

Strafrecht als **ultimum remedium**

Levend leidmotief of archaisch desideratum?

Jan Crijns*

1 Inleiding

Elke rechtenstudent wordt tijdens zijn studie geconfronteerd met de gedachte dat het strafrecht moet worden beschouwd als ultimum remedium; alleen als (is gebleken dat) geen enkel ander middel geschikt is, dient te worden gekozen voor de inzet van het strafrecht. De in de toepassing van het strafrecht besloten liggende gedachte van subsidiariteit gaat in die zin reeds aan het gehele strafrecht vooraf.

Het is geen geheim dat de ultimum remedium-gedachte het de laatste jaren moeilijk heeft

Het is echter geen geheim dat de ultimum remedium-gedachte het de laatste jaren moeilijk heeft. Het heeft er immers alle schijn van dat in geval van meer of minder ernstige maatschappelijke problematiek al snel een greep in de strafrechtelijke gereedschapskist wordt gedaan zonder dat eerst zorgvuldig wordt bekeken of een minder ingrijpend middel ook zou kunnen volstaan dan wel de vraag ten gronde wordt beantwoord in hoeverre strafbaarstelling al dan niet aan het oplossen of inperken van het geconstateerde maatschappelijke probleem kan bijdragen. Nieuwe strafbaarstellingen worden gecreëerd, reeds bestaande strafbare feiten worden uitgebreid en ook langs strafvorderlijke weg wordt de strafrechtelijke arm in de loop der jaren gestaag langer. Om een aantal (betrekkelijk willekeurige) voorbeelden te noemen: de terrorismewetgeving van het begin van deze eeuw,¹ het Wetsvoorstel herziening ten nadele,² het Wetsvoorstel tot

aanpassing van de regeling van de vervolgingverjaring³ en tot slot het voornemen van het huidige kabinet illegaal verblijf in Nederland strafbaar te stellen.⁴ Zonder op deze plaats nader in te gaan op deze en dergelijke maatregelen, lijkt de symbolische waarde hiervan niet zelden groter te zijn dan hun feitelijk probleemoplossend vermogen. Mede als gevolg hiervan kost het de strafrechtspleging de grootste moeite de verwachtingen van de maatschappij omtrent criminaliteitsbestrijding en veiligheid bij te benen.⁵ En hoewel het welhaast niet anders kan dan dat de wetgever dit ook wel weet, blijft de wetgevingsmachine op volle toeren draaien en draagt de wetgever daarmee bij aan de opgeklopte verwachtingen omtrent hetgeen het strafrecht vermag. Tegen deze achtergrond bezien lijkt de in de ondertitel van deze bijdrage met betrekking tot de huidige betekenis van de ultimum remedium-gedachte opgeworpen vraag betrekkelijk gemakkelijk te beantwoorden. Toch is het raadzaam wat dieper op deze materie in te gaan en te bezien of er aan het begin van de eenentwintigste eeuw nog een plaats is weggelegd voor de ultimum remedium-gedachte.

Het kost de strafrechtspleging de grootste moeite de verwachtingen van de maatschappij omtrent criminaliteitsbestrijding en veiligheid bij te benen

Deze vraag is met name van belang in het licht van het feit dat het handhaving domein er tegenwoordig totaal anders uitziet dan in de tijd waarin de ultimum remedium-gedach-

* Mr. J.H. Crijns is als universitair docent verbonden aan het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden en daarnaast rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Haarlem.

1 Zie uitgebreid M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur. Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland bezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 204-292.

2 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, nr. 2.

3 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 890, nr. 2. Dit wetsvoorstel strekt ertoe de strafrechtelijke verjaringstermijn in zijn geheel af te schaffen voor een grotere groep van delicten dan thans het geval is, te weten alle misdrijven waarop twaalf jaar of meer gevangenisstraf is gesteld alsmede een aantal in het bijzonder aangewezen zedendelicten begaan jegens minderjarige slachtoffers.

4 Zie onder meer de Justitiebegroting 2012 (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 VI, nr. 2, p. 12). Aangekondigd is dat illegaliteit als overtreding strafbaar zal worden gesteld.

5 Deze ontwikkeling is er niet een van de laatste jaren. Vgl. reeds Th.A. de Roos, *Het grote onbehagen. Emotie en onbegrip over de rol van het strafrecht*, Amsterdam: Balans 2000.

te werd gepostuleerd.⁶ Met name de opkomst van het punitieve bestuursrecht in de laatste decennia van de twintigste eeuw en de meer recente invloed van de Europese Unie op de wijze waarop lidstaten het Europees recht handhaven, doen de vraag rijzen of de ultimatum remedium-gedachte nog wel het meest zinvolle uitgangspunt is wanneer het gaat om de vraag onder welke omstandigheden inzet van het strafrecht is geboden.

