de zin van deze bepaling valt niet slechts te verstaan het brengen van enig goed in een toestand waarin het niet meer gebruikt kan worden, omdat de materie van het goed door de handeling is aangetast.[114] Met betrekking tot artikel 162 Sr overwoog de Hoge Raad dat onder "onbruikbaar maken" ook moet worden verstaan het in zodanige staat brengen van een werk dat het niet gebruikt kan worden, waaraan niet behoeft

[109] Zie over 'verfsituaties' met name C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 6c bij artikel 350 Sr (R. van Elst).

[110] HR 14 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2559, *NJ* 2004/576. De Hoge Raad baseert zich hier op hetgeen te vinden is bij H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, derde deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892, p. 38.

[111] HR 10 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:26, *NJ* 2017/45. Zie met betrekking tot artikel 162 Sr HR 19 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:AD2883, *NJ* 1998/857: "Onder 'onbruikbaar maken' in de zin van die bepaling moet ook worden verstaan het in zodanige staat brengen van een werk dat het niet gebruikt kan worden, waaraan niet behoeft af te doen dat die onbruikbaarmaking van beperkte duur is en herstel in het gebruik zonder noemenswaardige kosten of inspanning mogelijk is".

[112] HR 10 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:26, *NJ* 2017/45. Op HR 19 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:AD2883, *NJ* 1998/857 is in de vorige voetnoot al gewezen.

[113] T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 2 bij artikel 350 Sr, supplement 106 uit oktober 1999 (J.W. Fokkens) in verbinding met aantekening 3 bij artikel 159 Sr, supplement 128 uit september 2004 (J.W. Fokkens).

[114] Aldus uitdrukkelijk het oudere HR 19 oktober 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB5318, *NJ* 1972/33.

af te doen dat die onbruikbaarmaking van beperkte duur is en herstel in het gebruik zonder noemenswaardige kosten of inspanning mogelijk is.[115]

Van onbruikbaar maken in de zin van artikel 350, eerste lid, Sr was sprake bij bijvoorbeeld:

- het afschroeven van enkele onderdelen van machines (waarbij het er niet toe deed dat na het terugvinden van de weggenomen onderdelen de machines weer in bruikbare toestand konden worden gebracht)[116],
- het laten zinken in de Noordzee buiten de territoriale wateren van een visserssvaartuig[117],
- het uit de grond trekken van een verkeersbord met paal[118],
- het gedeeltelijk leegspuiten van brandblusapparaten (omdat zij daardoor hun bestemming als veiligheidsvoorziening niet meer naar de daaraan te stellen eisen konden vervullen)[119],
- het uit de grond trekken van een paal die deel uit zou maken van een hekwerk op de erfscheiding van voortuinen[120] en
- het urineren in een politiecel (waardoor deze tijdelijk niet op de voor een behoorlijk gebruik daarvan vereiste wijze kon worden gebruikt voor het doel waarvoor deze was bestemd).[121]

Een bijzondere vorm van onbruikbaar maken (in de zin van het met artikel 350, eerste lid, Sr vergelijkbare artikel 366, eerste lid, SrA) was aan de orde in een Arubaanse zaak. Een lijk was vernield en onbruikbaar gemaakt, doordat de benen van het lijk waren afgezaagd en vervolgens de rest van het lijk en die benen in een pick-up naar de grot te Quadirikiri[122] waren vervoerd en aldaar met benzine, gasolie en accuzuur in brand waren gestoken, tengevolge waarvan het lijk (verder) werd verminkt. De door deze handelingen bewerkstelligde verminking van het lijk vormde naar het oordeel van de Hoge Raad een aantasting van de ongeschonden staat waarin het stoffelijk overschot uit een oogpunt van respect voor de overledene behoorde te worden gelaten. Daardoor waren de nabestaanden niet in staat geweest het stoffelijk overschot met het aan de overledene verschuldigde respect te begraven.[123] Onbruikbaar maken

[115] HR 19 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:AD2883, *NJ* 1998/857.
[116] HR 28 juli 1900, *W* 7480.
[117] HR 21 december 1914, *W* 9756.
[118] HR 19 oktober 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB5318, *NJ* 1972/33.
[119] HR 7 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1726, *NJ* 2000/148.
[120] HR 14 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2559, *NJ* 2004/576.
[121] HR 10 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:26, *NJ* 2017/45.
[122] De Quadirikirigrot bevindt zich in het Arikok Nationaal Park (www.beautiful-aruba.nl/natuur/grotten.html, geraadpleegd op 23 maart 2017), is ongeveer 100 meter lang en in de donkerste delen van de grot nestelen honderden vleermuizen (nl.aruba.com/activiteiten/grotten, geraadpleegd op 23 maart 2017).
[123] HR 20 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7427, *NJ* 2008/301.

in de zin van artikel 162 Sr deed zich voor bij het tijdelijk onmogelijk maken van gebruik van een startbaan op Schiphol (door een in het duister gehouden demonstratie van aan elkaar vastgemaakte mensen op die startbaan).[124]

Dan nu het al dan niet onbruikbaar maken van de biechtstoel. De bestemming van de biechtstoel is, kort gezegd, het dienen als besloten plaats waarin de gelovige[125] biechteling (ook wel penitent of boeteling genoemd) kan biechten — dit wil zeggen: zijn zonden kan belijden — en de priester deze zonden onder bepaalde voorwaarden kan vergeven.[126] De biechtstoel is de in het kerkelijk recht (als hoofdregel) voorgeschreven plek voor de biecht.[127] Op de priester rust het biechtgeheim.[128] Het — met het

[124] HR 19 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:AD2883, *NJ* 1998/857.

