

# ECLI:NL:HR:1989:ZC8366

|                      |   |
|----------------------|---|
| Instantie            | Hoge Raad   |
| Datum uitspraak      | 19-12-1989  |
| Datum publicatie     | 21-03-2022  |
| Zaaknummer           | 2437  |
| Formele relaties     | Conclusie: ECLI:NL:PHR:1989:11  |
| Rechtsgebieden       | Strafrecht  |
| Bijzondere kenmerken | Cassatie  |
| Inhoudsindicatie     | <p>Bezwaarschrift tegen dagvaarding t.z.v. verdenking van ontucht door ambtenaar met persoon die aan zijn gezag is onderworpen, art. 249.2.1 Sr. Hof heeft bevestigd beschikking Rb waarbij bezwaarschrift tegen dagvaarding ongegrond is verklaard en waarin is overwogen dat geen sprake hoeft te zijn van juridische, geformaliseerde relatie tussen ambtenaar en ander. Heeft Hof juiste betekenis toegekend aan begrip persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen a.b.i. art. 249.2.1 Sr in relatie tot begrip ambtenaar? Wetsgeschiedenis bij art. 249.2.1 Sr, welke bepaling rechtstreeks is ontleend aan art. 267 Oorspronkelijk Regeringsontwerp geeft geen steun aan uitleg van art. waarbij onder woorden gezag c.q. waakzaamheid mede worden begrepen gezag c.q. waakzaamheid die niet berusten op juridische, geformaliseerde, relatie tussen ambtenaar en bedoelde persoon maar daarop dat persoon zich uit eigen beweging aan gezag van ambtenaar onderwerpt of zichzelf aan hem toevertrouwt of aanbeveelt. Ook doel en strekking van bepaling dwingen niet tot de door Hof gevolgde lezing. Bescherming die art. 249.2.1 Sr biedt aan daar genoemde personen is niet beperkt tot minderjarigen, zoals bescherming die art. 249.1 Sr geeft aan bedienden of ondergeschikten tegenover hun werkgevers, noch tot personen die rechtens van hun vrijheid zijn beroofd of anderszins in relatie van onvrijwillige feitelijke afhankelijkheid van anderen zijn gehuisvest, zoals bescherming die art. 249.2.2 Sr biedt aan personen die zijn opgenomen in daar bedoelde inrichtingen tegenover bestuurders en personeel van die inrichtingen. Bescherming van art. 249.2.1 Sr strekt zich uit tot allen wier vrijheid van handelen tegenover ambtenaar niet anders is beperkt dan door gezag dat deze aan zijn functie ontleent enerzijds en tot allen die aan waakzaamheid waartoe zijn functie de ambtenaar verplicht aanspraak op zorg jegens hem ontlene anderzijds. Er is geen genoegzame reden die bescherming uit te breiden buiten grenzen van het bij of krachtens wet aan ambtenaar opgedragen gezag c.q. waakzaamheid jegens personen die van aldus opgedragen gezag c.q. aldus opgedragen waakzaamheid afhankelijk zijn. Op dezelfde gronden als hiervoor aangegeven kan niet als juist worden aanvaard 's Hofs oordeel dat voor vraag of sprake is van gezagsverhouding of van toevertrouwd of aanbevolen zijn a.b.i. art. 249.2.1 Sr niet beslissend is wat formeel of normaal tot taak van betrokken ambtenaar kan worden gerekend. Hof heeft beschikking niet naar de eis der wet met redenen omkleed.</p> <p>Volgt vernietiging en verwijzing. CAG: anders.</p> |
| Wetsverwijzingen     | Wetboek van Strafrecht 249  |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>NJ 1990, 292 met annotatie van Th.W. van Veen   |

## Uitspraak

19 december 1989

Strafkamer

Nr. 2437 Besch.

JM

## Hoge Raad der Nederlanden

### Beschikking

op het beroep in cassatie tegen een beschikking van het Gerechtshof te Leeuwarden van 9 maart 1989 in de strafzaak tegen:

[verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1945, wonende te [woonplaats].