De ultimatum remedium-gedachte houdt ons voor dat het strafrecht niet het eerst aangewezen instrument kan en mag zijn bij het oplossen van maatschappelijke problemen

2 Aard, inhoud en plaats van de ultimatum remedium-gedachte

Als gezegd houdt de ultimatum remedium-gedachte ons voor dat toepassing van het strafrecht slechts op zijn plaats is wanneer andere, minder vergaande middelen tekort hebben geschoten of zullen schieten. Het zal duidelijk zijn dat de ultimatum remedium-gedachte niet het karakter van een rechtsregel heeft; in de rechtszaal kan men zich niet (snel) met vrucht op het niet naleven van de ultimatum remedium-gedachte beroepen door te stellen dat de normovertreding ook op andere wijze had kunnen worden geredresseerd.⁷ Ook kan de ultimatum remedium-gedachte niet echt als een (rechts)beginsel worden beschouwd, aangezien beginselen zich – in tegenstelling tot regels – juist laten karakteriseren door hun vermogen tegen andere beginselen te worden afgewogen, waarbij nu eens het ene beginsel en dan weer het andere de voorrang geniet zonder dat één van beide daarmee aan zeggingskracht verliest.⁸ Dit vermogen ontbeert de ultimatum remedium-gedachte vrijwel in zijn geheel; het geeft eerder uitdrukking aan een gewenste uitkomst van een afweging die op grond van andere grootheden dient te worden gemaakt: ‘als het even kan, liever geen strafrecht’. Dit leidt mij tot de conclusie dat de gedachte van strafrecht als ultimatum remedium – ondanks dat deze al anderhalve eeuw leeft – hooguit de status heeft van een voorrangsregel binnen het proces van wetgeving en handhaving. De ultimatum remedium-gedachte houdt ons voor dat het strafrecht niet het eerst aangewezen instrument kan en mag zijn bij het

oplossen van maatschappelijke problemen. Het roept op tot een terughoudend gebruik van het strafrecht, dat gezien zijn opzettelijk leedtoevoegende karakter immers per definitie neerkomt ‘op het snijden in het eigen vlees’.⁹ Daarmee heeft de ultimatum remedium-gedachte een onmiskenbare zeggingskracht, maar heeft het niettemin een beperkt inhoudelijke betekenis. Het zegt immers niets over de vraag wanneer, in welke gevallen en onder welke omstandigheden inzet van het strafrecht is geboden; het zegt enkel iets over de niet-preferente plaats van het strafrecht ten opzichte van andere instrumenten ter ordening van de maatschappij (waarbij niet alleen moet worden gedacht aan handhaving via privaatrecht of bestuursrecht, maar ook aan tuchtrecht en zelfregulering¹⁰). Aldus raakt de ultimatum remedium-gedachte meer aan het proces dat voorafgaat aan strafbaarstelling dan aan de inhoud daarvan: pas als is gebleken dat andere instrumenten tekortschieten, dient de inzet van het strafrecht te worden overwogen. De achterliggende ratio van deze volgorde is – indachtig de hiervoor gemenoteerde woorden van Kelk – de gedachte dat het strafrecht het diepst ingrijpt in de meest fundamentele rechten van de individuele burger en in die zin heeft de ultimatum remedium-gedachte uiteraard wel degelijk ook een inhoudelijke connotatie. Sterk is deze echter als gezegd niet, nu de ultimatum remedium-gedachte op geen enkele wijze uitdrukt onder welke voorwaarden de inzet van het strafrecht al dan niet gerechtvaardigd is.

De ultimatum remedium-gedachte raakt meer aan het proces dat voorafgaat aan strafbaarstelling dan aan de inhoud daarvan: pas als is gebleken dat andere instrumenten tekortschieten, dient de inzet van het strafrecht te worden overwogen

De ultimatum remedium-gedachte functioneert primair op het niveau van de wetgever. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat de ultimatum remedium-gedachte in de literatuur met name naar voren komt in de context van het debat over criteria voor strafbaarstelling. Alle auteurs die een poging hebben gemaakt dergelijke criteria te formuleren, hebben daarbij getracht uitdrukking te geven aan

6 Reeds ten tijde van de totstandkoming van het huidige Wetboek van Strafrecht in de tweede helft van de negentiende eeuw vormde de ultimatum remedium-gedachte een belangrijk uitgangspunt. Sprekend over de vraag wanneer een gedraging strafbaar dient te worden gesteld, stelt minister Modderman: ‘In de tweede plaats komt de eisch er bij dat het onrecht zij, waarvan de ervaring heeft geleerd dat het (...) door geene andere middelen behoorlijk is te bedwingen. De strafbedreiging moet blijven een ultimatum remedium.’ Zie H.J. Smid, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, eerste deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, p. 11.

7 Dit geldt wel voor het sterk met de ultimatum remedium-gedachte verwante beginsel van subsidiariteit. Aan het slot van deze paragraaf wordt nader teruggekomen op de verhouding tussen deze beide begrippen.

8 Zie over deze op het werk van Dworkin gebaseerde omschrijving van beginselen C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 228-232 en K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 185-186. Vgl. in dit verband ook P. Scholten, *Algemeen deel* (3e druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 62-63: ‘Een rechtsbeginsel is niet een rechtsregel. Was het regel, dan zou die zo algemeen zijn, dat hij of niets of veel te veel zeide. Directe toepassing door subsumptie van een geval onder een beginsel is niet mogelijk, daartoe moet eerst door een meer concrete inhoud de regel worden gevormd. Bij die vorming botst beginsel tegen beginsel: het ene zal in deze, het andere in die richting dringen. Het beginsel is dus niet recht, doch geen recht is te begrijpen zonder die beginselen.’

