

# De reikwijdte van de plicht tot conforme interpretatie in het strafrecht tegen de achtergrond van de verhouding tussen de Europese en de nationale rechtsorde

Judit Altena-Davidsen\*

Mag de nationale rechter weigeren een strafbepaling conform te interpreteren terwijl het Europese recht hem daartoe verplicht, indien conforme interpretatie volgens hem in strijd is met het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Strafrecht? Deze vraag wordt bekeken vanuit verschillende constitutionele theorieën over de verhouding tussen het Europese en het nationale recht.

## 1 Inleiding

Hoewel de meeste aandacht in het onderwijs en onderzoek uitgaat naar voorrang en rechtstreekse werking van het Unierecht, vormt conforme interpretatie het primaire instrument waarmee de doorwerking van het Unierecht in de lidstaten wordt gewaarborgd.<sup>1</sup> Dit geldt in het bijzonder voor de doorwerking van het Unierecht in het materiële strafrecht. Onder andere vanwege het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel kan strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluitend worden gevestigd in het nationale strafrecht en kunnen richtlijnen en kaderbesluiten (doorgaans) in het strafrecht niet rechtstreeks werken. Om ook van bepalingen die niet rechtstreeks kunnen werken de effectiviteit van het Unierecht te kunnen waarborgen zonder afbreuk te doen aan het legaliteitsbeginsel, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) het instrument van conforme interpretatie geïntroduceerd in het Unierecht. Paradoxaal genoeg is over deze plicht voor nationale rechters zoveel onduidelijk, en is de uitkomst van conforme interpretatie dermate moeilijk voorzienbaar, dat de

introductie van conforme interpretatie eerder tot rechtsonzekerheid heeft geleid.<sup>2</sup> Het is voor Nederlandse rechters lastig te bepalen hoe ze aan hun Europeesrechtelijke verplichtingen moeten voldoen. In het bijzonder is het de vraag in hoeverre dat mogelijk is zonder afbreuk te doen aan het legaliteitsbeginsel zoals dat in Nederland wordt uitgelegd en toegepast. Immers, als rechtszekerheid en legaliteit in de weg staan aan directe werking, waarom zou indirecte werking (conforme interpretatie) dan wel mogelijk moeten zijn, nu dit tot hetzelfde resultaat kan leiden?

Mag het nationale recht uiteindelijk bepalen wanneer conforme interpretatie mogelijk is of kan het Hof verplichtingen opleggen aan nationale rechters en daarbij zelfstandig beslissen over de grenzen van de rechterlijke interpretatievrijheid?

\* Mr.dr.s. J.G.H. Altena-Davidsen is promovenda aan het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden en aio-redacteur van dit blad.

- 1 G. Betlem, 'The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty', *Oxford Journal of Legal Studies* 2002-3 p. 399; D. Chalmers, G. Davies & G. Monti, *European Union Law: Cases and Materials*, Cambridge University Press 2010, p. 294.
- 2 Chalmers, Davies & Monti 2010, p. 296; K. Engsig Sørensen, 'Pligten til EU-konform fortolkning', in: B. Engelund Olsen & K. Engsig Sørensen (red.), *Europæisering af dansk ret* [Europeanisering van het Deense recht], Juristog Økonomiforbundet 2008, p. 318; p. Craig & G. De Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press 2011, p. 206.

De conforme-interpretatieplicht is nog met veel vraagtekens omgeven, zeker waar het de toepassing ervan in het materiële strafrecht betreft.<sup>3</sup> Tot op heden is er in Nederland weinig gepubliceerd over dit vraagstuk. Om de aard, reikwijdte en werking van de conforme-interpretatieplicht te kunnen bepalen, is vooreerst van belang te onderzoeken op welk niveau de plichten van de nationale rechter worden afgebakend. Mag het nationale recht uiteindelijk bepalen wanneer conforme interpretatie mogelijk is en daar zelfstandig grenzen voor opwerpen, of kan het Hof verplichtingen opleggen aan nationale rechters en daarbij zelfstandig beslissen over de grenzen van de rechterlijke interpretatievrijheid? Die vraag benader ik in dit artikel met behulp van constitutionele theorieën over de verhouding tussen de Europese Unie en de nationale rechtsordes. Die verhouding is (nog) niet uitgekristalliseerd en wordt hevig bediscussieerd door academici en de Europese en nationale rechters. De kernvraag in het debat over de verhouding tussen de EU en de lidstaten is of de voorrang van het Unierecht ook suprematie van het Unierecht impliceert. Moet het Unierecht voor zijn gelding afhankelijk zijn van de nationale constituties, of de gelding van het nationale recht nu juist van het Europese recht? Of is er wellicht een *tertium quid*?

## De staatsrechtelijke theorieën over de verhouding tussen het Unierecht en het nationale recht hebben consequenties voor de reikwijdte van de plicht tot conforme interpretatie en vooral voor de vraag wie die reikwijdte mag bepalen

De staatsrechtelijke theorieën over de verhouding tussen het Unierecht en het nationale recht hebben – althans op theoretisch niveau – consequenties voor de reikwijdte van de plicht tot conforme interpretatie en vooral voor de vraag wie die reikwijdte mag bepalen.<sup>4</sup> Toch is er buiten het staatsrecht nauwelijks aandacht voor de discussie over de verhouding tussen de rechtsordes. Met deze bijdrage probeer ik daartoe een aanzet te geven, door de theorieën te doordenken op hun gevolgen voor de plichten van de nationale strafrechter wanneer hij het nationale strafrecht over bijvoorbeeld mensenhandel,

kinderpornografie, witwassen of handel met voorwetenschap interpreteert en toepast – delictomschrijvingen die (mede) zijn gebaseerd op richtlijnen en kaderbesluiten.

De volgende paragraaf bevat een beknopte beschrijving van de jurisprudentie van het Hof over doorwerking, met nadruk op conforme interpretatie. In de derde, vierde en vijfde paragraaf bespreek ik achtereenvolgens de drie belangrijkste theorieën over de verhouding tussen de rechtsordes in Europa: suprematie van het Unierecht (par. 3), suprematie van het nationale recht (par. 4) en constitutioneel pluralisme (par. 5). Ik zal betogen dat in ieder geval voorlopig het uitgangspunt moet zijn dat het Hof de bevoegdheid heeft de grenzen van de conforme-interpretatieplicht af te bakenen. Met die conclusie in gedachten zal ik in de zesde paragraaf enkele problemen schetsen die mijns inziens nader onderzoek verdienen. Ik zal daarbij de nadruk leggen op de conforme-interpretatieplicht in het materiële strafrecht en de vragen die in dat kader rijzen over de verenigbaarheid van conforme interpretatie met het legaliteitsbeginsel.