[125] Zie onder meer canon 959 van de CIC: "De *gelovigen*, die in het Boetesacrament hun zonden aan een wettige bedienaar belijden, met berouw en met het voornemen zich te beteren, verkrijgen door de absolutie hun door deze bedienaar verleend, van God vergeving van de zonden die zij na het doopsel bedreven hebben, en zij worden tegelijk verzoend met de Kerk, die zij door te zondigen verwond hebben". Zie verder canon 987 van de Codex Iuris Canonici (CIC)("Opdat een christen*gelovige* het Boetesacrament als een heilzaam middel ontvangt, moet hij zó gesteld zijn dat hij met berouw over de zonden die hij bedreven heeft en met het voornemen zich te beteren, zich tot God bekeert") en canon 989 van de CIC ("Iedere *gelovige* is, wanneer hij tot de jaren van verstand gekomen is, verplicht minstens eenmaal per jaar zijn zware zonden eerlijk te belijden"). Volgens canon 204 § 1 van de CIC zijn christen*gelovigen* zij die, door het doopsel in Christus ingelijfd, tot volk van God gemaakt, en aldus aan de priesterlijke, profetische en koninklijke taak van Christus op hun wijze deelachtig, ieder volgens zijn eigen plaats, geroepen worden de zending uit te voeren die God aan de Kerk ter vervulling in de wereld toevertrouwd heeft. Volgens canon 204 § 2 bestaat deze Kerk, in deze wereld als georganiseerde gemeenschap ingericht en geordend, in de katholieke Kerk, door de opvolger van Petrus en door de Bisschoppen in gemeenschap met hem bestuurd.

[126] Aan Wikipedia (geraadpleegd op 23 maart 2017) ontlenen wij het volgende: "De biecht, ook wel boetesacrament, sacrament van de vergeving of sacrament van boete en verzoening genoemd, is een van de zeven sacramenten van de Katholieke Kerk. In dit sacrament kan een gevolmachtigde priester, in Christus' naam zonden vergeven. [WBOM : de letterlijke tekst is: "Ego te absolvo a peccatis tuis in nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti. Amen."] (...) De biecht is gebaseerd op de woorden die Jezus heeft gericht tot zijn Apostelen op de dag van Zijn verrijzenis: "Aan wie ge zonden vergeeft, zijn ze vergeven, en aan wie ge ze niet vergeeft, zijn ze niet vergeven." (Johannes 20, 23)(...) Na de begroeting van de boeteling, belijdt deze zijn zonden en legt de priester de penitentie op en verstrekt goede raad, zodat de penitent de fouten in de toekomst kan vermijden. Vervolgens verleent de priester de boeteling "vrijspraak en vrede" door de sacramentele absolutie, de vorm waardoor de genade van vergiffenis geschonken wordt. Er zijn drie voorwaarden voor de absolutie: de essentie van het gehele verhaal moet verteld worden, dat wil zeggen alle begane doodzonden en bij voorkeur ook de kern van de dagelijkse zonden, de boeteling moet berouw vertonen en moet het voornemen hebben zijn leven te veranderen. Ten slotte volgen de lofprijzing, dankzegging en de wegzending met de zegen van de priester (...)". Canon 959 is al in de vorige voetnoot geciteerd.

[127] Zie canon 964 van de CIC: "§ 1 De eigen plaats om biecht te horen is een kerk of kapel. § 2 De normen betreffende de biechtstoel moeten door de bisschoppenconferentie vastgesteld worden; daarbij moet echter verzekerd zijn dat op een open en toegankelijke plaats steeds biechtstoelen voorhanden zijn, voorzien van een vast vlechtwerk tussen de boeteling en de biechtvader, zodat de gelovigen die dit wensen, hiervan vrij gebruik kunnen maken. § 3 Buiten de biechtstoel mag geen biecht gehoord worden, tenzij om een goede reden".

[128] Zie canon 983 van de CIC: "§ 1 Het biechtgeheim is onschendbaar; daarom is het de biechtvader ten strengste verboden met woorden of op welke andere wijze en om welke reden ook over de boeteling ook maar iets bekend te maken. § 2 Tot de verplichting om het geheim te bewaren zijn ook gehouden een eventuele tolk en alle anderen, die op welke wijze ook uit een belijdenis zonden te weten zijn gekomen". Zie ook canon 984 van de CIC: "§ 1 De biechtvader is het volstrekt verboden van de kennis uit een belijdenis verkregen, gebruik te maken op een wijze die bezwarend is voor de boeteling, ook al is elk gevaar van bekendmaking uitgesloten. § 2 Wie in een gezagsfunctie aangesteld is, mag op geen enkele wijze voor het uitwendig bestuur gebruik maken van kennis over zonden die hij, wanneer ook, uit een belijdenis heeft verkregen".

oog op het maken van voor derden bestemde filmopnamen — hebben van orale seks juist in de biechtstoel maakt de biechtstoel naar onze mening onbruikbaar voor zijn zojuist beschreven — voor katholieke gelovigen specifieke — bestemming zolang er geen in het geloof passende 'reiniging' van de biechtstoel heeft plaatsgevonden. Dit is temeer zo wanneer de orale seks, zoals waarschijnlijk in casu, tussen ongehuwden heeft plaatsgevonden, nu seks tussen ongehuwden in het katholieke geloof een zonde is. Ons is ook niet gebleken van gebruik van de biechtstoel na het bekend worden van het voorval[129] en dit gebruik lijkt ons ook onwaarschijnlijk (gelet op de ontstane commotie). Voor alle duidelijkheid: juist omdat de bestemming van de biechtstoel aan het katholieke geloof is gekoppeld, is wat betreft de bruikbaarheid het perspectief van katholieke gelovigen hier doorslaggevend.