#### 1. De bestreden beschikking

Het Hof heeft in hoger beroep, met eliminering, aanvulling en verbetering van de gronden, bevestigd een beschikking van de Arrondissementsrechtbank te Groningen van 7 december 1988, waarbij het bezwaarschrift tegen de dagvaarding van [verdachte] ongegrond is verklaard en [verdachte] is verwezen naar de terechtzitting ter zake dat

1. hij in 1987 in Nederland,

als ambtenaar ontucht heeft gepleegd met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen,

immers heeft hij, [verdachte], op of omstreeks 21 november 1987, althans in of omstreeks november 1987, in zijn woning aan de [a-straat 1] te [woonplaats], terwijl hij alstoen vice-president, tevens kinderrechter in de arrondissementsrechtbank te [plaats] was en terwijl hij, [verdachte], alstoen te bed lag, opzettelijk met ontuchtige bedoelingen [betrokkene 1] - die wegens problemen door hem, [verdachte], in een door hem aangezocht tehuis was geplaatst en voor wie hij, [verdachte], zich voor de kosten geheel, althans voor een aanzienlijk gedeelte, garant had gesteld, terwijl hij, [verdachte], met [betrokkene 1] over diens problemen sprak, bij zich op genoemd bed doen plaatsnemen, vervolgens opzettelijk ontuchtig de mannelijkheid van die [betrokkene 1] vastgepakt en vastgehouden en die [betrokkene 1] zijn, [verdachte], mannelijkheid doen vasthouden, waarna hij, [verdachte], een zaadlozing heeft gekregen;

2. hij in 1987, in Nederland,

als ambtenaar ontucht heeft gepleegd met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen,

immers heeft hij, [verdachte], op of omstreeks 27 november 1987, althans in of omstreeks november 1987, in de provincie Drenthe, althans in Nederland, terwijl hij alstoen vice-president, tevens kinderrechter in de arrondissementsrechtbank te [plaats] was, opzettelijk met ontuchtige bedoelingen [betrokkene 2], geboren op [geboortedatum] 1970, die alstoen door hem, [verdachte], wegens verdenking van een of meer strafbare feiten in voorlopige hechtenis werd gehouden en met wie hij, [verdachte], alstoen onderweg was in verband met een mogelijke opname van [betrokkene 2] in een therapeutische gemeenschap te [plaats], nadat hij, [verdachte], en die [betrokkene 2] in een bosperceel waren gelopen, tegen die [betrokkene 2] gezegd: [betrokkene 2], ..., als je nu bij mij wegloopt dan ga je zwaar voor de bijl, althans woorden van dergelijke aard en/of strekking, die [betrokkene 2] op de grond doen plaatsnemen en opzettelijk ontuchtig de mannelijkheid van die [betrokkene 2] vastgepakt en vastgehouden danwel daaraan getrokken en ook door die [betrokkene 2] zijn, [verdachte], mannelijkheid doen vastpakken en vasthouden;

althans indien het hiervoor onder 2 vermelde niet tot een veroordeling leidt:

dat hij op of omstreeks 27 november 1987, althans in of omstreeks november 1987, in de provincie Drenthe, althans in Nederland, ontucht heeft gepleegd met een aan zijn zorg of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige,

immers heeft hij, [verdachte], op of omstreeks 27 november 1987, althans in of omstreeks november 1987, in de provincie Drenthe, althans in Nederland, opzettelijk met ontuchtige bedoelingen [betrokkene 2]

geboren op [geboortedatum] 1970, die alstoen door hem, verdachte, wegens verdenking van een of meer strafbare feiten in voorlopige hechtenis werd gehouden en met wie hij, verdachte, alstoen onderweg was in verband met een mogelijke opname van [betrokkene 2] in een therapeutische gemeenschap te [plaats] , nadat hij, verdachte, en die [betrokkene 2] in een bosperceel waren gelopen, tegen die [betrokkene 2] gezegd: [betrokkene 2] , .. als je nu bij mij wegloopt dan ga je zwaar voor de bijl, althans woorden van dergelijke aard en/of strekking, die [betrokkene 2] op de grond doen plaatsnemen en opzettelijk ontuchtig de mannelijkheid van die [betrokkene 2] vastgepakt en vastgehouden danwel daaraan getrokken en ook door die [betrokkene 2] zijn, verdachtes, mannelijkheid doen vastpakken en vasthouden;