9 Belangrijke rechtsgoederen (zoals de fysieke vrijheid van de mens) worden immers beschermd door de opzettelijke schending van die rechtsgoederen (door middel van vrijheidsbenemende sancties). Zie C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 9.



Foto © Marten Hoogstraat (whiteframe.nl)

- 10 Vgl. Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel-politieke studie* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 66.
- 11 Zie J.M. van Bemmelen, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in: J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 9.
- 12 Zie Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel-politieke studie* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 60-70.
- 13 Zie R.H. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 43.
- 14 Zie L.H.C. Hulsman, 'Criteria voor strafbaarstelling', in: E. André de la Porte, *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn: In den Toren 1972, p. 80-93.
- 15 Zie onder meer R.H. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 43 en 72-81.

de ultimum remedium-gedachte, ofwel als afzonderlijk te toetsen criterium ofwel als gezichtspunt dat aan de basis ligt van de door hen geformuleerde criteria en in die zin daaraan voorafgaat. Zo formuleert Van Bemmelen in 1973 als een van zijn positieve criteria voor strafbaarstelling 'dat een bepaalde regeling door de wetgever noodzakelijk wordt geacht en hij de bescherming door in andere delen van het recht voorziene sancties onvoldoende acht'.¹¹ En De Roos formuleert tegen de achtergrond van de ultimum remedium-gedachte als derde criterium voor strafbaarstelling het subsidiariteitsbeginsel, dat in dit verband dient te worden opgevat als de vraag of er adequate alternatieven voor het strafrecht zijn.¹² Ook Haveman sluit zich hierbij aan door als derde voorwaarde voor strafbaarstelling de vraag te stellen: 'zijn er adequate niet-strafrechtelijke alternatieven?'¹³ Enkel bij Hulsman – de belangrijkste grondlegger van het denken over criteria voor strafbaarstelling – komt de ultimum remedium-gedachte niet expliciet als één van de criteria naar voren, maar is deze – vanuit zijn abolitionistische visie op het strafrecht – het fundament waarop de wel expliciet door hem geformuleerde criteria rusten.¹⁴ Aldus is zonneklaar dat het wetenschappelijk denken

diep doortrokken is van de gedachte dat het strafrecht slechts bij uitzondering dient te worden ingezet. Overigens komt uit het debat over criteria voor strafbaarstelling ook duidelijk de gedachte naar voren dat het enkele feit dat andere alternatieven tekortschieten, nog niet maakt dat het strafrecht dient te worden ingezet; met het tekortschieten van alternatieven is de geschiktheid van het strafrecht immers nog niet gegeven. Steeds dient de aanvullende vraag te worden beantwoord of het strafrecht wel een geschikt middel is om het voorliggende maatschappelijk probleem het hoofd te bieden.¹⁵

Het is zonneklaar dat het wetenschappelijk denken diep doortrokken is van de gedachte dat het strafrecht slechts bij uitzondering dient te worden ingezet

Daarnaast functioneert de ultimum remedium-gedachte ook op het niveau van de uitvoering. Ook dan kan zich immers de vraag voordoen of inzet van het strafrecht al dan niet is geboden, hetgeen zich met name

voordoeft op die maatschappelijke terreinen van het (bijzonder) strafrecht waarop in de loop der jaren een stelsel van duale handhaving is ontstaan. In dergelijke gevallen heeft de wetgever voor één en dezelfde normovertreding zowel een bestuursrechtelijke als een strafrechtelijke reactie mogelijk gemaakt, om het vervolgens aan de uitvoerende macht over te laten criteria te ontwikkelen in welke gevallen voor het strafrecht dan wel het bestuursrecht wordt gekozen.¹⁶ Ook bij het maken van deze keuze komt de ultimium remedium-gedachte om de hoek kijken; inzet van het strafrecht dient ook in concreto gereserveerd te blijven voor die gevallen waarin dit daadwerkelijk noodzakelijk is.

Inzet van het strafrecht dient ook in concreto gereserveerd te blijven voor die gevallen waarin dit daadwerkelijk noodzakelijk is

Als gevolg van deze gedachte is een stelsel ontstaan waarin tot een bepaald drempelbedrag aan geleden nadeel wordt volstaan met een bestuursrechtelijke reactie, terwijl boven dat drempelbedrag wordt gekozen voor strafrechtelijke afdoening.¹⁷ Indien de uitvoerende macht zich daaraan niet houdt en in strijd met de in de richtlijnen in het vooruitzicht gestelde wijze van afdoening strafrechtelijk in plaats van bestuursrechtelijk handhaaft, kan dit een schending van het vertrouwensbeginsel opleveren.¹⁸ In dat geval wordt echter niet zozeer de ultimium remedium-gedachte als wel het vertrouwensbeginsel, zijnde een van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging, rechtens te gelde gemaakt. De rechter spreekt dan ook niet als zijn oordeel uit dat de inzet van het strafrecht gezien de aard van de overtreding niet gerechtvaardigd was, maar dat het Openbaar Ministerie – behoudens bijzondere omstandigheden – door richtlijnen gerechtvaardigd gewekt vertrouwen dient te respecteren.