7.1.2.4 Opzettelijk en wederrechtelijk

Nu is met het voorgaande nog niet gezegd dat artikel 350, eerste lid, Sr van toepassing is. Er zijn namelijk nog twee vereisten waaraan voldaan moet zijn: de onbruikbaarmaking moet "opzettelijk en wederrechtelijk"[130] zijn geschied. Wat betreft het opzet: dit hoeft (dus) niet op de wederrechtelijkheid te zijn gericht[131] maar het moet wel gericht zijn op de omstandigheid dat het goed geheel of ten dele aan een ander toebehoort[132] en natuurlijk ook op het onbruikbaar maken zelf.[133] In het bijzonder in dat laatste lijkt in casu een probleem te schuilen. Wij weten niet precies wat er in de man en vrouw is omgegaan toen zij hun gedragingen in de biechtstoel verrichtten maar het lijkt ons onwaarschijnlijk dat het (hiervóór besproken) onbruikbaar worden van de biechtstoel op enigerlei wijze in hun gedachten is geweest. Daaraan doet niet af dat de biechtstoel in de kerk natuurlijk is gekozen omdat het een voor het hebben van seks en de filmopnamen daarvan bijzondere plek is. Is onze veronderstelling juist, dan hebben de man en de vrouw niet willens en wetens de biechtstoel onbruikbaar gemaakt. Volkomen opzet is dan dus niet aanwezig. Maar ook voorwaardelijk opzet is dan niet aanwezig. Zij hebben dan namelijk tevens niet *bewust* de aanmerkelijke kans aanvaard dat zij de biechtstoel onbruikbaar maakten.

[129] Opmerking verdient hier dat wij slechts beschikken over het proces-verbaal van aangifte en berichtgeving in de media.

[130] Twee vereisten dus, blijkens het disjunctief "en" (de gangbare opvatting). Zie over deze kwestie J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Goudá Quint bv 1996, p. 219 en T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 7 bij artikel 350 Sr, supplement 138 uit mei 2007 (J.W. Fokkens).

[131] Zie HR 18 maart 1952, *NJ* 1952/314 m.nt. B.V.A.Röling, HR 8 november 1955, *NJ* 1956/181 en HR 29 januari 1963, *NJ* 1963/276 m.nt. A.L.M. van Berckel.

[132] HR 29 januari 1963, *NJ* 1963/276 m.nt. A.L.M. van Berckel.

[133] C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 7 bij artikel 350 Sr (R. van Elst).

Overigens is de onbruikbaarmaking naar ons oordeel wél wederrechtelijk geschied. Het koppel handelde maatschappelijk onbetamelijk, mede in aanmerking genomen dat het geen toestemming had van het parochiebestuur of de pastoor en ook niet op enige andere grond gerechtigd was tot het verrichten van de seksuele gedragingen in de biechtstoel.[134]

7.1.2.5 Conclusie

Onze conclusie is dat artikel 350, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is, aangenomen dat het onbruikbaar worden van de biechtstoel niet op enigerlei wijze in de gedachten van de man en vrouw is geweest.

7.2 Artikel 352 Sr

7.2.1 Tekst

Artikel 352 Sr luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"Hij die opzettelijk en wederrechtelijk enig gebouw, vaartuig of zijn lading, installatie ter zee of luchtvaartuig dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort, vernielt, beschadigt, onbruikbaar maakt of onklaar maakt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie".*

Overigens wordt in artikel 353 Sr de bepaling van artikel 316 Sr onder meer op dit misdrijf van toepassing verklaard. In bepaalde gevallen (die zich in casu niet voordoen) is vervolging uitgesloten of is de mogelijkheid daarvan afhankelijk gesteld van een klacht.

7.2.2 Bevindingen

7.2.2.1 Algemeen

Artikel 352 Sr vertoont qua constructie en inhoud een hoge mate van verwantschap met artikel 350, eerste lid, Sr. De verschillen zijn slechts hierin gelegen dat:

[134] Over het moeilijke begrip begrip "wederrechtelijk" als delictsbestanddeel J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint bv 1996, p. 244-247, J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 192-198. In C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 8d bij artikel 350 Sr (R. van Elst) wordt "wederrechtelijk" in artikel 350 Sr (te) 'eng' uitgelegd als zonder gerechtigd te zijn.

- in artikel 352 Sr als object van de gedragingen "enig gebouw, vaartuig of zijn lading, installatie ter zee of luchtvaartuig" wordt genoemd waar in artikel 350 Sr als object van de gedraging "enig goed" wordt genoemd,
- in artikel 352 Sr als gedraging het onklaar maken wordt genoemd waar in artikel 350 Sr als gedraging het wegmaken wordt genoemd.

Wat in onderdeel 7.1.2 van dit advies is opgemerkt omtrent de *uitleg in het algemeen* van "opzettelijk en wederrechtelijk", "toebehoren aan", "vernielt", "beschadigt" en "onbruikbaar maakt" in artikel 350, eerste lid, Sr geldt — mutatis mutandis — ook voor artikel 352 Sr.[135] Dat betekent dat wij hier slechts aandacht dienen te besteden aan de uitleg in het algemeen van "enig gebouw" en "onklaar maakt" in artikel 352 Sr, in aanmerking genomen dat direct duidelijk is dat in casu geen sprake is van een vaartuig of zijn lading, installatie ter zee of luchtvaartuig.

7.2.2.2 Gebouw

Het begrip "gebouw" in artikel 352 Sr heeft nog geen vastomlijnde betekenis gekregen. In de rechtsliteratuur wordt vooral gekeken naar de inhoud die in diverse al wat oudere rechterlijke beslissingen aan het begrip "gebouw" in de Woningwet, bouwverordeningen etc. is gegeven.[136] Afmeting, samenstelling, inrichting en uiterlijk aanzien van het object spelen in deze beslissingen een belangrijke rol.[137] Thans verstaat artikel 1 van de Woningwet voor de toepassing van het bij of krachtens die wet bepaalde onder "gebouw": bouwwerk dat een voor mensen toegankelijke overdekte geheel of gedeeltelijk met wanden omsloten ruimte vormt. Volgens artikel 1 onder s van de Wet

[135] Overigens sprak de wetgever ook met betrekking tot artikel 352 Sr over onbruikbaar worden "voor zijn bestemming" (zie H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, derde deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892, p. 42) en is in HR 21 december 1914, *W* 9756 voor artikel 352 Sr expliciet beslist dat het opzet niet op de wederrechtelijkheid gericht hoeft te zijn.