3. hij in het tijdvak van juni tot begin december 1987,

in [plaats] , althans in Nederland,

meermalen, althans eenmaal, (telkens) als ambtenaar ontucht heeft gepleegd met een persoon, genaamd [betrokkene 3] , aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen, immers heeft hij, verdachte, alstoen aldaar terwijl hij vice-president, tevens kinderrechter in de arrondissementsrechtbank te [plaats] was, opzettelijk ontuchtig genoemde [betrokkene 3] , die hij, verdachte, wegens persoonlijke problemen terzijde stond en voor wie hij, verdachte, onder meer plaatsing in een tehuis had geregeld en die van hem, verdachte, voor zijn levensonderhoud en schoolopleiding en vakantie al dan niet regelmatig geld had ontvangen, meermalen, althans eenmaal, (telkens) geheel naakt uitgekleded en vervolgens zichzelf geheel ontkleed, waarna hij, verdachte (telkens) opzettelijk ontuchtig die [betrokkene 3] seksueel heeft bevredigd en/of zich door die [betrokkene 3] seksueel heeft doen bevredigen.

## 2. Het cassatieberoep

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft Mr. G. Spong, advocaat te 's-Gravenhage, het volgende middel van cassatie voorgesteld:

Het recht is geschonden en/of er zijn vormen verzuimd, waarvan niet naleving nietigheid medebrengt.

In het bijzonder zijn de artt. 250, 254 Sv., 249 Sr. geschonden, doordien het Hof, de beschikking van de Rechtbank bevestigende, aan het in de telastelegging onder 1 en 3 opgenomen begrip een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen in relatie tot het begrip ambtenaar een onjuiste betekenis heeft toegekend door het begrip gezag tevens te doen uitstrekken op een niet uit het rechtsstelsel voortvloeiend gezag althans overwicht en aldus heeft miskend dat onder het begrip aan zijn gezag onderworpen als bedoeld in art. 249, tweede lid, aanhef en onder 1e Sr. verstaan moet worden het noodzakelijk gezag, dat verbonden is aan op het recht gebaseerd gezags- of machtsgebruik.

### Toelichting:

1. Voor zover hier van belang heeft de Rechtbank, wier oordeel door het Hof is overgenomen, overwogen:

Met betrekking tot de vraag of gesproken kan worden van personen aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen overweegt de Rechtbank het volgende.

Van een gezagsverhouding of van een toevertrouwd of aanbevolen zijn als in het artikellid bedoeld kan ook sprake zijn als een persoon zich uit eigen beweging aan het gezag van de ambtenaar onderwerpt of zichzelf aan hem toevertrouwt of aanbeveelt. Van een juridische, geformaliseerde relatie tussen de ambtenaar en de bedoelde persoon behoeft voorts geen sprake te zijn. Voldoende is dat de persoon feitelijk aan het gezag van de ambtenaar is onderworpen of feitelijk aan hem is toevertrouwd of

aanbevolen.

Vereist is wel dat deze feitelijke relatie verband houdt met de hoedanigheid van ambtenaar. De betrokken persoon moet aan het gezag dat de dader als ambtenaar heeft zijn onderworpen of aan hem in zijn hoedanigheid van ambtenaar zijn toevertrouwd of aanbevolen.

Bij de beantwoording van de vraag of dit het geval is, spelen de feitelijke verhoudingen een grote rol. Naar het oordeel van de Rechtbank is derhalve niet beslissend, wat formeel of normaal tot de taak van de betrokken ambtenaar kan worden gerekend, maar dient mede te worden gelet op de wijze waarop de ambtenaar de functie in feite uitoefent.