## Rechtstreekse werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid zijn instrumenten waarmee het Hof tracht de effectiviteit en de uniforme toepassing van het Unierecht te garanderen zonder het legaliteitsbeginsel te schenden

### 2 Conforme interpretatie in het strafrecht

Door de jaren heen zijn er door het Hof verschillende instrumenten ontwikkeld waarmee de effectiviteit van het Europese recht moet worden gewaarborgd. Verordeningen zijn rechtstreeks van toepassing in de lidstaten, maar richtlijnen en kaderbesluiten moeten door de nationale wetgevende autoriteit worden omgezet in nationaal recht.<sup>5</sup> Rechtstreekse werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid zijn instrumenten waarmee het Hof tracht de effectiviteit en de uniforme toepassing van het Unierecht te garanderen zonder het legaliteitsbeginsel te schenden, ondanks eventuele gebreken in de implementatie. De eisen die voortvloeien uit het legaliteitsbeginsel maken dat de toepassing van

3 Door verscheidene auteurs wordt benadrukt dat conforme interpretatie in relatie tot een bepaald vakgebied moet worden bestudeerd. Daar sluit ik mij bij aan. Zie bijvoorbeeld M.H. Wissink, *Richtlijn-conforme interpretatie in het burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, p. 3-5 met verdere verwijzingen; T. Corthaut & K. Lenaerts, 'Of Birds and Hedges: the Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law', *European Law Review* 2006-3, p. 295-297.

4 Zie ook M. Avbelj, 'Supremacy or Primacy of EU Law – (Why) Does it Matter?', *European Law Journal* 2011-6, p. 744-745; U. Di Fabio, 'Richtlijnenkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?', *NJW* 1990-15, p. 947-952.

5 Omdat het kaderbesluit door de inwerkingtreding van het Verdrag van Lisabon verdwijnt, zal ik in het navolgende spreken over richtlijnen. Ik doel daarmee – tenzij anders aangegeven – ook op kaderbesluiten.

de doorwerkingsinstrumenten afhankelijk is van het rechtsgebied en de aard van de relatie waarop het Unierecht moet worden toegepast.

Het Europese recht heeft voorrang boven het nationale recht, aldus het Hof in het welbekende arrest *Costa/ENEL*.<sup>6</sup> Het Hof was genoodzaakt een conflictregel te formuleren voor gevallen waarin op eenzelfde casus zowel een richtlijn als nationaal recht van toepassing is en die niet met elkaar overeenstemmen. Een dergelijke botsing tussen regels van Europees en nationaal recht was mogelijk gemaakt in het arrest *Van Gend & Loos*, waarin het Hof had uitgesproken dat richtlijnbevestigingen rechtstreeks kunnen werken in de nationale rechtsorde.<sup>7</sup> In gevallen dat een rechtstreeks werkende bepaling in conflict komt met een nationale bepaling, krijgt het Europese recht voorrang omdat het verdragsrecht 'niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet', aldus het Hof.<sup>8</sup> Niet alle richtlijnen hebben echter directe werking, alleen bepalingen daaruit die voldoende precies en onvoorwaardelijk zijn en rechten toekennen aan individuen kunnen direct werken. Rechtstreekse werking kan alleen worden ingeroepen door een burger in een verticale rechtsverhouding; lidstaten kunnen het ontbreken van (correcte) omzettingswetgeving niet inroepen tegen hun burgers, private partijen kunnen dat evenmin jegens elkaar.<sup>9</sup>

Van Europees recht zonder rechtstreekse werking kan de toepassing in de nationale rechtsorde niet worden afgedwongen, hetgeen de effectiviteit en uniforme toepassing ervan in gevaar brengt. Als alternatief voor rechtstreekse werking werd daarom zoals gezegd het mechanisme van conforme interpretatie in het unierecht geïntroduceerd.<sup>10</sup> Omdat bij conforme interpretatie nog steeds het nationale recht wordt toegepast, wordt het gezien als een mechanisme dat een kleinere inbreuk maakt op de nationale rechtsorde dan rechtstreekse werking. Daarom moet de nationale rechter eerst proberen het conflict te vermijden of op te lossen via conforme interpretatie.<sup>11</sup> Als dat niet lukt en het Europese recht ook niet rechtstreeks kan doorwerken, dan is er nog een derde mechanisme waarmee wordt beoogd de effectiviteit van het Europese recht te garanderen, namelijk de staatsaansprakelijkheid: als de burger zijn rechten niet kan effectueren, moet hij daarvoor financieel worden gecompenseerd.<sup>12</sup>

De plicht tot conforme interpretatie is geïntroduceerd in het arrest *Von Colson & Kamann* en sindsdien in verscheidene arresten

bevestigd en uitgebreid.<sup>13</sup> Deze plicht houdt in dat een nationale bepaling moet worden geïnterpreteerd 'in het licht van de bewoordingen en het doel' van het achterliggende Europese recht.<sup>14</sup> Die conform te interpreteren nationale regel zal in veel gevallen implementatiewetgeving betreffen, maar dat is niet noodzakelijk. Indien er voor het inwerkingtreden van de richtlijn al wetgeving bestond op het onderwerp dat door het Europese recht wordt geregeld, moet die wetgeving ook worden geïnterpreteerd in het licht van de richtlijn. Volgens het arrest moet de nationale rechter, 'ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid', het nationale recht aldus uitleggen dat de richtlijn daadwerkelijk effect sorteert.<sup>15</sup>

### De plicht tot conforme interpretatie is geïntroduceerd in het arrest *Von Colson & Kamann* en houdt in dat een nationale bepaling moet worden geïnterpreteerd 'in het licht van de bewoordingen en het doel' van het achterliggende Europese recht

In gevallen waarin de regels vervat in het unierecht op correcte wijze zijn geïmplementeerd, brengt de conforme-interpretatieplicht met zich dat de rechter niet middels zijn interpretatie alsnog mag afwijken van het Europese recht; in gevallen dat er niet (correct) is geïmplementeerd, betekent dit dat conflicten kunnen worden opgelost of vermeden door middel van rechterlijke interpretatie. Om te kunnen analyseren hoe ver de nationale rechter daarbij moet en mag gaan, moet eerst worden vastgesteld wie dat mag bepalen. Met betrekking tot die vraag bespreek ik de drie belangrijkste constitutionele theorieën over de Europese en nationale rechtsordes.