In de beperkte betekenis van het subsidiariteitsbeginsel kan de ultimium remedium-gedachte wel degelijk rechtens te gelde worden gemaakt

Tot slot heeft de ultimium remedium-gedachte een interne werking binnen het strafrecht zelf: nu het strafrecht steeds ultimium remedium dient te zijn, dient dit strafrecht ook in concreto met uiterste terughoudendheid te worden toegepast. In deze betekenis opgevat raakt de ultimium remedium-gedachte aan het subsidiariteitsbeginsel zoals we dat in de context van de strafrechtstoepassing kennen: steeds dient de minst ingrijpende wijze van optreden te worden gekozen en in gevallen waarin dit (apert) niet gebeurt, kan dit een schending van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging opleveren.¹⁹ In deze beperkte betekenis van het subsidiariteitsbeginsel kan de ultimium remedium-gedachte dus wel degelijk rechtens te gelde worden gemaakt.²⁰ Wel dient voor ogen te worden gehouden dat in dergelijke gevallen primair sprake is van schending van het subsidiariteitsbeginsel als een van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging en slechts indirect 'het niet naleven' van de ultimium remedium-gedachte aan de orde is. De toepassing van het subsidiariteitsbeginsel verandert dan ook niets aan de in het begin van deze paragraaf getrokken conclusie dat de ultimium remedium-gedachte niet als rechtsregel of rechtsbeginsel kan worden beschouwd.

In de veiligheidscultuur dienen risico's zoveel mogelijk te worden uitgebannen en wordt het strafrecht als een voor de hand liggend instrument beschouwd om dit te realiseren

3 De ultimium remedium-gedachte onder druk

3.1 De opkomst van de veiligheidscultuur
Gesteld voor de vraag waarom de ultimium remedium-gedachte aan het begin van de eenentwintigste eeuw zo in de verdrukking is gekomen, ligt een verwijzing naar de opkomst van de veiligheidscultuur het meest voor de hand. In deze veiligheidscultuur dienen risico's zoveel mogelijk te worden uitgebannen en wordt het strafrecht als een voor de hand liggend instrument beschouwd om dit te realiseren.²¹ Dit leidt volgens Van der Woude echter tot een 'schizofreen' beleid:

¹⁶Enerzijds wordt door de overheid het probleem van de criminaliteit erkend om vervolgens met uiteenlopende (ook niet-strafrechtelijke) middelen en initiatieven de criminaliteit

¹⁶Zie over de afstemming tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving ook M.J.A. Duker, 'Vervolgving en berechting', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 497-540.

¹⁷Vgl. het drempelbedrag van € 10.000,- aan nadeel in de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude van 15 september 2008, *Stert.* 2008, 249 (geldig tot en met 31 december 2012).

¹⁸Zie voor een sprekend voorbeeld HR 22 februari 2000, *NJ* 2000, 557 m.nt. Schalken, waarin het Openbaar Ministerie in strijd met de destijds geldende Aanmeldings-, transactie- en vervolgingsrichtlijnen voor fiscale delicten en douanedelicten tot dagvaarding was overgegaan.

¹⁹Zie voor een klassiek voorbeeld HR 12 december 1978, *NJ* 1979, 142 m.nt. GEM (*Braak bij binnentreden*), waarbij de Hoge Raad de schending van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging overigens formuleert in termen van proportionaliteit: 'dat immers bij de beantwoording van de vraag of een opsporingsambtenaar (...) een ruit opzettelijk mag vernielen, rekening moet worden gehouden met de beginselen van een goede procesorde, welke onder meer meebrengen dat indien het belang van het onderzoek een inbreuk op het recht van huisvrede noodzakelijk maakt, de opsporingsambtenaar gehouden is er zorg voor te dragen dat die inbreuk niet groter is dan wordt gerechtvaardigd door de omstandigheden'.

²⁰Zie voor het gedragsaspect en het geldingsaspect van normen C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 47-48.

²¹Zie onder meer D. Garland, *Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press 2001; en meer specifiek ten aanzien van de Nederlandse situatie H. Boutellier, *De veiligheidsutopie. Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

en onveiligheid in een zo breed mogelijke zin te bestrijden, terwijl deze zelfde overheid zichzelf anderzijds “overschreeuwt” en symbolisch beleid voert om de werkelijk oncontroleerbare problemen zo goed mogelijk te verdoezelen.²²