2. Personen met de kwaliteit als bedoeld in art. 249 lid 1 en 2 ten 1e hebben een bepaalde zorgplicht (vgl. Van Bemmelen-Van Veen, Bijzondere delicten, pg. 192, 7e druk). Strafbaarstelling van de schending van die zorgplicht berust op de opvatting van de wetgever dat de in vorenbedoelde tekst vermelde (rechts)posities en functies vanuit de daarbij aangegeven gezichtspunten ongelijkheid en een daaruit gemakkelijk voortvloeiend feitelijk overwicht kunnen meebrengen, waartegen nader aangewezen in hoofdzaak minderjarige personen met het oog op hun daarbij mogelijk op het spel staande belangen behoren te worden beschermd. Op grond van die ongelijkheid en op grond van de uit die ongelijkheid voortspruitende afhankelijkheid dienen voormelde kwetsbare personen in seksueel opzicht te worden beschermd.

3. Voor de reikwijdte van art. 249 Sr. is de functie van ambtenaar en het daaraan verbonden gezag van belang voor zover er sprake is van misbruik van dat gezag in het kader van de uitoefening van het ambt. Blijkens de M.v.A. bij de Wijzigingswet van 1936 van art. 249 Sr is met gezag in art. 249 Sr immers bedoeld het onmiddellijk uit het rechtsstelsel voortvloeiend overwicht. Ook uit de opmerkingen van de toenmalige minister van Justitie Van Schaik in de Tweede Kamer op 1 april 1956 volgt dat in des wetgevers visie art. 249 Sr ziet op het misbruik maken van gezagsoverwicht in die zin, dat de overwichtsverhouding rechtstreeks op juridisch gezag moet berusten. Deze gedachte wordt voorts pregnant onder woorden gebracht door het woord onderworpen in art. 249, lid 2 ten 1e Sr. In die woorden komt de ongelijkheid als hiervoren bedoeld het scherpst tot uiting. Het is derhalve voor strafbaarheid in casu niet voldoende, dat een persoon zich feitelijk uit eigener beweging aan een gezagdragende ambtenaar heeft onderworpen. In dát geval is namelijk niet de functie van ambtenaar oorzaak van de ongelijkheid in seksuele zelfbeschikking en de afhankelijkheid.

4. Aan het voorgaande wordt geen afbreuk gedaan door de rechtspraak van Uw Raad, waarin tot uitdrukking komt dat onder omstandigheden een minderjarige die feitelijk aan iemand is toevertrouwd bij afwezigheid van een juridische gezagsverhouding toch bescherming geniet en bijgevolg gesproken kan worden van een aan zijn zorg toevertrouwde minderjarige als bedoeld in art. 249, lid 1 Sr. (vgl. H.R. 30 september 1986, NJ 1987, 414 en H.R. 22 maart 1988, NJ 1988, 860).

Sommigen spreken in dit verband van een ruime uitleg van de betrokken wetsbepaling, maar dat is misleidend, omdat die terminologie suggereert dat Uw Raad verder zou zijn gegaan dan de bedoeling van de wetgever. Voor die conclusie is echter geen goede grond. Dit inzicht is belangrijk, omdat de ruime uitleg aanhangers, zoals de Officier van Justitie blijkens zijn op schrift gestelde opmerkingen in deze zaak die door de Rechtbank en het Hof zijn gevolgd, geneigd zijn te stellen dat bij een ruime uitleg van art. 249, lid 1 Sr. een ruime uitleg van art. 249, lid 2 onder 1 Sr. hoort.

5. Laten wij echter dat suggererend en weinig verhelderend woordgebruik achterwege en bezien wij de ratio en de tekst van art. 249, lid 1 en 249, lid 2 onder 1 Sr. in onderling verband dan ligt het, mede gelet op de hiervoor weergegeven beschouwingen, niet voor de hand om in het voetspoor van de zoëven genoemde rechtspraak, te aanvaarden, dat voor de toepassing van art. 249, lid 2 onder 1 Sr. een feitelijke, vrijwillige onderwerping van een (minderjarige) persoon voldoende is voor de strafbaarstelling als bedoeld in die bepaling. Er is meer nodig. Anders dan bij art. 249, lid 1 Sr. het geval is, waar de terminologie hij aan wie is toevertrouwd geen beperkingen stelt aan de wijze van toevertrouwing, verwijst de tekst van art. 249, lid 2 onder 1 Sr. wel degelijk naar een specifieke wijze van onderwerping. Van onderwerping aan een ambtenaar kan, wil die ambtenaar zijn ambtsgrenzen niet overschrijden (en dat is

het laatste waartoe het strafrecht uitnodigt), slechts sprake zijn indien de onderwerping gebaseerd kan worden op een door het ambt rechtsgeldig bewerkstelligde onderwerping. Het is om die reden dat in de M.v.A. in 1936 gewag werd gemaakt van een onmiddellijk uit het rechtsstelsel voortvloeiend overwicht.