### 3 Suprematie van het unierecht

De theorie die de minste aanhangers kent<sup>16</sup> is de theorie van Europeesrechtelijke suprematie: de EU vormt daarin een autonome rechtsorde die als zodanig boven de rechtsordes van de lidstaten staat.<sup>17</sup> Er is daarmee één rechtsorde ontstaan, een piramidevormige normenstructuur waarin het Europese recht boven het nationale recht staat. De Europese

- 6 HvJ EG 15 juni 1964, nr. 6/64 (*Costa / ENEL*).
- 7 HvJ EG 5 februari 1963, nr. 26/62 (*Van Gend & Loos*).
- 8 HvJ EG 15 juni 1964, nr. 6/64 (*Costa / ENEL*).
- 9 Omdat de lidstaat niet mag profiteren van zijn eigen nalatigheid. Op het leerstuk van incidentele horizontale werking van richtlijnen ga ik hier niet verder in, omdat dit zich in het strafrecht niet voordoet. Voor een bespreking daarvan met verdere verwijzingen zie Craig & De Búrca 2011, p. 207-211.
- 10 HvJ EG 10 april 1984, nr. 14/83 (*Von Colson & Kamann*); HvJ EG 13 november 1990, nr. C-106/89, *NJ* 1993, 163 (*Marleasing*).
- 11 HvJ EG 4 februari 1988, nr. 157/86 (*Murphy and others*), r.o. 11.
- 12 HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (*Francoovich*).
- 13 Voor een zeer beknopt overzicht zie Craig & De Búrca 2011, p. 200-207; voor een uitgebreider overzicht zie S. Drake, 'Twenty Years After Von Colson: the Impact of "Indirect Effect" on the Protection of the Individual's Community Rights', *European Law Review* 2005-3, p. 329-348.
- 14 HvJ EG 10 april 1984, nr. 14/83 (*Von Colson & Kamann*), r.o. 26.
- 15 HvJ EG 10 april 1984, nr. 14/83 (*Von Colson & Kamann*), r.o. 28.
- 16 Avbelj 2011, p. 755.
- 17 Zie voor een verdediging van Europeesrechtelijke suprematie bijvoorbeeld J. Baquero Cruz, 'The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement', *European Law Journal* 2008-4, p. 389-422.
- 18 HvJ EG 5 februari 1963, nr. 26/62 (*Van Gend & Loos*); HvJ EG 15 juni 1964, nr. 6/64 (*Costa / ENEL*). Er bestaat overigens discussie over de vraag of het Hof wel een Europeesrechtelijke hiërarchie heeft willen vestigen, of dat het uitgaat van een meer pluralistische theorie. In verband met de omvang van deze bijdrage ga ik daarop hier niet verder in.

19 Avbelj 2011, p. 762; G. Beck, 'The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court, the Primacy of EU Law and the Problem of *Kompetenz-Kompetenz*: a Conflict Between Right and Right in Which There is No *Praetor*', *European Law Journal* 2011-4, p. 470, 473.

20 HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80 (*Verplichte rusttijden*). Dit is een merkwaardig arrest dat slechts een paar regels beslaat, evenals de conclusie van de advocaat-generaal die volstaat met een literatuurverwijzing. Tevens valt op dat het arrest maar door drie rechters is gewezen in plaats van door vijf, hetgeen gezien het belang van het doorwerkingsvraagstuk wel voor de hand had gelegen. Om deze redenen is wel de vraag gesteld of de Hoge Raad de implicaties van zijn uitspraak afdoende heeft voorzien. Zie over dit arrest T. Barkhuysen, H.M. Griffioen & W.J.M. Voermans, 'Artikel 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* 2004-44, p. 2289-2290.

21 J. Uzman & J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Nederlands en Europees staatsrecht in een integrerend Europa. Pluralisme of principe, of pluralisme als principe?', in: J.M.J. Van Rijn van Alkemade & J. Uzman (red.), *Soevereiniteit of pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011; B. de Witte, 'Do Not Mention the Word: Sovereignty in Two Europhile Countries: Belgium and the Netherlands', in: N. Walker (red.), *Sovereignty in transition*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 362-364, alle met verdere verwijzingen.

22 Zie uitgebreider A.J. Kaiser, 'Richtlijnienkonforme Rechtsfortbildung. Unionsrechtliche und nationale Methodik der Rechtsfindung', *Zeitschrift für Europa-rechtliche Studien* 2010-2, p. 219-240; Wissink 2001, p. 202-206.

23 Wissink 2001, p. 121-134.

Unie heeft volgens deze theorie *Kompetenz-Kompetenz*. Deze uitdrukking refereert aan de bevoegdheid om de eigen bevoegdheden af te bakenen. De Europese rechter kan zelfstandig beslissen over de manier waarop het Europese recht doorwerkt in de lidstaten, omdat de lidstaten een deel van hun soevereiniteit hebben overgedragen aan de Unie. De lidstaten hebben een Unie gecreëerd die zich nu op autonome wijze ontwikkelt, aldus de redenering die het Hof aanlegt in de arresten *Costa / ENEL* en *Van Gend & Loos*.<sup>18</sup>

## De theorie die de minste aanhangers kent is de theorie van Europeesrechtelijke suprematie: de EU vormt daarin een autonome rechtsorde die als zodanig boven de rechtsordes van de lidstaten staat

Zoals al aangegeven is deze theorie weinig populair: zowel Avbelj als Beck verdedigt dat geen enkel nationaal constitutioneel hof de *Kompetenz-Kompetenz* van het Hof van Justitie heeft erkend.<sup>19</sup> Nederland heeft uiteraard geen constitutioneel hof, maar de Hoge Raad heeft wel degelijk geaccepteerd dat het Unierecht voorrang heeft *krachtens* het Unierecht, zo bleek in 2004.<sup>20</sup> In Nederland is relatief weinig over de doorwerking gediscussieerd, maar ook veel Nederlandse auteurs gaan uit van de Europeesrechtelijke grondslag van de doorwerking van Europees recht.<sup>21</sup> Nederland is daarmee een uitzondering binnen de Europese Unie.