Wanneer dit het kenmerk is van de veiligheidscultuur, drukt de veiligheidscultuur vrijwel het tegenovergestelde van de ultimium remedium-gedachte uit. Waar de ultimium remedium-gedachte tot een terughoudende inzet van het strafrecht oproept, is binnen het veiligheidsdenken het strafrecht steeds de juiste uitkomst: zowel in die gevallen waarin het strafrecht daadwerkelijk de oplossing is voor het geconstateerde probleem als in die gevallen waarin het probleem op de keper beschouwd te diffuus, omvangrijk of ongrijpbaar is om het hoofd te kunnen worden geboden. Wel moet bij het aanwijzen van de veiligheidscultuur als factor die onmiskenbaar druk op de ultimium remedium-gedachte uitoefent, worden gewaakt voor overschatting (zo niet romantisering) van de invloed van de ultimium remedium-gedachte op het strafrechtbeleid van vóór de veiligheidscultuur. Ook in de laatste twee decennia van de twintigste eeuw, waarin de Nederlandse samenleving nog niet als een veiligheidscultuur werd beschouwd, is het bereik van zowel het materiële als het formele strafrecht immers flink toegenomen, zonder dat de ultimium remedium-gedachte hiertegen werkelijk een vuist heeft kunnen maken. Uiteindelijk komt het in elk wetgevingsdebat toch neer op de vraag of in dit geval strafbaarstelling dan wel opreiking van de reikwijdte van het straf(proces)recht opportuun wordt geacht, waarbij vrijwel steeds de in het specifieke verband relevante inhoudelijke argumenten de boventoon zullen voeren. De ultimium remedium-gedachte zal hierbij niet zelden slechts kunnen fungeren als een gezichtspunt naast vele andere.

Waar de ultimium remedium-gedachte tot een terughoudende inzet van het strafrecht oproept, is binnen het veiligheidsdenken het strafrecht steeds de juiste uitkomst

3.2 De opkomst van het punitief bestuursrecht
Een tweede factor die in dit verband zonder meer relevant is, is de opkomst van het punitieve bestuursrecht sinds de laatste decennia van de vorige eeuw. Waar het bestuursrecht in oorsprong slechts door middel van reparatoire sancties op normoverschrijdend gedrag kon

reageren, wordt tegenwoordig ook veelvuldig gebruik gemaakt van bestuurlijke boetes. Als gevolg hiervan is het strafrecht het monopolie op het opleggen van bestraffende sancties kwijt, zij het dat vrijheidsbeperkende en vrijheidsontnemende sancties nog steeds zijn voorbehouden aan het strafrecht.

De aan de ultimium remedium-gedachte ten grondslag liggende veronderstelling dat het bestuursrecht een minder ingrijpend instrument dan het strafrecht zou zijn, kan niet meer over de gehele linie worden volgehouden

De relevantie van deze ontwikkeling voor de ultimium remedium-gedachte is evident. De aan de ultimium remedium-gedachte ten grondslag liggende veronderstelling dat het bestuursrecht een minder ingrijpend instrument dan het strafrecht zou zijn, kan immers niet meer over de gehele linie worden volgehouden. Indien de vrijheidsbeperkende en vrijheidsontnemende sancties in de weging worden betrokken, gaat deze gedachte nog wel op, maar wanneer het financiële sancties betreft, kan niet anders dan worden vastgesteld dat het bestuursrecht verder kan gaan dan het strafrecht. Het is immers bekend dat bestuurlijke boetes – bijvoorbeeld in de context van het mededingingsrecht – beduidend hoger kunnen uitvallen dan binnen het strafrecht ooit mogelijk zou zijn geweest.²³ Weliswaar kan met het nodige recht worden volgehouden dat – in geval beide een gelijke hoogte hebben – een bestuurlijke beboeting vanuit het perspectief van beleving en potentiële stigmatisering nog wel iets anders is dan de oplegging van een strafrechtelijke geldboete. Toch moet dit verschil niet te sterk worden aangezet. Dat het hier in wezen om sterk vergelijkbare (leed toevoegende) overheidsreacties gaat, blijkt reeds uit het feit dat het Europees Hof in zijn jurisprudentie de bestuurlijke boete en de strafrechtelijke boete voor wat betreft de toepassing van artikel 6 EVRM over dezelfde kam van de ‘criminal charge’ scheert.²⁴ Met dit gegeven verliest de ultimium remedium-gedachte enigszins aan zeggingskracht. De heldere denkstructuur die aan deze gedachte ten grondslag ligt – eerst andere, minder vergaande instrumenten, dan pas strafrecht – komt met deze ontwikkeling

²² Zie M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur. Totstandkoming van antiterrorisewetgeving in Nederland bezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 54.

²³ Zo is de maximale geldboete binnen het strafrecht vanaf 1 januari 2012 € 780.000 (art. 23 lid 4 Sr), terwijl de maximale hoogte van de bestuurlijke boete ter zake kartelgedrag is gerelateerd aan de omzet van de onderneming (art. 6 lid 1 jo. art. 57 lid 1 Mw).

²⁴ Zie onder meer EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (*Öztürk t. Duitsland*).

immers onder druk te staan: strafrecht is eenvoudigweg niet meer over de gehele linie als verdergaand te beschouwen. Anderzijds kan deze ontwikkeling naar zijn resultaat bezien – zo terughoudend mogelijke toepassing van het strafrecht – ook als een overwinning voor de ultimum remedium-gedachte worden beschouwd; daar waar het bestuursrecht steeds meer is verworden tot een volwaardig alternatief voor strafrecht met sterk vergelijkbare instrumenten, kan de inzet van het strafrecht immers gereserveerd blijven voor die gevallen waarin dit écht noodzakelijk is.

Sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte is het mogelijk een bestuurlijke boete op te leggen voor overlastgevende strafbare feiten uit de Algemene plaatselijke verordening

Interessant in dit verband is vervolgens nog het feit dat de koppeling tussen de juridische kwalificatie van een feit (bestuursrechtelijk of strafrechtelijk) en de wijze van handhaving in geval van overtreding van dit feit recentelijk gedeeltelijk is losgelaten. Sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte is het immers mogelijk een bestuurlijke boete op te leggen voor overlastgevende strafbare feiten uit de Algemene plaatselijke verordening.²⁵ Anders dan destijds het geval was bij de Wet Mulder betekent deze mogelijkheid niet dat de betreffende feiten daarmee gedecriminaliseerd worden; het blijft gaan om strafbare feiten die in voorkomende gevallen tevens strafrechtelijk kunnen worden afgedaan. Ook is dit een andere kwestie dan de in het voorgaande gememoreerde mogelijkheid van duale handhaving, waarbij immers op basis van de concrete ernst van het feit een scherpe keuze tussen beide handhavingstelsels wordt gemaakt: tot een bepaald drempelbedrag wordt gekozen voor het bestuursrecht, daarboven voor het strafrecht. Dit is niet het geval bij de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte, die het immers mogelijk maakt een en hetzelfde concrete feit zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk af te doen (zij het dat de gemeente vooraf moet aankondigen voor welke van beide wegen zij kiest opdat rechtsongelijkheid wordt voorkomen). Weliswaar ziet het

er niet naar uit dat de mogelijkheid bestuurlijke boetes op te leggen ter zake overlastgevende APV-overtredingen veelvuldig gebruikt zal worden,²⁶ principieel betreft het hier een interessante kwestie met mogelijk verstrekkende gevolgen in de verdere toekomst. Voorheen waren juridische kwalificatie en wijze van handhaving immers nog een ‘package deal’, thans kunnen zij (blijkbaar) ook los van elkaar worden gedacht.²⁷ Ook in het licht van het strafrecht als ultimum remedium roept dit belangwekkende vragen op. Enerzijds kan de geboden mogelijkheid vanuit dit perspectief positief worden gewaardeerd: wanneer het strafrecht wordt bezien als verdergaand dan het bestuursrecht, komt de overtreder goed weg wanneer hij ter zake een strafbaar feit bestuurlijk wordt beboet. Anderzijds past ook een negatieve kanttekening: als bestuurlijke beboeting als afdoende overheidsreactie op overtreding van de norm wordt beschouwd, is strafbaarstelling van de norm vanuit de ultimum remedium-gedachte blijkbaar niet nodig (geweest). In zoverre kan de invoering van de mogelijkheid van bestuurlijke beboeting ook als een impliciet pleidooi voor decriminalisering van de norm worden beschouwd.

Voorheen waren juridische kwalificatie en wijze van handhaving nog een ‘package deal’, thans kunnen zij (blijkbaar) ook los van elkaar worden gedacht

3.3 De invloed van de Europese Unie

Een derde factor die in dit verband het vermelden waard is – zonder dat deze nu direct als een bedreiging voor de ultimum remedium-gedachte kan worden gezien – is de toenemende invloed van de Europese Unie op de keuze voor een bepaald handhavingstelsel. In een niet eens zo ver verleden hield de Unie zich met name bezig met het voorschrijven van bepaalde materiële normen, waarbij de keuze langs welke weg deze normen door de lidstaten werden gehandhaafd, werd overgelaten aan de lidstaten zelf. Daarbij kwam dat de bemoeienis van de Unie inzake strafrechtelijke aangelegenheden beperkt bleef tot harmoniserende regelgeving binnen de voormalige derde pijler door middel van kaderbesluiten. In deze situatie is binnen een bestek van een paar jaar tijd drastisch verandering gekomen. In 2005 bepaalde het Hof van Justitie dat de Commissie onder omstandigheden bevoegd

²⁵ Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte van 20 december 2007, *Stb.* 2008, 44, in werking getreden op 14 januari 2009. Ingevolge deze wet zijn de artikelen 154b e.v. in de Gemeentewet ingevoegd.

²⁶ Zie in dit verband J.H. Crijns, ‘Een terugtocht van de politie uit de openbare ruimte? Over de consequenties van de bestuurlijke strafbeschikking en de bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte voor de taak en de positie van de politie’, *Strafblad* 2010, p. 382-383.