[136] Zie T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 2 bij artikel 352 Sr, supplement 106 uit oktober 1999 (J.W. Fokkens) in verbinding met aantekening 2 bij artikel 170 Sr (J.W. Fokkens) en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 9a bij artikel 352 Sr (R. van Elst). Te noemen zijn onder meer: HR 3 maart 1930, *NJ* 1930, p. 570 (perronoverkapping = gebouw in zin artikel 5 Woningwet), HR 23 februari 1931, *NJ* 1931, p. 1276 (paardenstal = gebouw in zin artikel 5 Woningwet), HR 26 oktober 1936, *NJ* 1937/165 (houten bloemenkiosk op wielen en balken = gebouw in zin artikel 6 Woningwet), HR 26 januari 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB5993, *NJ* 1965/190 (onder begrip "gebouw" in artikel 6 Woningwet kan niet worden begrepen een op het water drijvend bouwsel).

[137] Vgl. HR 19 december 1958, NJ 1959/127 ("dat in het onderhavige geval het Hof, door, *gelet op afmeting, samenstelling, inrichting en uiterlijk aanzien* van het object (...) voornoemd voorschrift toepasselijk te achten, niet heeft blijk gegeven van een onjuiste opvatting van de genoemde begrippen uit te gaan"). Deze zaak betrof een als kampeergelegenheid ingerichte van plaatijzer en hout gemaakte carrosserie van een autobus zonder motor, stuurinrichting, chassis en assen met wielen, lang circa 9.80 meter, breed circa 2.40 meter, van normale hoogte, welke carrosserie niet aan de grond was verbonden doch los was geplaatst op de platte laadvloer van een vierwielige sleperswagen, voorzien van houten wielen met metalen banden.

publieke gezondheid moet in die wet en de daarop berustende bepalingen onder "gebouw" worden verstaan: elk bouwwerk dat een overdekte geheel of gedeeltelijk met wanden omsloten ruimte vormt, met uitzondering van bouwwerken ten behoeve van het belijden van godsdienst of levensovertuiging.[138] Als omschrijving van "gebouw" voor de toepassing van artikel 352 Sr is in de rechtsliteratuur gegeven: elke constructie van hout, steen, metaal of ander materiaal begrepen, waar men naar binnen kan en wat naar zijn aard bestemd is om langere tijd op dezelfde plaats te blijven staan.[139] Dat de kerk in kwestie als een gebouw in de zin van artikel 352 Sr kan worden aangemerkt, lijdt geen twijfel. Hiervóór hebben wijzelf dan ook enkele malen al de term "kerkgebouw" gehanteerd.

7.2.2.3 Onklaar maken

Het "onklaar maakt" is in artikel 352 Sr ingevoegd bij het met ingang van 1 oktober 1992 in werking getreden artikel I onder B van de Wet tot uitvoering van het op 10 maart 1988 tot stand gekomen Verdrag tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van de zeevaart en het Protocol tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van vaste platforms op het continentale plat (*Trb*. 1989, 17 en 18). Volgens de Memorie van Toelichting bij het voorstel dat leidde tot deze uitvoeringswet spoorde deze aanvulling met het voorstel tot aanvulling van artikel 351 Sr zoals vervat in het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, de Dienstplichtwet, de Wet Gewetensbezwaren militaire dienst en andere wetten in verband met de herziening van het militair straf- en tuchtrecht en ter afschaffing van de doodstraf.[140] De Memorie van Toelichting bij laatstgenoemd wetsvoorstel bevat aangaande het onklaar maken de volgende passage:

> "In de tegenwoordige artikelen 350 en 351 wordt wel gesproken van onbruikbaar maken, maar niet van onklaar maken. Hoewel de Hoge Raad (19 oktober 1971, N.J. '72, nr. 33) aan de term "onbruikbaar maken" een ruime uitleg geeft, en daarbij met name niet als eis stelt dat "de materie van het goed is aangetast", rijst toch de vraag, of alle als "onklaar maken" te kwalificeren handelingen onder die term begrepen zijn te achten. De ondergetekenden denken hierbij aan handelingen welke — anders dan die waarop het arrest betrekking had (het uit de grond trekken van een verkeersbord) — op zichzelf niet onverenigbaar zijn met een normaal beheer van het goed in kwestie, maar die in de gegeven omstandigheden wel leiden tot een stoornis in de dienst, en daarop ook zijn gericht. Als voorbeeld valt te noemen: het zonder opdracht demonteren van een motor

[138] Die uitzondering hangt samen met de bevoegdheden waarover de burgemeester ingevolge artikel 47 van die wet beschikt in geval van een gegrond vermoeden van besmetting, een besmetting en een besmetting waarbij ernstig gevaar dreigt voor de volksgezondheid.

[139] C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 9a bij artikel 352 Sr (R. van Elst).

[140] *Kamerstukken II* 1989/90, 21626, nr. 3, p. 8.

> of apparaat, voor een niet onmiddellijk nodige onderhoudsbeurt of reparatie, met de bedoeling (en het voorzienbare gevolg) dat die motor of dat apparaat, op een ogenblik dat daaraan dringend behoefte bestaat, niet kan worden gebruikt. In gevallen waarin aldus is gehandeld met goederen of werken van vitaal belang, als vermeld in artikel 351, behoort het naar het oordeel van de ondergetekenden niet onzeker te zijn of dat artikel wel toepassing kan vinden. Daarom wordt voorgesteld, de woorden "onklaar maakt" in te voegen. Ook al zou geheel hetzelfde resultaat zijn te bereiken met een extensieve uitleg van de term "onbruikbaar maken", dan verdient toch een duidelijke formulering, die een dergelijke uitleg overbodig maakt, de voorkeur".[141]

Naar ons oordeel is in casu geen sprake van "onklaar maken" in de zojuist beschreven zin nu het hebben van seks in een biechtstoel in een kerk en het filmen daarvan op zichzelf (juist) niet verenigbaar zijn met het normale beheer van de kerk waarin de biechtstoel zich bevindt.