6. Ook al moet op grond van de geschiedenis van de totstandkoming van art. 249 Sr. aangenomen worden, dat een vrijwillige onderwerping niet aan de toepassing daarvan in de weg staat, diezelfde geschiedenis leert dat niettemin bij art. 249 lid 2 onder 1 Sr. sprake moet zijn van een noodzakelijk gezag.

Minister Modderman zag, evenals zijn opvolgers, die bepaling dan ook als een bescherming tegen gezags- of machtsmisbruik. Modderman: Art. 249 beschermt diegenen, wier kiesvrijheid niet bestaat of geen eerbiediging verdient tegen diegenen die hun gezag of hunne magt misbruiken. (Vgl. Smidt, II, pg. 329).

Dit noodzakelijk gezag en dit gezags- of machtsmisbruik, waarvan uiteraard alleen sprake kan zijn als macht legitiem dat wil zeggen uit hoofde van het ambt gebruikt mag worden, is het onderscheidende kenmerk tussen art. 249, lid 2 onder 1 en art. 249, lid 2 onder 2 Sr.

Uw Raad besliste immers bij arrest van 9 maart 1948, NJ 1948, no. 369, dat nu niet duidelijk bleek, dat de bedoelde vrouwen in een bewaringskamp voor politieke gevangenen aan het gezag van rekwirant waren onderworpen aan het bewezen verklaarde ten onrechte de aan art. 249, tweede lid onder 1 ontleende benaming is gegeven, waarna Uw Raad de kwalificatie verbeterde in als beambte in een gevangenis ontucht plegen met een persoon daarin opgenomen, tweemaal gepleegd onder aanhaling van art. 249 tweede lid aanhef en onder 2 Sr. Uit dit arrest blijkt mitsdien duidelijk dat de grens tussen art. 249 lid 2 onder 1 en 2 ligt bij het noodzakelijk gezag.

7. Voorts heeft het Hof verzuimd te beslissen of ten gevolge van de Wet van 1 juli 1987, Stb. 333 en K.B. 9 december 1987, Stb. 558 en het bepaalde in art. 1, lid 2 Sr. ten aanzien van de feiten 1 en 3 nog wel gesproken kan worden van een strafbaar feit nu de betrokken personen ten tijde van het handelen van rekwirant blijkens de gedingstukken 19 jaar oud waren.

Weliswaar is art. 249, lid 2 onder 2 Sr. van toepassing ongeacht de meerder- of minderjarigheid van de te beschermen personen, maar voor de vraag of er sprake is van een noodzakelijk gezag als constituerend onderdeel van de strafbaarheid is in dit bijzondere geval waar het noodzakelijke gezag van een kinderrechter ophoudt bij het bereiken van de meerderjarigheid van de betrokken jongens de rechter gehouden te onderzoeken of op grond daarvan het ten laste gelegde nog wel een strafbaar feit behelst.

8. Nu het Hof heeft miskend dat het hier om noodzakelijk gezag gaat en in zoverre dus wel degelijk, anders dan Rechtbank en Hof menen, van een juridische of geformaliseerde relatie tussen ambtenaar en de bedoelde persoon sprake moet zijn en uit de telastelegging onder 1 niet kan volgen dat het uitzoeken van een tehuis en het zich garant stellen voor de kosten van levensonderhoud ambtshandelingen verricht in de functie van kinderrechter (dus in het kader van dat noodzakelijke gezag) zijn verricht en hetzelfde geldt voor het terzijde staan wegens persoonlijke problemen en het regelen van een plaatsing in een tehuis als omschreven in feit 3 van de telastelegging, moet de slotsom luiden dat 's-Hofs beschikking op grond van het voorgaande niet in stand kan blijven.