### *Gevolgen voor conforme interpretatie*

Wat zijn de gevolgen van de toepassing van deze theorie voor de reikwijdte van de conforme-interpretatieplicht? Bij een Europeesrechtelijke suprematie is de reikwijdte van conforme interpretatie in beginsel het grootst; de nationale rechter mag niet zelfstandig hindernissen opwerpen voor conforme interpretatie. Bij een Europeesrechtelijke suprematie zijn de Europese en nationale rechtsordes versmolten tot één rechtsorde, waarbinnen lager recht conform hoger recht moet worden geïnterpreteerd om de coherentie en consistentie van het recht te kunnen waarborgen. Het instrument van conforme interpretatie wordt dus op dezelfde wijze toegepast als binnen een nationale

rechtsorde; het is een logisch onderdeel van de rechtsorde. Dat wil niet zeggen dat er geen grenzen zijn aan de plicht: indien conforme interpretatie onbegrensd is, komt het feitelijk neer op rechtstreekse werking. Als de rechter wordt verplicht om aan het nationale recht een uitleg te geven die strookt met de richtlijn, ongeacht de tekst of andere kenmerken van de nationale bepaling, is er geen relevant verschil meer met het rechtstreeks toepassen van de richtlijn. Als het nationale recht volstrekt irrelevant is voor de uitspraak voor de rechter, kan mijns inziens bezwaarlijk meer van interpretatie van het nationale recht worden gesproken. Dat conforme interpretatie zoals bedoeld door het Hof niet de verplichting *contra legem* uit te leggen kan inhouden, in de zin van interpretatie strijdig met de wettekst, ligt dus in zekere zin al in het zelfstandig bestaan van conforme interpretatie als doorwerkingsinstrument besloten. Dat betekent niet dat een interpretatie *contra legem* is uitgesloten, het ligt alleen niet voor de hand dat dit een algemene verplichting zou zijn, omdat er anders geen reden zou zijn om conforme interpretatie te introduceren naast rechtstreekse werking.<sup>22</sup> Ten minste de tekst van de wet moet dus een begrenzing vormen voor conforme interpretatie.<sup>23</sup> In het geval dat alleen de tekst een begrenzing vormt, moet de rechter kiezen voor de Unierechtconforme uitleg indien de uitleg uit de wetsgeschiedenis niet in overeenstemming is met het Europese recht.

## Bij een Europeesrechtelijke suprematie is de reikwijdte van conforme interpretatie in beginsel het grootst; de nationale rechter mag niet zelfstandig hindernissen opwerpen voor conforme interpretatie

De theorie van Europeesrechtelijke suprematie sluit echter niet uit dat er in de praktijk nog meer grenzen worden gesteld aan de plicht tot conforme interpretatie. Het is aan het Hof van Justitie om te beslissen tot hoe ver de plicht tot conforme interpretatie reikt en aan de nationale rechter om daar loyaal uitvoering aan te geven. Het Hof moet daarbij proberen zoveel mogelijk recht te doen aan legaliteit en effectiviteit.

#### 4 Suprematie van het nationale recht

Binnen de tweede theorie wordt de gelding van het recht binnen de lidstaat uitsluitend bepaald door het nationale recht. De Europese Unie heeft de status van een internationale organisatie en kan niet zelfstandig beslissen over de doorwerking ervan in het nationale recht. Deze theorie van nationaalrechtelijke suprematie heeft onder de lidstaten en onder academici veel aanhangers. Het Duitse Bundesverfassungsgericht heeft zowel in de theoretische als de praktische uitwerking ervan een belangrijke rol gespeeld. In verschillende uitspraken door de jaren heen – het *Maastricht*-arrest,<sup>24</sup> de *Solange*-rechtspraak<sup>25</sup> en onlangs nog het *Lissabon*-arrest<sup>26</sup> – heeft het Bundesverfassungsgericht laten weten het uiteindelijke toetsingsrecht aan zichzelf voor te behouden. De Europese Unie heeft in deze theorie geen *Kompetenz-Kompetenz*, maar kan alleen handelen als de lidstaten expliciet een bevoegdheid hebben toegekend.<sup>27</sup> Duitsland acht het optreden van de Unie dus gebonden aan het attributiebeginsel. Het Europese recht heeft weliswaar voorrang, maar dat heeft het alleen omdat en voor zover het Duitse recht dat toestaat. De voorrang is dus volledig afhankelijk van de Duitse Grondwet. Indien de Unie zich buiten de reikwijdte van haar bevoegdheden zou begeven of wetgeving zou scheppen die tegen de Duitse Grondwet ingaat, behoudt het Bundesverfassungsgericht zich het recht voor deze wetgeving te toetsen en ook om deze niet toe te passen binnen zijn grondgebied.<sup>28</sup> Veel andere constitutionele hoven in Europa lijken geïnspireerd door deze rechtspraak: de hoven van Denemarken, Polen, Frankrijk, Spanje, Tsjechië, Oostenrijk, Zweden en België claimen alle – hoewel ieder op eigen wijze – nationaalrechtelijke suprematie.<sup>29</sup>

#### De theorie van nationaalrechtelijke suprematie heeft onder de lidstaten en onder academici veel aanhangers

##### *Gevolgen voor conforme interpretatie*

Binnen de nationaalrechtelijke suprematie is het lastiger de grondslag van de plicht tot conforme interpretatie aan te duiden. Het nationale recht is immers uiteindelijk autonoom in de lidstaat. Het ligt niet direct voor de hand om dat conform het unierecht te

interpreteren. Maar omdat de lidstaten wel de voorrang van het EU-recht erkennen in hun rechtsorde, zij het op andere gronden dan het Hof van Justitie, kan de plicht tot conforme interpretatie wel daaruit voortvloeien. Omdat de nationale rechtsorde uiteindelijk beslist over de doorwerking van het Europese recht kan de nationale rechter grenzen stellen aan zijn eigen interpretatie.

#### Binnen de nationaalrechtelijke suprematie is het lastiger de grondslag van de plicht tot conforme interpretatie aan te duiden

Aangezien het nationale recht autonoom is, is de wil van de wetgever zoals uitgedrukt in de wetgeschiedenis in potentie van groot belang. Indien de wetgever geen gehoor wil geven aan zijn verplichtingen op grond van het Europese recht, zal de nationale rechter zich daarnaar moeten voegen – althans indien de wets-historische interpretatie als doorslaggevend wordt beschouwd of er geen dwingende argumenten zijn voor een andere uitleg.

Uiteindelijk is binnen deze theorie conforme interpretatie niet fundamenteel verschillend van ‘gewone’ interpretatie van strafbepalingen. Als een richtlijn of kaderbesluit is omgezet in nationaal recht, zal doorgaans ook een wetshistorische interpretatie leiden tot een resultaat conform het EU-recht. De nationale wetgever heeft immers bedoeld het nationale recht in overeenstemming hiermee te brengen. Ook een systematische interpretatie, waarbij de norm wordt gezien in zijn context – niet alleen die van het nationale strafrecht, maar ook van de Europeesrechtelijke verplichtingen waarop die norm is gebaseerd – zal argumenten opleveren voor een unierechtconform resultaat. Indien de nationale interpretatiemethoden meerdere interpretaties mogelijk maken, kan daaruit de interpretatie worden gekozen die het meest unierechtconform is.<sup>30</sup> In deze opvatting is conforme interpretatie dus niets bijzonders.