²⁷ Een enigszins vergelijkbaar verschijnsel heeft zich voorgedaan met de invoering van de bestuurlijke strafbeschikking (art. 257ba Sv): de strafbeschikking die wordt uitgevaardigd door een daartoe aangewezen bestuursorgaan. In dat geval gaan juridische kwalificatie (strafrechtelijk) en wijze van handhaving (strafrechtelijk) nog steeds hand in hand, maar is de handhaver zelf van een andere origine (te weten bestuursrechtelijk).

was ten aanzien van maatschappelijke vraagstukken die binnen de voormalige eerste pijler vielen (i.c. milieu) strafrechtelijke handhaving voor te schrijven.²⁸ Wel bleef het bepalen van de aard en hoogte van de strafrechtelijke sanctie volgens een uitspraak van het Hof uit 2007 voorbehouden aan de lidstaten zelf.²⁹ Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 is de situatie weer anders geworden. Thans bieden de artikelen 82 en 83 VWEU de verdragsrechtelijke basis voor de strafrechtelijke bemoeienis van de Europese Unie. Op grond van deze tamelijk ruim omschreven bepalingen is de Unie op belangrijke onderdelen van het materiële en formele strafrecht bevoegd regelgevende activiteiten te verrichten, waarbij ook de aard en de hoogte van de sanctie aan de orde kunnen komen.

De vraag of het strafrecht al dan niet zal worden ingezet, is in bepaalde gevallen verschoven van het nationale naar het Europese niveau

Zonder de finesses van deze regelgevende bevoegdheid van de Europese Unie op deze plaats verder uit te werken, kan worden vastgesteld dat in bepaalde gevallen de vraag of het strafrecht al dan niet zal worden ingezet, is verschoven van het nationale naar het Europese niveau. Indien ten aanzien van de uitkomst van deze vraag sterke gevoelens bij de Nederlandse autoriteiten leven, zal dit op Europees niveau aan de orde moeten worden gesteld. Zodra binnen de context van de Europese Unie eenmaal is besloten dat bepaalde regelgeving strafrechtelijk dient te worden gehandhaafd, zal de Nederlandse wetgever niet anders meer kunnen dan lijdzaam tot strafbaarstelling overgaan, zonder daarbij zelf nog een toets uit te voeren of deze strafbaarstelling al dan niet aan de ultimatum remedium-gedachte beantwoordt. De vraag of daarmee ook sprake is van een bedreiging voor de ultimatum remedium-gedachte kan vooralsnog niet worden beantwoord. Met de enkele verschuiving van de afweging van nationaal naar Europees niveau is immers nog niet gezegd dat in de toekomst vaker voor strafrechtelijke handhaving zal worden gekozen. Zij die vrezen dat spoedig elk beleidsterrein op gezag van de Europese Unie zal worden gecriminaliseerd, kunnen in ieder geval enigszins worden gerustgesteld, aangezien de Europese Com-

missie recentelijk heeft aangegeven op basis van welke uitgangspunten zij invulling wil geven aan haar bevoegdheid strafrechtelijke handhaving aan de lidstaten voor te schrijven. In de beleidsmededeling *Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law* kent de Commissie een prominente plaats toe aan de ultimatum remedium-gedachte:

'[T]he legislator needs to analyse whether measures other than criminal law measures, e.g. sanction regimes of administrative or civil nature, could not sufficiently ensure the policy implementation and whether criminal law could address the problems more effectively'.³⁰

Of hier enkel lippendienst aan de ultimatum remedium-gedachte wordt bewezen of dat de Commissie hieraan daadwerkelijk groot gewicht toekent, moet worden afgewacht.³¹

Slechts daar waar het gaat om vrijheidsbenemende en vrijheidsbeperkende sancties heeft het strafrecht nog een duidelijke voorsprong op het bestuursrecht

4 De ultimatum remedium-gedachte in de 21ste eeuw

De in het voorgaande beschreven ontwikkelingen doen de vraag rijzen welke plaats thans (nog) toekomt aan de ultimatum remedium-gedachte. Vooropgesteld moet worden dat de beschreven ontwikkelingen niet zonder meer consistent zijn waar het gaat om de plaats van het strafrecht binnen het totale domein van handhaving. Enerzijds staat het strafrecht in het middelpunt van de politieke en maatschappelijke belangstelling en is het een gemakkelijk en gretig gekozen instrument ter bestrijding van tal van maatschappelijke risico's. Anderzijds kan niet worden ontkend dat het strafrecht in de voorbije decennia belangrijke concurrentie is gaan ondervinden van het bestuursrecht. Veel van hetgeen voorheen enkel via het strafrecht mogelijk was, kan nu ook langs de weg van het bestuursrecht. Slechts daar waar het gaat om vrijheidsbenemende en vrijheidsbeperkende sancties heeft het strafrecht nog een duidelijke voorsprong op het bestuursrecht. Mede als gevolg hiervan is op belangrijke onderdelen van het ordeningsrecht een stelsel van duale handhaving ontstaan waarin op het niveau van de uitvoering wordt bepaald welke feiten bestuursrecht-

²⁸ Zie HvJ EG 13 september 2005, C-176/03 (*Ship Source Pollution I*).

²⁹ Zie HvJ EG 23 oktober 2007, C-440/05 (*Ship Source Pollution II*). Zie over deze uitspraak uitgebreid M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'De reikwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein', *DD* 2008, p. 547-567.

³⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels 20 September 2011, COM(2011) 573 final.