## 9. Korte nabeschuiving

Gelet op de inhoud van de opmerkingen c.q. het requisitoir van de Officier van Justitie is het niet onvoorstelbaar, dat Rechtbank en Hof bij hun oordeel over de toepasselijkheid van art. 249, lid 2 onder 2 Sr. in enige mate daardoor zijn beïnvloed. Zakelijk weergegeven is door de Officier van Justitie, voor zover hier van belang, onder meer opgemerkt:

Verdachte nam van zijn kant de kwaliteit rechter (en dus: ambtenaar) altijd met zich mee. Of hij nu in het tehuis aan de [b-straat] was of thuis in zijn met sfeer beladen studeerkamer: hij bleef voor [betrokkene 1] en [betrokkene 3] toch altijd die vriend-de-rechter, hooggeplaatst en oppermachtig.

Personen die een dergelijke functie bekleden, dienen zich altijd te realiseren dat zij de bij de functie behorende kwaliteit altijd met zich meedragen. Overal. Het is niet mogelijk daarvan afstand te doen.

Kwaliteit en persoon zijn onverbreekelijk met elkaar verbonden.

In dat glazen huis leeft nu eenmaal de rechterlijke ambtenaar. Het hoort erbij. Het zijn van rechterlijk ambtenaar stelt dan ook zo z'n eisen. En terecht!

Het is ontegenzeggelijk juist, dat de functie van rechter hoge eisen stelt aan de betrokken ambtenaar, ook voor wat betreft zijn niet-ambtelijk leven. Hij moet, alleen al voor zijn eigen geweten, braver zijn dan de gemiddelde burger. Maar ook een rechter is een mens, en dat betekent, dat hij dus wel eens de maximumsnelheid overtreedt, de artt. 40 en 56, lid 1 R.V.V. vergeet na te leven, en misschien ook zonder betrap te worden art. 26, 2 W.V.W. overtreedt. Minst genomen is het ten aanzien van dit soort strafbare feiten discutabel of het wel redelijk is te stellen, dat een rechter altijd zijn kwaliteit meedraagt en dat kwaliteit en persoon onverbreekelijk met elkaar zijn verbonden.

Voor wat betreft de zwaardere feiten, misdrijven, heeft de wetgever een aparte regeling geschapen voor delikten gepleegd door een ambtenaar (vgl. de artt. 44 Sr. en de ambtsmisdrijven in titel XXVIII). Art. 249, lid 2 onder 2 Sr. neemt in dit stelsel een bijzondere plaats in vanwege zijn, gelet op het bepaalde in art. 44 Sr., aparte vermelding. Tegen deze achtergrond beschouwd moet gewaakt worden tegen het bevorderen van de onkreukbaarheid van de rechter in zijn privé-leven door de grenzen van voormeld wettelijk systeem te ontkennen en elke misstap begaan in dat privé-leven, begaan in dat glazen huis, onder de noemer van één van de bepalingen in dat systeem te brengen.

Ook een rechter kan aanspraak maken op de voor wat betreft de strafbaarstelling gecreëerde grenzen door de wetgever. De ambtsmisdrijven zijn wat dat betreft evenals de misdrijven waarop art. 44 Sr. van toepassing is, aan te merken als gekwalificeerde delikten (vgl. H.S.R., 10e druk, p. 99).