Echter, juist in gevallen dat het Europese recht niet is omgezet in nationaal recht of waarin dit niet correct is geschied, is de plicht tot conforme interpretatie van belang. Indien de wetgever onbedoeld in de voorbereidende stukken bij de omzettingwetgeving een non-conforme uitleg aan een bepaling uit de wettekst geeft, kan nog met een beroep op de omzettingwil van de wetgever conform

24 Bundesverfassungsgericht 12 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 155 (*Maastricht*).

25 Bundesverfassungsgericht 29 mei 1974, *BVerfGE* 37, 271 (*Solange I*); Bundesverfassungsgericht 22 oktober 1986 *BVerfGE* 73, 339 (*Solange II*).

26 Bundesverfassungsgericht 30 juni 2009, *BVerfGE* 2, 08 (*Lissabon*).

27 Bundesverfassungsgericht 30 juni 2009, *BVerfGE* 2, 08 (*Lissabon*), r.o. 233.

28 Bundesverfassungsgericht 30 juni 2009, *BVerfGE* 2, 08 (*Lissabon*), r.o. 240; H.C.F.J.A. de Waele, ‘*Karlsruhe über Alles* – Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgens het Duitse *Bundesverfassungsgericht*’, *RM Themis* 2010-2, p. 51-53.

29 Zie voor een overzicht Baquero Cruz 2008, p. 389-422.

30 Wissink 2001, p. 111-121; W. Brechmann, *Die richtlinienkonforme Auslegung: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie*, München: Beck 1994, p. 272-273.

31 Met name met HvJ EG 29 april 2004, nr. C-371/02 (*Björnekulla Fruktindustrier*), maar ook in meer algemene zin met de doelstelling van conforme interpretatie om implementatiegebreken te helen.

32 Het Duitse Constitutioneel Hof spreekt in het *Lissabon*-arrest van de *Europarechtsfreundlichkeit* van de Duitse Grondwet, Bundesverfassungsgericht 30 juni 2009, *BVerfGE* 2, 08 (*Lissabon*), r.o. 225, 240. Zie ook E. Bjorge, ‘National supreme courts and the development of ECHR rights’, *International Journal of Constitutional Law* 2011-1, p. 27.

33 K. Riesenhuber & R. Domröse, ‘Richtlinienkonforme Rechtsfindung und nationale Methodenlehre’, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2005-1, p. 51-52. Daarbij is de Duitse rechter uiteraard wel naar Europees recht verplicht om het rechtszekerheidsbeginsel te handhaven. Een interpretatie van een strafbepaling *contra legem* met een uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid tot gevolg is dus niet mogelijk.

worden geïnterpreteerd. Dat is anders indien duidelijk is dat de wetgever heeft bedoeld af te wijken van de richtlijn. In dat geval is in de theorie van suprematie van het nationale recht de wil van de wetgever doorslaggevend.

Tot nog toe ben ik er steeds vanuit gegaan dat de nationale rechter minder waarde zal hechten aan effectieve doorwerking van het EU-recht, omdat de nationale rechtsorde autonoom is en dus uiteindelijk zelf het geldende recht op het territorium bepaalt. De opvatting dat conforme interpretatie niets anders is dan 'gewone' interpretatie lijkt echter in strijd met de jurisprudentie van het Hof.<sup>31</sup> De nationale rechter kan, om deze strijdigheid te vermijden, zich voegen naar de grenzen die het Hof heeft gesteld aan de plicht tot conforme interpretatie. Aan die grenzen ligt immers dezelfde spanning tussen legaliteit en effectiviteit ten grondslag. Er zijn aanwijzingen dat de Duitse rechter, hoewel het Bundesverfassungsgericht een zeer principiële houding heeft aangenomen ten opzichte van het EU-recht, zeer loyaal uitvoering geeft aan de plicht tot conforme interpretatie.<sup>32</sup> Nu in het Duitse recht interpretaties die tegen de wettekst ingaan soms zijn toegestaan, kan de Duitse rechter in bepaalde gevallen *contra legem* interpreteren om een EU-conform resultaat te bereiken.<sup>33</sup>

## De theorieën van suprematie van het nationale dan wel het Europese recht passen beide in het denkkader van een normenhiërarchie met een *ultimate rule of recognition*

### 5 Constitutioneel pluralisme

De hierboven besproken theorieën van suprematie van het nationale dan wel het Europese recht passen beide in het denkkader van een normenhiërarchie met een *ultimate rule of recognition*.<sup>34</sup> Dit denkkader is sterk beïnvloed door Hart en Kelsen, die de rechtsorde zien als een piramidevormige normenstructuur waarbij iedere lagere norm van zijn gelding afhankelijk is van een hogere norm, en uiteindelijk van de *ultimate rule of recognition*. Daarnaast gaan deze theorieën er beide vanuit dat er een koppeling bestaat tussen een territorium en een aldaar geldende autonome rechtsorde. Als er binnen dezelfde rechtsorde twee normen gelding claimen, kan het niet anders dan dat de ene voorrang krijgt op de andere, omdat ze daarbinnen een andere rang innemen.<sup>35</sup> In de

derde theorie, het constitutioneel pluralisme, wordt deze koppeling tussen rechtsorde en territorium losgelaten.<sup>36</sup>

Het constitutioneel pluralisme begint met een feitelijke constatering. Door wederzijds toetsingsrecht te claimen van elkaars recht – en dus de validiteit van de andere rechtsorde afhankelijk te maken van toetsing – liggen de rechters van de lidstaten en van de Unie op ramkoers. Men kan stellen dat dit al het geval is sinds *Solange I* en nog sterker sinds het *Maastricht*-arrest van het Bundesverfassungsgericht, zonder dat het daadwerkelijk tot een botsing op fundamenteel niveau is gekomen. Er lijkt beide partijen namelijk veel aan gelegen om expliciete constitutionele botsingen te vermijden. Toch is onzeker wat er in een situatie van constitutioneel conflict zou moeten gebeuren. Dit kan worden omschreven als een situatie van constitutioneel pluralisme: op één territorium zijn meerdere rechtsordes die claimen autonoom te zijn (in de zin van onafhankelijk van een andere rechtsorde voor haar gelding). Volgens aanhangers van het normatieve constitutioneel pluralisme is het feitelijke constitutioneel pluralisme een situatie die moet worden gekoesterd.<sup>37</sup>