7.2.2.4 Opzettelijk en wederrechtelijk onbruikbaar maken in casu

Dat de kerk (een gebouw is dat) geheel of gedeeltelijk aan een ander (dan aan het seksende koppel) toebehoort, lijkt ons wel duidelijk. Eveneens lijkt ons duidelijk dat de kerk niet is vernield en niet is beschadigd. Zojuist zagen we dat evenmin sprake is van het onklaar maken van de kerk. Artikel 352 Sr zou al met al dan ook alleen toepassing kunnen vinden indien aangenomen kan worden dat de kerk onbruikbaar is gemaakt en dat dit opzettelijk en wederrechtelijk is geschied.

Het gaat ons (anders dan bij de biechtstoel) te ver om te zeggen dat de kerk onbruikbaar is gemaakt. Weliswaar heeft de kerk voor katholieke gelovigen een specifieke bestemming — kort gezegd: de plek waar zij in een bepaalde ambiance hun godsdienst kunnen beleven — en vertoont zij in dat opzicht verwantschap met de zich in de kerk bevindende biechtstoel, maar uit de omstandigheid dat na het voorval *in de kerk* verschillende extra eucharistievieringen zijn gehouden, kan worden afgeleid dat het kennelijk voor gelovigen niet onmogelijk was om de kerk te gebruiken, ook al was dit gebruik juist gericht op vergiffenis en 'reiniging'.

Zou wél worden aangenomen dat de kerk onbruikbaar is gemaakt door het — met het oog op het maken van voor derden bestemde filmopnamen — hebben van orale seks in de biechtstoel, dan zou dit naar ons oordeel niet opzettelijk maar wél wederrechtelijk zijn geschied. Hier geldt — mutatis mutandis — wat wij in onderdeel 7.1.2.4 van dit advies hebben opgemerkt met betrekking tot het opzet en de wederrechtelijkheid in relatie tot het onbruikbaar maken van de biechtstoel.

[141] *Kamerstukken II* 1980/81, 16813 (R1165), nr. 5, p. 98 en 99.

7.2.2.5 Conclusie

Onze conclusie is dat artikel 352 Sr in casu niet van toepassing is.

8. Strafbare feiten met een element van verstoring, baldadigheid of hinder

8.1 Artikel 146 Sr

8.1.1 Tekst

Artikel 146 Sr luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"Hij die door het verwekken van wanorde of het maken van gedruis hetzij een geoorloofde openbare samenkomst tot het belijden van godsdienst of levensovertuiging, hetzij een geoorloofde godsdienstige of levensbeschouwelijke plechtigheid of lijkplechtigheid opzettelijk stoort, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee maanden of geldboete van de tweede categorie".*

8.1.2 Bevindingen

Geen van de delictsbestanddelen wordt in de onderhavige zaak vervuld. In de eerste plaats was er ten tijde van de gedragingen in de kerk geen openbare samenkomst tot het belijden van godsdienst of levensovertuiging dan wel een geoorloofde godsdienstige of levensbeschouwelijke plechtigheid of lijkplechtigheid gaande[142] en kan dus van de vereiste (opzettelijke) storing daarvan geen sprake zijn omdat algemeen wordt aangenomen dat een dergelijke storing zich slechts kan voordoen als de samenkomst of plechtigheid is aangevangen[143] (en dus gaande is). In de tweede plaats verwekte het koppel op zichzelf beschouwd geen wanorde of maakte het gedruis.[144]

[142] Er werd ook geen biecht afgenomen (even afgezien van de praktische problemen die dit in de gegeven omstandigheden zou hebben opgeleverd).

[143] Zie T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 1a bij artikel 146 Sr, supplement 152 uit juni 2010 (J.W. Fokkens) en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 1 bij artikel 146 Sr (J.M. ten Voorde).

[144] Volgens HR 23 oktober 1939, *NJ* 1940/23 leverde het luidkeels roepen en schreeuwen vanaf de publieke tribune bij een vergadering van de gemeenteraad het maken van gedruis in de zin van artikel 144 Sr op. In HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7861 leverde het in een vergaderzaal van de gemeente Delft tijdens een openbare vergadering van een raadscommissie maken van opmerkingen zonder toestemming van de voorzitter, het daarna (met dichtgeplakte mond) tevoorschijn halen en tonen van pamfletten met de tekst "Gemeente Delft maakt ons monddood" en het zich niet op vordering van de voorzitter en de bode verwijderen, het verwekken van wanorde in de zin van artikel 144 Sr op. In Hof Den Haag 10 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:933 leverde het tijdens een vergadering van de Tweede Kamer roepen van leuzen (waaronder "gasboringen op nul") en het tonen van een spandoek met daarop de tekst 'Rampenbestrijding Groen Front', het verwekken van wanorde en het maken van gedruis (zonder keuze) in de zin van artikel 144 Sr op.

Integendeel, het koppel opereerde juist zodanig dat zij niet zouden opvallen (en ook inderdaad niet opgevallen zijn).[145]

8.1.3 Conclusie

Onze conclusie is dat artikel 146 Sr in casu niet van toepassing is.

8.2 Artikel 424, eerste lid, Sr

8.2.1 Tekst

Artikel 424, eerste lid, Sr luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"1. Hij die op of aan de openbare weg of op enige voor het publiek toegankelijke plaats tegen personen of goederen enige baldadigheid pleegt waardoor gevaar of nadeel kan worden teweeggebracht, wordt, als schuldig aan straatschenderij, gestraft met geldboete van de eerste categorie".*

8.2.2 Bevindingen

8.2.2.1 Tegen personen of goederen gepleegde baldadigheid

De tegen personen of goederen gepleegde baldadigheid in deze strafbepaling valt als volgt toe te lichten.