Rechtstheoretisch zijn er geen argumenten denkbaar waarom in afwijking van dit systeem voor een rechter gesproken zou moeten worden van een door zijn hoedanigheid overheerst gekwalificeerd delikt hetgeen het geval is indien hij als ambtenaar strafrechtelijk aansprakelijk gesteld wordt voor strafbare feiten, niet in de uitoefening van zijn ambt maar wel in zijn glazen huis, gepleegd. Juist zijn bijzondere positie en zijn glazen huis brengen mee, dat hij er recht op kan doen gelden dat een scherp onderscheid gemaakt wordt tussen door hem privé en in de uitoefening van het ambt gepleegde strafbare feiten. Het bepaalde in art. 11 R.O. brengt in dit verband mee, dat de rechter die buiten de uitoefening van zijn ambt een misdrijf begaat naast de strafrechtelijke sanktie ook nog zeer gevoelig ambtenaarrechtelijk, althans in zijn bestaan wordt getroffen. Voor ernstige misdrijven zijn kwaliteit en persoon voor de rechter dus in menig geval inderdaad onverbreekelijk met elkaar verbonden, maar dan wel op een andere manier dan Rechtbank en Hof voor ogen staat. Die verbondenheid wordt via art. 11 R.O. gesanctioneerd en niet via een uitleg van in casu het begrip gezag, welke in strijd is met de wetsgeschiedenis. Een rechter is dus strafrechtelijk niet vogelvrij.

### 3. De conclusie van het Openbaar Ministerie

De Advocaat-Generaal Meijers heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

### 4. Beoordeling van het middel

4.1. Bij zijn in cassatie bestreden beschikking heeft het Hof overgenomen het oordeel van de Rechtbank Met betrekking tot de vraag of gesproken kan worden van personen aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen overweegt de Rechtbank het volgende.

Van een gezagsverhouding of van een toevertrouwd of aanbevolen zijn als in het artikellid bedoeld kan ook sprake zijn als een persoon zich uit eigen beweging aan het gezag van de ambtenaar onderwerpt of zichzelf aan hem toevertrouwt of aanbeveelt. Van een juridische, geformaliseerde relatie tussen de ambtenaar en de bedoelde persoon behoeft voorts geen sprake te zijn. Voldoende is dat de persoon feitelijk aan het gezag van de ambtenaar is onderworpen of feitelijk aan hem is toevertrouwd of

aanbevolen.

Vereist is wel dat deze feitelijke relatie verband houdt met de hoedanigheid van ambtenaar. De betrokken persoon moet aan het gezag dat de dader als ambtenaar heeft zijn onderworpen of aan hem in zijn hoedanigheid van ambtenaar zijn toevertrouwd of aanbevolen.

Bij de beantwoording van de vraag of dit het geval is, spelen de feitelijke verhoudingen een grote rol. Naar het oordeel van de Rechtbank is derhalve niet beslissend, wat formeel of normaal tot de taak van de betrokken ambtenaar kan worden gerekend, maar dient mede te worden gelet op de wijze waarop de ambtenaar de functie in feite uitoefent.

4.2. Het middel bestrijdt dit oordeel met de stelling dat Rechtbank en Hof, aldus overwegende, aan het in de telastelegging onder 1 en 3 opgenomen begrip een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen als bedoeld in art. 249, tweede lid aanhef onder 1°, Sr in relatie tot het begrip ambtenaar een onjuiste betekenis heeft toegekend. Het middel is gegrond.

4.3.1. De strafbaarstelling, vervat in art. 249, tweede lid aanhef en onder 1° Sr, is rechtstreeks ontleend aan art. 267 van het Oorspronkelijk Regerings-Ontwerp, voor zover hier van belang luidende:

Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren worden gestraft ontuchtige handelingen gepleegd:

1°

2° door ambtenaren met personen die aan hun gezag zijn onderworpen of aan hunne waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen;

3° ...

4.3.2. De memorie van toelichting op laatstgenoemde bepaling houdt voor zover hier van belang in:

Indien de voldoening aan eigen lust niet tevens openbare schennis der eerbaarheid insluit, en noch door middel van geweld of bedreiging met geweld, noch ten aanzien van personen die jonger dan veertien jaren, krankzinnig of bewusteloos zijn gepleegd wordt, is zij alleen strafbaar voorzover personen die een noodzakelijk gezag over anderen uitoefenen, zich daaraan ten aanzien van deze laatste schuldig maken. Art. 267 noemt deze verhoudingen; er bestaat dan een grof misbruik van gezag tegenover personen, die door geboorte of door dwang van anderen verplicht zijn, zich aan dat gezag te onderwerpen. Het ontwerp 1847 heeft de bepaling te ver uitgestrekt door ook te omvatten dienstbare en andere personen, die zich vrijwillig onder iemands opzicht gesteld hebben.