Veel van de in het kader van normatief constitutioneel pluralisme gedane voorstellen komen in de kern op hetzelfde neer: het Europese recht heeft *in beginsel* voorrang omdat de lidstaten zich daaraan hebben gecommitteerd. In noodgevallen, gevallen waarin lidstaten menen dat hun rechtsorde in de kern wordt aangetast door het Europese recht, kunnen echter bepalingen van nationaal recht worden toegepast in plaats van Europees recht. Dit gebeurt echter zonder dat het Europese recht hiermee zijn gelding verliest. Er wordt alleen een uitzondering gemaakt op de voorrang van het EU-recht door het niet toe te passen.<sup>38</sup> Een dergelijk voorstel is bijvoorbeeld gedaan door Kumm. Volgens Kumm mogen nationale constitutionele hoven het EU-recht toetsen indien de bescherming van grondrechten, democratische legitimiteit of subsidiariteit zwaarder weegt dan de uniforme toepassing en effectiviteit van het EU-recht.<sup>39</sup>

Een andere oplossing die binnen het constitutioneel pluralisme wordt gegeven voor het conflict tussen de rechtsordes leidt de aandacht weg van de fundamentele constitutionele botsingen en probeert in plaats daarvan handvatten te geven voor de nationale rechter die wordt geconfronteerd met verschillen tussen het nationale en Europese recht. Volgens Maduro is er geen reden om de vraag naar suprematie te beantwoorden, zolang de lid-

<sup>34</sup> Dat is ook het kader waarbinnen het EU-recht tot stand is gekomen, zie M. Poiares Maduro, 'Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action', in: N. Walker, *Sovereignty in transition*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 511-521.

<sup>35</sup> R. Barents, 'De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme', *SEW* 2009-2, p. 46.

<sup>36</sup> Barents 2009, p. 51-52.

<sup>37</sup> Dit laatste is de suggestie die uitgaat van de titels van een aantal kernartikelen over het constitutioneel pluralisme; M. Poiares Maduro, 'Europe and the constitution: what if this is as good as it gets?' en J.H.H. Weiler, 'In defence of the status quo: Europe's constitutional *Sonderweg*', beide verschenen in: J.H.H. Weiler & M. Wind (red.), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

<sup>38</sup> Dit is een versimpeling van de ideeën van het constitutioneel pluralisme die niet aan alle auteurs recht kan doen. Zie voor recente ontwikkelingen in het debat en recente ideeën van belangrijke auteurs de bundel M. Avbelj & M. Komárek (red.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2012.

<sup>39</sup> M. Kumm, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe Before and After the Constitutional Treaty', *European Law Journal* 2005-3, p. 299-305. Een voorbeeld van een vergelijkbaar voorstel is Avbelj 2011, p. 744-763.

staten en de EU het eens zijn over hoe rechtsconflicten moeten worden opgelost. Zolang de nationale rechters en het Hof de voorrang van het Unierecht erkennen en toepassen, doet het er niet toe op welke wijze ze die voorrang legitimeren. Zodra de lidstaten dat niet meer willen, zullen ze zich moeten terugtrekken uit de Europese Unie.<sup>40</sup>

## Het is niet zonder meer duidelijk wat de grondslag is voor conforme interpretatie van het nationale recht ten opzichte van het Europese recht indien beide rechtsordes autonoom zijn

### *Gevolgen voor conforme interpretatie*

Het is niet zonder meer duidelijk wat de grondslag is voor conforme interpretatie van het nationale recht ten opzichte van het Europese recht indien beide rechtsordes autonoom zijn. De meeste constitutioneel pluralisten lijken hun aandacht met name te richten op constitutionele conflicten en minder op de rechtsconflicten waar de nationale rechter geregeld mee wordt geconfronteerd.<sup>41</sup> Een uitzondering hierop is Maduro, die het constitutionele conflict irrelevant acht zolang lidstaten de voorrang van het Unierecht erkennen en trouw toepassen. Dit betekent dat het constitutioneel pluralisme zoals door hem voorgesteld in de praktijk dezelfde consequenties heeft als Europeesrechtelijke suprematie. Het is het Hof van Justitie dat de reikwijdte van de plichten van de nationale rechter mag vaststellen en mag bepalen wanneer conforme interpretatie verplicht is of juist niet toegestaan is. De grondslag voor conforme interpretatie is de grondslag die het Hof daarvoor heeft gekozen.<sup>42</sup>

Maduro geeft een belangrijke relativering van het probleem van mogelijke constitutionele botsingen, en een voorlopige oplossing voor het hier gestelde probleem. Zolang de rechters in de lidstaten bereid zijn conform te interpreteren op de wijze die het Hof voorschrijft, kan de uiteindelijke verhouding tussen de rechtsordes grotendeels buiten beschouwing blijven. Het venijn zit hem echter in het woord *zolang*. Gezien de weerstand die er in sommige landen bestaat tegen supranationale beïnvloeding van het nationale recht, is een constitutionele botsing niet uitgesloten. Hoewel lidstaten met het Verdrag van Lissabon de mogelijkheid hebben gekregen zich terug te trekken uit de Unie, houdt

het Bundesverfassungsgericht vast aan het toetsingsrecht. Die mogelijkheid van toetsing beïnvloedt de relatie tussen de rechtsordes, ook wanneer die zich niet voordoet.<sup>43</sup>

Daarmee zijn de oplossingen die worden voorgesteld binnen het kader van het constitutioneel pluralisme ofwel onvoldoende toegesneden op de vraag wie de bevoegdheden van de nationale rechter mag vaststellen, ofwel wordt deze vraag slechts voorzien van een voorlopig antwoord. Die vraag mag volgens sommigen dan een ouderwetse zijn omdat deze uitgaat van een 'Kelseniaanse' opvatting van het recht,<sup>44</sup> zolang het constitutioneel pluralisme daar geen uitgewerkt, toepassingsgericht denkkader tegenover stelt blijft deze vraag naar de oplossing van concrete conflicten actueel. Wel kan als voorlopig uitgangspunt dienen dat de constitutionele claims van de nationale hoven en het Hof van beperkte relevantie zijn, zolang nationale rechters de voorrang van het Unierecht erkennen en uitgaan van de bevoegdheid van het Hof om de grenzen van de conforme-interpretatieplicht af te bakenen.

## 6 Conforme interpretatie in het materiële strafrecht

Met dat zojuist geformuleerde uitgangspunt in het achterhoofd wil ik hier nader ingaan op de jurisprudentie van het Hof van Justitie, met een focus op het materiële strafrecht en de begrenzendende functie van het legaliteitsbeginsel daarbinnen. Concreet ga ik ervan uit dat het Hof die begrenzing mag formuleren en het legaliteitsbeginsel autonoom uitlegt. Als gezegd is in de literatuur kritiek geuit op de jurisprudentie van het Hof omdat deze niet altijd consistent en niet altijd helder is, waardoor onzekerheid is ontstaan over de toepassing van conforme interpretatie door nationale rechters.<sup>45</sup> Die onzekerheid heeft te maken met twee onderling gerelateerde kwesties.