³¹ Zeer recent heeft het kabinet aangegeven voornemens te zijn de Europese Commissie te houden aan het geformuleerde uitgangspunt van strafrecht als ultimatum remedium, mede tegen de achtergrond van de positieve ervaringen met bestuurlijke handhaving in Nederland. Zie de brief van de staatssecretaris van Buitenlandse Zaken aan de Tweede Kamer van 11 november 2011 (*Kamerstukken II* 2011/12, 22 112, nr. 1258). Dit neemt blijkens de brief van de minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer van 8 november 2011 echter niet weg dat het kabinet onverminderd positief tegenover strafrechtelijke samenwerking binnen de Europese Unie staat (*Kamerstukken II* 2011/12, 32 317, nr. 80).

telijk en welke feiten strafrechtelijk worden gehandhaafd. En om het nog ingewikkelder te maken, is het tegenwoordig ook – zij het nog op bescheiden schaal – mogelijk de juridische kwalificatie van een bepaalde norm los te koppelen van de wijze waarop deze wordt gehandhaafd. Tot slot is geconstateerd dat de afweging of bepaalde normen al dan niet strafrechtelijk dienen te worden gehandhaafd, deels is verschoven van de nationale naar de Europese wetgever.

Ten aanzien van het strafrecht en het bestuursrecht lijkt er niet langer sprake te zijn van een duidelijke voorrangsk keuze, maar veeleer van een open afweging tussen twee min of meer gelijkwaardige instrumenten

Als gevolg van deze ontwikkelingen is de positie van het strafrecht ten opzichte van het bestuursrecht en het Europees recht minder helder en eenduidig dan zij voorheen was. Het is evident dat hiermee ook de *ultimum remedium*-gedachte in een ander daglicht komt te staan. Waar de discussie over het al dan niet strafbaar stellen van een bepaalde gedraging voorheen vanuit de *ultimum remedium*-gedachte als een vrij lineair denkproces kon worden beschouwd waarin eerst andere modaliteiten dienden te worden overwogen alvorens men – en dan nog slechts wanneer deze andere modaliteiten te licht waren bevonden – bij het strafrecht kon uitkomen, is in de huidige tijd de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht veel complexer en diffuser. Extra complicerende factor daarbij is het gegeven dat ook hybride oplossingen denkbaar zijn waarin juridische kwalificatie, wijze van handhaving en verantwoordelijke instantie gedeeltelijk van elkaar worden losgekoppeld. Het geheel overziend lijkt er ten aanzien van het strafrecht en het bestuursrecht niet langer sprake te zijn van een duidelijke voorrangsk keuze, maar veeleer van een open afweging tussen twee min of

meer gelijkwaardige instrumenten waarbij elk van beide zijn eigen voor- en nadelen kent. Deze gedachte spreekt ook duidelijk uit de kabinetsnota uit 2008 over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel. In deze nota worden het strafrecht en het bestuursrecht als min of meer gelijkwaardige alternatieven met elk hun eigen specifieke kenmerken gepresenteerd, waarbij voor wat betreft de keuze tussen beide stelsels de aard van de context (besloten dan wel open) de meest bepalende factor is.³² Opvallend genoeg komt het begrip *ultimum remedium* niet één keer in deze nota naar voren. Evenmin valt de term *terughoudendheid* waar het de inzet van het strafrecht betreft. Blijkbaar fungeert de gedachte dat het strafrecht voor uiterste gevallen gereserveerd dient te blijven niet meer als een duidelijk uitgangspunt voor het kabinet. Op basis van het voorgaande valt dit wel te verklaren. In de complexe afweging van belangen die tegenwoordig binnen het diffuse kader rond vraagstukken van strafbaarstelling en handhaving dient te worden gemaakt, kan de *ultimum remedium*-gedachte enkel nog fungeren als argument (naast vele anderen) en niet zozeer (meer) als een helder leidmotief.

Het voert mij te ver de *ultimum remedium*-gedachte als archaisch desideratum ten grave te dragen

Toch voert het mij te ver de *ultimum remedium*-gedachte als archaisch desideratum ten grave te dragen. Hoewel de *ultimum remedium*-gedachte in het moderne debat over strafbaarstelling en handhaving niet snel (meer) een doorslaggevend argument zal kunnen zijn, vormt zij naar mijn overtuiging nog steeds een principieel nuttig uitgangspunt bij vraagstukken van wetgeving en handhaving nu zij ons voorhoudt dat niet te lichtvaardig tot de inzet van het strafrecht dient te worden overgegaan. In tijden waarin de strafrechtelijke gereedschapskist met grote gretigheid ter hand wordt genomen, is dit bepaald geen overbodig gezichtspunt.

³² Volgens de nota is kenmerkend voor een besloten context: a) het bestaan van een gespecialiseerd bestuursorgaan dat met de uitvoering van bepaalde wetten is belast, en uit dien hoofde te maken heeft met een afgebakende doelgroep; en b) het bestaan van verbindingen (en vaak ook communicatie) tussen dat orgaan en de doelgroep ter uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van die wet. Indien niet aan beide factoren is voldaan, wordt gesproken van een open context. Zie *Kamerstukken I 2008/09*, 31 700 VI, D, p. 6.