In de Memorie van Toelichting bij het voorstel voor het Wetboek van Strafrecht is met betrekking tot baldadigheid het volgende opgemerkt:

> "Baldadigheid veronderstelt eene zeer eigenaardige wilsuiting die niet, gelijk bij de meeste opzettelijke handelingen, middel, maar doel is, althans niet met wilsrigting op eene bepaalde krenking van eens ander regt gepaard gaat. (...) Onder baldadigheid wordt hier meer bepaald verstaan elke handeling, onbestaanbaar met de algemeene veiligheid van personen of goederen, voorzoover zij niet valt onder de bepaling van eenig ander artikel. Zoo b. v. het doen schrikken van

[145] In HR 10 november 1924, *NJ* 1925, p. 165 was weliswaar een Heilige Mis gaande en leverde het luid spreken en lachen door twee aanwezigen tijdens de gehele dienst gedruis op maar kon geen storing van de mis uit de bewijsmiddelen worden afgeleid nu daaruit slechts bleek dat twee getuigen werden gestoord in hun godsdienstige overdenkingen en het hun door dat lachen en praten niet mogelijk was hunne gedachten bij de dienst te houden.

> paarden[146], het werpen met steen en of sneeuwballen, het bekladden van pas geverwde woningen enz. Men mag vertrouwen, dat in de praktijk de grens tusschen onschuldige guitenstreken en het veroorzaken van ergerlijken overlast zal worden in het oog gehouden".[147]

In de reactie van de regering op de opmerkingen van de Commissie van Rapporteurs (van de Tweede Kamer) werd onder meer het volgende opgemerkt:

> "Alleen dan trede de politie en, in 't uiterste geval, de kantonrechter tusschen beide, wanneer tegen derde personen of goederen zoodanige baldadigheid wordt gepleegd dat daaruit nadeel of gevaar voor derden kan voortvloeien".[148]

Tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer op 8 november 1880 merkte minister van Justitie Modderman onder meer op:

> "Art. 421 is juist geschreven voor de vele gevallen, waarin baldadigheid op zich zelve niet vallen zou onder eene bepaling van het Tweede Boek. Bijv. op het doen schrikken van paarden, het werpen van sneeuwballen, het werpen van vuil tegen een huis, het bekladden van een pas geverwde deur enz., kortom op feiten, die, op zich zelve beschouwd, niet of althans in den regel niet vallen onder de bepalingen van het Tweede Boek".[149]

De wetgever legde aldus de nadruk op het in een 'baldadige gemoedsstemming' verrichten van ergerlijke overlast gevende gedragingen tegen derde personen of goederen die niet vallen onder een ander artikel en waaruit nadeel of gevaar voor derden kan voortvloeien. De titel met het opschrift "Overtredingen betreffende de algemene veiligheid van personen en goederen" was, gelet op een en ander, dan ook de meest geëigende plaats voor dit artikel. Wij menen dat het koppel in de onderhavige zaak geen ergerlijke overlast gevende gedragingen tegen derde personen of goederen heeft verricht. Hun (heimelijk verrichte) gedragingen gaven op zichzelf geen ergerlijke overlast en hun gedragingen waren ook niet tegen derde personen of goederen gericht. Zij keerden zich niet tegen derde personen of goederen (ook al is hun gebruik van de biechtstoel eigenaardig te noemen).[150]

[146] [WBOM:] De Commissie van Rapporteurs noemde als voorbeeld het plaatsen van voorwerpen op de rails om paardentrams te doen ontsporen. Zie H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, derde deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892, p. 180.

[147] H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, derde deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892, p. 179.

[148] H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, derde deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892, p. 181.

[149] H.J. Smidt (herziening en aanvulling door J.W. Smidt), *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, derde deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892, p. 182.

[150] Zoals bijvoorbeeld wel: de landbouwer die, menend dat zijn recht van uitweg geen belemmeringen duldde, een hek open liet staan van een weiland van een ander waardoor vee de openbare weg op kon lopen (HR 28 oktober 1918, *NJ* 1918, p. 1176), de invalide die de banden van een ten onrechte op een invalidenparkeerplaats geparkeerde auto liet leeglopen (HR 6 oktober 1992, *DD* 93.080) en de persoon die urineerde tegen een politieauto (Hof Leeuwarden 2 juni 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI6010).

Overigens, ook wanneer men de strafbepaling, mede gelet op de bestanddelen "op of aan de openbare weg" en "op enige voor het publiek toegankelijke plaats" en op de kwalificatie "straatschenderij", meer ziet als een typische strafbaarstelling ten dienste van de handhaving van de openbare orde[151] — en de baldadigheid tegen personen of goederen meer uitlegt conform die strekking, te weten als een ergerlijke overlast gevende gedraging tegen personen of goederen *waardoor de openbare orde wordt verstoord of kan worden verstoord* — kunnen de gedragingen van het koppel in onze visie niet onder de strafbepaling worden gebracht. Ook bij die uitleg heeft het koppel geen ergerlijke overlast gevende gedragingen tegen derde personen of goederen verricht.

Voorts heeft het koppel zich in de kerk weliswaar in zekere zin brutaal en wellicht ook overmoedig gedragen maar of sprake is van de vereiste baldadige gemoedsstemming[152] is niettemin zeer de vraag. Bij hen lijkt niet de vereiste wil om kwaad te doen of een ander overlast te berokkenen, te hebben bestaan.[153] Al met al is dus geen sprake van baldadigheid in de zin van de hier besproken strafbepaling.

Nu in onze ogen geen sprake is van baldadigheid, laten wij het "gevaar of nadeel" onbesproken.

8.2.2.2 Voor het publiek toegankelijke plaats

Het antwoord op de vraag of de kerk kan worden aangemerkt als een voor het publiek toegankelijke plaats hangt af van het al dan niet feitelijk opengesteld zijn van de kerk op het moment van de gedragingen.[154] Was van een dergelijke feitelijke openstelling geen sprake, dan was geen sprake van een voor het publiek toegankelijke plaats.