## Het Hof heeft een aantal keren beperkingen gesteld aan de conforme-interpretatieplicht met een verwijzing naar rechtszekerheid en het verbod van retroactieve toepassing van het strafrecht

De eerste is de vraag naar de precieze reikwijdte van de plicht. Het Hof heeft een aantal keren beperkingen gesteld aan de

40 Maduro 2003, p. 521-534.

41 Baquero Cruz 2008, p. 415-416; Poiarses Maduro 2003, p. 532-533.

42 Namelijk dat richtlijnen bindend zijn ten aanzien van de resultaten, en het beginsel van Gemeenschapstrouw. In de zaak Pfeiffer voegde het Hof hier nog aan toe dat conforme interpretatie inherent is aan het systeem van het Verdrag. Zie HvJ EG 5 oktober 2004, nr. C-397/01 (*Pfeiffer*), r.o. 114.

43 Zo ook Poiarses Maduro 2003, p. 521.

44 Die suggestie lijkt uit te gaan van M. Adams & W. Witteveen, 'Gedaantewisselingen van het recht', *NJB* 2011-9, p. 542, 546.

45 Chalmers, Davies & Monti 2010, p. 296; Engsig Sørensen 2008, p. 319-327; Conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer 27 januari 1994, nr. C-319/93, onder 31; Craig & De Búrca 2008, p. 301.

conforme-interpretatieplicht met een verwijzing naar rechtszekerheid en het verbod van retroactieve toepassing van het strafrecht.<sup>46</sup> Ook heeft het Hof gezegd dat conforme interpretatie niet kan dienen als grondslag voor een interpretatie *contra legem*.<sup>47</sup> Het is onduidelijk hoe deze algemene begrenzungen concreet uitwerken. In hoeverre mogen nationale wetssystematiek, wetsgeschiedenis en doelstellingen van het nationale recht in de weg staan aan conforme interpretatie? Dit is slechts één keer expliciet door het Hof behandeld, in de zaak *Björnekulla Fruktindustrier*,<sup>48</sup> waarin de Zweedse rechter in een prejudiciële procedure de vraag stelde op welk moment een merk zijn onderscheidend vermogen verliest: wanneer de consumenten het niet meer als merk herkennen, of wanneer de marktdeelnemers op distributieniveau het niet meer als merk herkennen? Zowel de Zweedse wet als de Merkenrichtlijn<sup>49</sup> gaven in de tekst van de bepaling geen uitsluitel. Uit de Zweedse wetsgeschiedenis bleek echter dat het beoordelingskader lag op distributieniveau, terwijl uit de meeste taalversies van de Merkenrichtlijn en uit de systematiek en doelstelling daarvan kon worden afgeleid dat de beoordeling primair betrekking heeft op consumenten. Het Hof herinnert de Zweedse rechter aan de plicht tot conforme interpretatie en voegt daaraan toe dat deze ‘applies notwithstanding any contrary interpretation which may arise from the travaux préparatoires for the national rule’.<sup>50</sup> Oftewel: de wetsgeschiedenis mag geen reden vormen voor de nationale rechter om niet te voldoen aan de plicht tot conforme interpretatie. Of datzelfde geldt voor nationale jurisprudentie is wellicht voor de *common law*-jurisdicties, met een sterke precedentwerking, nog een interessante vraag.

Of deze uitspraak vergelijkbaar had geluid in een materieelstrafrechtelijke zaak is evenmin met zekerheid vast te stellen, gezien het grotere belang dat in het strafrecht wordt gehecht aan het legaliteitsbeginsel. Het Hof bezigt een standaardoverweging dat strafrechtelijke aansprakelijkheid niet mag worden gevestigd of uitgebreid zonder basis in het nationale recht. Betekent dit nu dat iedere extensieve interpretatie moet worden uitgesloten? Die suggestie is gewekt in het arrest *Procura della Repubblica*, door de zinsnede dat ‘a provision of the criminal law may not be applied extensively to the detriment of the defendant’.<sup>51</sup> Dat zou kunnen betekenen dat de mogelijkheden voor interpretatie in Europese context beperkter zijn dan in

sommige nationale stelsels. In Nederland is extensieve interpretatie van een strafbepaling immers niet uitgesloten zolang het niet leidt tot vestiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid bij analogie.<sup>52</sup> In het *Pupino*-arrest beperkte het Hof deze redenering wel tot het materiële strafrecht. In het strafprocesrecht kan een conforme interpretatie wel leiden tot een verslechtering van de juridische positie van de verdachte.<sup>53</sup> Kortom: wat precies de gevolgen zijn van het materieelstrafrechtelijk karakter van een zaak voor de reikwijdte van conforme interpretatie is vooralsnog onduidelijk.

### Het legaliteitsbeginsel is volgens het Hof een beginsel van Unierecht, gemeenschappelijk aan de constitutionele tradities van de lidstaten. Het Hof heeft echter geen definitie gegeven van het legaliteitsbeginsel

De tweede onzekerheid is hoe het legaliteitsbeginsel in Uniecontext moet worden uitgelegd. Het legaliteitsbeginsel is volgens het Hof een beginsel van Unierecht, gemeenschappelijk aan de constitutionele tradities van de lidstaten. Het Hof heeft echter geen definitie gegeven van het legaliteitsbeginsel; daarmee is het voor de nationale rechter lastig om te beoordelen wat het Hof daar precies onder verstaat. De invulling van het legaliteitsbeginsel is niet in alle lidstaten precies hetzelfde. In Nederland impliceert het legaliteitsbeginsel een verplichting voor de wetgever strafrechtelijke aansprakelijkheid slechts te vestigen bij een wet in materiële zin (art. 1 lid 1 Sr), die zo duidelijk mogelijk moet zijn geformuleerd. Alle organen die zijn betrokken bij de strafrechtspleging zijn gehouden het primaat van de wet te eerbiedigen, en de wet moet houvast bieden aan die actoren. Specifiek voor de rechter vloeit uit het legaliteitsbeginsel het analogieverbod voort en het gebod tot het toepassen van de voor de verdachte gunstigste strafbepaling of strafmaat bij verandering van wetgeving (art. 1 lid 2 Sr). Daarmee heeft het legaliteitsbeginsel een instrumentele functie; het creëert bevoegdheden voor de rechter en geeft hem een plaats in het staatsbestel. Het legaliteitsbeginsel heeft ook een belangrijke rechtsbeschermende functie voor de burger, die erop mag vertrouwen dat strafrechtelijke

46 HvJ EG 11 juni 1987, nr. 14/86 (*Pretore di Salò*); HvJ EG 8 oktober 1987, nr. 80/86 (*Kolpinghuis*), r.o. 13; HvJ EG 26 september 1996, nr. C-168/95 (*Arcaro*); HvJ EG 12 december 1996, gevoegde zaken C-74/95 en C-129/95 (*Procura della Repubblica*), rechtsoverweging 62-63; HvJ EG 7 januari 2004, nr. C-60/02 (*Criminal Proceedings against X*).