Het in de memorie van toelichting bedoelde ontwerp 1847, boek II, XVIe titel, stelde voor zover hier van belang, in navolging van de Code Pénal, aanranding van de eerbaarheid alleen strafbaar indien gepleegd hetzij in het openbaar, hetzij met geweld, hetzij tegen kinderen beneden 14 jaar of krankzinnigen, waarbij telkens als strafverzwarende omstandigheid zou gelden, voor zover hier van belang, indien de daden ( ) gepleegd zijn door hen die magt, gezag of toezicht hadden over den beledigde.

4.3.3. De memorie van antwoord bij de wet van 18 juli 1936, Stb. 203, waarbij de hiervoor onder 4.3.1 bedoelde strafbepaling, behoudens vernummering en redactionele aanpassing, ongewijzigd werd gehandhaafd, omschrijft het in deze bepaling bedoelde gezag als onmiddellijk uit het rechtsstelsel voortvloeiend overwicht.

4.4. Deze wetsgeschiedenis geeft geen steun aan een uitlegging van het artikel waarbij onder de woorden gezag c.q. waakzaamheid mede worden begrepen gezag c.q. waakzaamheid die niet berusten op een juridische, geformaliseerde, relatie tussen de ambtenaar en de bedoelde persoon maar daarop dat een persoon zich uit eigen beweging aan het gezag van de ambtenaar onderwerpt of zichzelf aan hem toevertrouwt of aanbeveelt.

4.5. Ook doel en strekking van de bepaling dwingen niet tot de door het Hof gevolgde lezing. De bescherming die art. 249, tweede lid aanhef en onder 1° Sr biedt aan de daar genoemde personen is niet beperkt tot minderjarigen, zoals de bescherming die het eerste lid van het artikel geeft aan bedienden of ondergeschikten tegenover hun werkgevers, noch tot personen die rechtens van hun vrijheid zijn beroofd of anderszins in een relatie van onvrijwillige feitelijke afhankelijkheid van anderen zijn gehuisvest, zoals de bescherming die het tweede lid aanhef en onder 2° biedt aan personen die zijn opgenomen in de daar bedoelde inrichtingen tegenover kort samengevat bestuurders en personeel van die inrichtingen. De bescherming van art. 249, tweede lid aanhef onder 1° Sr strekt zich uit tot allen wier vrijheid van handelen tegenover de ambtenaar niet anders is beperkt dan door het gezag dat deze aan zijn functie ontleent enerzijds en tot allen die aan de waakzaamheid waartoe zijn functie de ambtenaar verplicht een aanspraak op zorg jegens hem ontleent anderzijds. Er is geen genoegzame reden die bescherming uit te breiden buiten de grenzen van het bij of krachtens de wet aan de ambtenaar opgedragen gezag c.q. waakzaamheid jegens personen die van het aldus opgedragen gezag c.q. de aldus opgedragen waakzaamheid afhankelijk zijn.

4.6. Op dezelfde gronden als hiervoor aangegeven kan niet als juist worden aanvaard 's Hofs oordeel dat voor de vraag of sprake is van een gezagsverhouding of van een toevertrouwd of aanbevolen zijn als in het artikel bedoeld niet beslissend is wat formeel of normaal tot de taak van de betrokken ambtenaar kan worden gerekend.

4.7. Uit het voorgaande volgt dat het hof de bestreden beschikking niet naar de eis der wet met redenen heeft omkleed zodat deze niet in stand kan blijven en verwijzing moet volgen.

## 5. Beslissing

De Hoge Raad:

Vernietigt de bestreden beschikking;

Verwijst de zaak naar het Gerechtshof te Amsterdam teneinde op het bestaande hoger beroep te worden berecht en afgedaan.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president Bronkhorst als voorzitter, de vice-president Van den Blink, en de raadsheren Keijzer, Mout en Bleichrodt, in bijzijn van de griffier Sillevius Smitt-Mülder, in raadkamer van 19 december 1989.