8.2.2.3 Conclusie

Onze conclusie is dat artikel 424, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is.

[151] In deze zin C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 4 bij artikel 424 Sr (A. de Lange).

[152] Het ontbreken hiervan heeft er overigens meermalen voor gezorgd dat een veroordeling op grond van artikel 424 Sr uitbleef. Zie T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 1a bij artikel 424 Sr, supplement 107 uit januari 2000 (A.J.M. Machielse).

[153] In HR 6 oktober 1992, *DD* 93.080 vereist de Hoge Raad de wil om kwaad te doen of een ander overlast te berokkenen. Zo ook Hof Arnhem 27 juni 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD5552, *NJFS* 2008/187.

[154] Zie T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink (voortzetting door J.W. Fokkens, E.J. Hofstee en A.J.M. Machielse), *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, losbladig, aantekening 5 bij artikel 424 Sr, supplement 107 uit januari 2000 (A.J.M. Machielse) en C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns en M.J.M. Verpalen, *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aantekening 7a bij artikel 424 Sr (A. de Lange).

8.3 Artikelen 72, tweede lid, en 73 APV Tilburg

8.3.1 Tekst

De artikelen 72, tweede lid, en 73 APV Tilburg (welke APV op 18 juli 2016 door de gemeenteraad van Tilburg is vastgesteld[155]) luidden in oktober en november 2016 (en luiden ook nu nog[156]) als volgt:

> *"Artikel 72.*
> *Hinderlijk gedrag bij of in gebouwen.*
> *(...)*
> *2. Het is aan anderen dan bewoners of gebruikers van flatgebouwen, appartementsgebouwen en soortgelijke meergezinshuizen en van gebouwen, die voor publiek toegankelijk zijn, verboden zich zonder redelijk doel te bevinden in een voor gemeenschappelijk gebruik bestemde ruimte van een zodanig gebouw.*
> *Artikel 73.*
> *Gedrag in voor publiek toegankelijke ruimten.*
> *Het is verboden zich zonder redelijk doel of op een voor anderen hinderlijke wijze op te houden in of op een voor het publiek toegankelijk portaal, telefooncel, wachtlokaal voor een openbaar vervoermiddel, parkeergarage, rijwielstalling of een andere soortgelijke, voor het publiek toegankelijke ruimte dan wel deze te verontreinigen dan wel te bezigen voor een ander doel dan waarvoor de desbetreffende ruimte is bestemd".*

Artikel 137 APV Tilburg luidde in oktober en november 2016 (en luidt ook nu nog) als volgt:

> *"Overtreding van het bij of krachtens deze verordening bepaalde alsmede van de daarop gebaseerde uitvoeringsvoorschriften wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie en kan bovendien worden gestraft met openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak".*

[155] Zie voor deze APV het *Gemeenteblad* van de gemeente Tilburg van 21 juli 2016, nr. 100189.
[156] Inmiddels geldt de op 19 december 2016 door de gemeenteraad van Tilburg vastgestelde APV. Zie voor deze actuele APV het *Gemeenteblad* van de gemeente Tilburg van 2 januari 2017, nr. 557.

8.3.2 Bevindingen

8.3.2.1 Algemeen

Volgens de toelichting bij de APV Tilburg beoogt artikel 72 evenals de artikelen 62[157] en 73 a[158] een handvat te geven om op te kunnen treden tegen personen, die zich hinderlijk gedragen. Artikel 62 is volgens de toelichting van toepassing op de openbare weg, artikel 72 op (woon)gebouwen en artikel 73 op meer algemeen toegankelijke gebouwen als parkeergarages. In de toelichting valt tevens te lezen dat aan artikel 73 behoefte bestaat, omdat op basis van artikel 138 Sr (huis-, lokaal- of erfvredebreuk) slechts opgetreden kan worden, indien er sprake is van een handelen van de rechthebbende. De politie kan, aldus de toelichting, op basis van dat artikel niet zonder tussenkomst van de rechthebbende ingrijpen, terwijl dit soms wel wenselijk is uit een oogpunt van handhaving van de openbare orde.

8.3.2.2 Artikel 73 APV Tilburg; een andere soortgelijke, voor het publiek toegankelijke ruimte

Artikel 73 APV Tilburg verbiedt onder meer het bezigen van een voor het publiek toegankelijk portaal, telefooncel, wachtlokaal voor een openbaar vervoermiddel, parkeergarage, rijwielstalling of een andere soortgelijke, voor het publiek toegankelijke ruimte voor een ander doel dan waarvoor de desbetreffende ruimte is bestemd. Voor toepasselijkheid van deze bepaling is noodzakelijk dat sprake is van een hier bedoelde voor het publiek toegankelijke ruimte. De vraag is dan ook of de kerk in kwestie kan worden aangemerkt als een dergelijke ruimte. Het woord "soortgelijke" in combinatie met de expliciet genoemde ruimten doet ons neigen deze vraag ontkennend te beantwoorden. Een kerk lijkt ons niet op één lijn te stellen met een portaal, telefooncel, wachtlokaal voor een openbaar vervoermiddel, parkeergarage en rijwielstalling. Een kerk, hoewel (op sommige uren) voor publiek toegankelijk, is een ruimte met een bestemming van een andere, minder 'platvloerse', aard. Een kerk houdt geen verband met vervoer en communicatie als onderdelen van het leven van alledag zoals bij de meeste van de expliciet genoemde ruimten wél het geval is.