47 HvJ EG 16 juni 2005, nr. C-105/03 (*Pupino*), r.o. 16.

48 HvJ EG 29 april 2004, nr. C-371/02 (*Björnekulla Fruktindustrier*).

49 Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *PbEG* 1989, L 40.

50 HvJ EG 29 april 2004, nr. C-371/02 (*Björnekulla Fruktindustrier*), r.o. 13.

51 HvJ EG 12 december 1996, gevoegde zaken C-74/95 en C-129/95 (*Procura della Repubblica*), r.o. 25.

52 Zie bijvoorbeeld HR 20 november 2001, LJN: AB2809, *NJ* 2003, 632 (*Mensenroof*).

53 HvJ EG 16 juni 2005, nr. C-105/03 (*Pupino*).



aansprakelijkheid een wettelijke grondslag heeft.<sup>54</sup> Bovendien moet strafrechtelijke aansprakelijkheid zoveel mogelijk voorzienbaar zijn voor het individu. Vanwege deze uitleg die aan het legaliteitsbeginsel wordt gegeven kan strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluitend worden gevestigd en uitgebreid in het nationale recht.<sup>55</sup>

Bezien we het nationale strafrecht in relatie tot de rechtspraak van het Hof, dan valt op dat het legaliteitsbeginsel in de jurisprudentie van het Hof slechts twee mogelijke betekenissen lijkt te krijgen: rechtszekerheid door voorzienbaarheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de verdachte en het gebod bij wetwijziging de voor de verdachte meest gunstige bepaling toe te passen, het *lex mitior*-beginsel. Daarmee zijn echter nog niet alle aspecten van het legaliteitsbeginsel die eerder zijn besproken aan bod gekomen: het Hof lijkt vooral effectiviteit af te wegen tegen *rechtszekerheid* in de zin van voorzienbaarheid voor de verdachte, in plaats van tegen het meeromvattende begrip legaliteit. Met name de invloed van het legaliteitsbeginsel op de rechter en diens verhouding tot de wetgever komt in de rechtspraak niet aan de orde, terwijl hierboven is benoemd dat de positie van de nationale rechter in het staatsbestel mogelijk verandert door de invloed van het Europese recht. Heeft het Hof ook aandacht voor de invloed van conforme interpretatie op de verhouding tussen wetgever en rechter, en heeft het legaliteitsbeginsel volgens het Hof ook een regulerende functie in de verhouding tussen de staatsmachten?

## Het legaliteitsbeginsel roept al met al grote vragen op over het Europese strafrecht, en daarom zou de uitleg daarvan door het Hof en de nationale rechter nader moeten worden bestudeerd

Evenmin wordt in de jurisprudentie van het Hof aandacht besteed aan de werkbaarheid van de interpretatieverplichting voor de nationale rechter. Strafrechtelijke aansprakelijkheid moet immers niet alleen voorzienbaar zijn voor de individuele verdachte, het recht moet ook houvast bieden aan de rechter. Daarmee worden de rechtseenheid en de coherentie van het recht bevorderd. Doordat de

plichten niet consistent worden omschreven, is het voor de nationale rechter lastig om te bepalen hoe hij eraan moet voldoen. Bovendien, is het wel realistisch om van de nationale rechter te vragen dat hij al het Europese recht kent en weet welke uitleg het Hof eraan geeft?

Een andere vraag is of het legaliteitsbeginsel volgens het Hof dwingend voorschrijft op welk niveau strafrechtelijke aansprakelijkheid moet worden gevestigd. Het Hof houdt tot nog toe vast aan de regel dat strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluitend kan worden gevestigd in het nationale recht. Maar staat het legaliteitsbeginsel er per definitie aan in de weg om in de toekomst strafrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen vestigen in het Europese recht?

Het legaliteitsbeginsel roept al met al grote vragen op over het Europese strafrecht, en de uitleg van het legaliteitsbeginsel door het Hof en door de nationale rechter en de consequenties daarvan zouden daarom nader moeten worden bestudeerd.<sup>56</sup> Daarbij moet aandacht worden besteed aan alle aspecten van legaliteit – niet alleen aan rechtszekerheid voor de verdachte.

## Ik heb vastgesteld dat geen van de constitutionele theorieën over Europa onverdeelde steun geniet binnen de lidstaten van de EU Dat maakt het onderzoek naar conforme interpretatie complex en de positie van de nationale strafrechter onzeker

### 7 Conclusie

In deze bijdrage heb ik getracht aan te geven dat binnen de theorieën over de verhouding tussen de rechtsordes verschillend wordt gedacht over hoe de plicht tot conforme interpretatie kan en moet worden begrensd, en wie dat mag bepalen. Hiermee is nog niets gezegd over de praktijk van conforme interpretatie in het strafrecht in de verschillende lidstaten, wel is daarvoor een theoretisch kader geboden. Ik heb echter ook vastgesteld dat geen van de constitutionele theorieën over Europa onverdeelde steun geniet binnen de lidstaten van de EU. Dat maakt het onderzoek naar

54 C.P.M. Cleiren, 'Het legaliteitsbeginsel', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos & M.A.H. van der Woude, *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: SDU Uitgevers 2008, p. 292.

55 Zie F.G.H. Kristen, 'Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht', AA 2010-9, p. 641-645 (AA20100641) voor een beknopte maar zeer heldere bespreking van het legaliteitsbeginsel, mede in de context van het Europese recht.

56 Er is overigens wel onderzoek gedaan naar het legaliteitsbeginsel in de context van de EU, daarvan getuigt de bundel van L. Besselink, F. Pennings & S. Prechal (red.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011. Dit onderzoek heeft echter niet specifiek betrekking op het strafrecht.

conforme interpretatie complex en de positie van de nationale strafrechter onzeker. Daar komt nog bij dat ook het Hof van Justitie vooralsnog de grenzen van de conforme-interpretatieplicht in het strafrecht niet helder heeft geformuleerd. Precies die onzeker-

heid is in het strafrecht onwenselijk. Reden te meer om de aandacht te vestigen op het strafrecht en de strafrechter in de Europese context, de betekenis van het legaliteitsbeginsel en de theoretische leemte waarmee al die vragen zijn omgeven.

---