We erkennen echter dat er enige 'rek' in de bepaling zit zodat we niet met zekerheid kunnen uitsluiten dat in casu in strijd is gehandeld met het in artikel 73 APV Tilburg neergelegde verbod, mede in aanmerking genomen dat ons niet of nauwelijks be-

[157] Artikel 62 APV Tilburg betreft hinderlijk gedrag op of aan de weg.
[158] Er staat letterlijk "73 a". Er is echter geen artikel 73a en artikel 73 kent geen onderdeel a. Blijkens de context wordt gedoeld op artikel 73.

twistbaar lijkt dat de kerk is gebezigd voor een ander doel dan waarvoor deze is bestemd.[159]

8.3.2.3 Artikel 72, tweede lid, APV Tilburg; gebouwen, die voor publiek toegankelijk zijn

We zijn geneigd voor de onderhavige zaak eerder naar artikel 72, tweede lid, APV Tilburg te kijken. Het is volgens deze bepaling aan anderen dan bewoners of gebruikers van flatgebouwen, appartementsgebouwen en soortgelijke meergezinshuizen en van gebouwen, die voor publiek toegankelijk zijn, verboden zich zonder redelijk doel te bevinden in een voor gemeenschappelijk gebruik bestemde ruimte van een zodanig gebouw. Hoewel bij de opstelling van deze bepaling primair gedacht lijkt te zijn aan gebouwen met een woonbestemming worden daarin ook expliciet voor publiek toegankelijke gebouwen genoemd wat voor de onderhavige zaak relevant is nu naar onze mening een kerk tijdens de uren waarin deze toegankelijk is, kan worden aangemerkt als een voor publiek toegankelijk gebouw. Wat de bepaling verbiedt in geval van een dergelijk gebouw, is dat anderen dan (bewoners of) gebruikers van dat gebouw, zich zonder redelijk doel bevinden in een voor gemeenschappelijk gebruik bestemde ruimte van een zodanig gebouw.

Naar ons oordeel valt er veel voor te zeggen om het koppel en de filmer in de onderhavige zaak aan te merken als anderen dan gebruikers van de kerk. Zij waren duidelijk geen normale kerkgangers waarbij te denken valt aan personen die komen bidden, biechten, spreken met de pastoor e.d. Voorts valt aan te nemen dat zij zich zonder redelijk doel bevonden in de kerk (die vrijwel geheel voor gemeenschappelijk gebruik bestemd is). Hun doel was immers in wezen uitsluitend de seks in de biechtstoel om deze te (laten) filmen.[160] Dit andere doel (dan waarvoor de kerk is bestemd) kan in onze ogen niet worden aangemerkt als het hier bedoelde redelijke doel.

Nu is daarmee niet automatisch gezegd dat artikel 72, tweede lid, APV Tilburg toepassing kan vinden. Wij kunnen ons voorstellen dat in een op deze bepaling gebaseerde strafzaak de vraag aan de orde zal worden gesteld of de gemeenteraad van Tilburg zijn verordenende bevoegdheid niet te buiten is gegaan door een bepaling in de APV op te nemen die de gang van zaken in een voor publiek toegankelijk gebouw betreft en die daarmee dus verder gaat dan het regelen van hetgeen op of aan de openbare weg geschiedt. Over het antwoord op die vraag valt een hoop op te merken. Dat gaat het bestek van dit advies te buiten. Mocht daartoe, ook na lezing van

[159] Voor dat aspect verwijzen wij naar hetgeen we hieronder zullen opmerken over het "zonder redelijk doel" in artikel 72, tweede lid, APV.
[160] Het aansteken van een waxinelichtje maakt dit niet anders.

een eerder advies van het WBOM[161], behoefte bestaan, dan adviseren we afzonderlijk hierover.

8.3.2.4 Conclusie

Onze conclusie is dat waarschijnlijk niet is gehandeld in strijd met artikel 73 APV Tilburg maar wel in strijd met artikel 72, tweede lid, APV Tilburg. Wel ligt de vraag voor of de gemeenteraad van Tilburg zijn verordenende bevoegdheid niet te buiten is gegaan door een bepaling in de APV op te nemen die de gang van zaken in een voor publiek toegankelijk gebouw betreft. Over het antwoord op die vraag kan eventueel afzonderlijk worden geadviseerd.

161

9. De conclusies op een rij

Belediging

- Onze conclusie is dat artikel 137c, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is.
- Onze conclusie is dat artikel 137e, eerste lid, onder 1° en 2°, Sr in casu niet van toepassing is.
- Onze conclusie is dat artikel 266, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is.
- Onze conclusie is dat artikel 271, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is.

Verboden toegang of verblijf

- Onze conclusie is dat artikel 138, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is, althans wanneer men ervan uitgaat dat het koppel en de filmer de kerk in konden lopen zonder het negeren van een (mogelijke) mededeling dat de kerk op dat moment niet betreden mocht worden en zonder het op enigerlei wijze forceren van toegang tot de kerk.
- Onze conclusie is dat artikel 139, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is.
- Onze conclusie is dat artikel 429quinquies Sr in casu niet van toepassing is.

Strijd met de seksuele zeden

- Onze conclusie is dat artikel 239 Sr in casu niet van toepassing is.

Onbruikbaarmaking

- Onze conclusie is dat artikel 350, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is, aangenomen dat het onbruikbaar worden van de biechtstoel niet op enigerlei wijze in de gedachten van de man en vrouw is geweest.
- Onze conclusie is dat artikel 352 Sr in casu niet van toepassing is.

Verstoring, baldadigheid of hinder

- Onze conclusie is dat artikel 146 Sr in casu niet van toepassing is.
- Onze conclusie is dat artikel 424, eerste lid, Sr in casu niet van toepassing is.
- Onze conclusie is dat waarschijnlijk niet is gehandeld in strijd met artikel 73 APV Tilburg maar wel in strijd met artikel 72, tweede lid, APV Tilburg. Wel ligt de vraag voor of de gemeenteraad van Tilburg zijn verordenende bevoegdheid niet te buiten is gegaan door een bepaling in de APV op te nemen die de gang van zaken in een voor publiek toegankelijk gebouw betreft. Over het antwoord op die vraag kan eventueel afzonderlijk worden geadviseerd.