



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**De afnemende waarde van 'het algemene'. De verhouding tussen  
commuun strafrecht en bijzonder strafrecht belicht vanuit  
codificatieperspectief**

Cnossen, J.P.; Cnossen J.P.

**Citation**

Cnossen, J. P. (2017). De afnemende waarde van 'het algemene'. De verhouding tussen  
commuun strafrecht en bijzonder strafrecht belicht vanuit codificatieperspectief. *Strafblad*,  
15(6), 469-475. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/57586>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/57586>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).



**Mr. J.P. Cnossen**

is promovendus bij het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden. Hij schrijft zijn dissertatie over de verhouding tussen algemeen en bijzonder (materieel) strafrecht.

# 70. De afnemende waarde van ‘het algemene’

## DE VERHOUDING TUSSEN COMMUUN STRAFRECHT EN BIJZONDER STRAFRECHT BELICHT VANUIT CODIFICATIEPERSPECTIEF

De Nederlandse Grondwet bevat sinds 1814 een codificatiebepaling. Hoewel de formulering een aantal keer is gewijzigd, is de strekking, minst genomen, nog altijd dat het Wetboek een centrale plaats heeft binnen de systematiek van de strafwetgeving. De schakelbepaling aan het einde van het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht (art. 91 Sr) garandeert bovendien de centrale plaats van het (Algemeen Deel van het) wetboek binnen het materiële strafrecht. Deze systematiek, waarin ‘het algemene’ vooropgesteld wordt ten opzichte van het bijzondere, is van belang vanuit het perspectief van de rechtszekerheid; het biedt overzicht binnen de strafwetgeving en verschaft duidelijkheid over de uitleg van algemene leerstukken. Niettemin lijkt de centrale plaats van ‘het algemene’ onder druk te staan. Ik zal hiervoor een aantal argumenten geven en een recent arrest van de Hoge Raad – betreffende de toepasselijkheid van het zogeheten pleitbaar standpunt in het commune strafrecht – bespreken.

### 1. De codificatiesystematiek

Sinds 1983 is het codificatiebeginsel te vinden in artikel 107 Grondwet en luidt het eerste lid:<sup>1</sup>

‘De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten.’

Ruimte voor bijzondere strafwetten was er al bij de invoering van het wetboek in 1886. Het uitgangspunt binnen de Invoeringswet van het Wetboek van Strafrecht was, omwille van de rechtszekerheid, dat alle bijzondere strafwetten (en de Code Pénal) werden ingetrokken.<sup>2</sup> De artikelen 7 en 9 In-

voeringswet zonderden evenwel respectievelijk het fiscale en militaire strafrecht uit van het codificatiewerk en de artikelen 10 en 12 Invoeringswet lieten een aantal strafbepalingen in bijzondere wetten in stand.<sup>3</sup> Hoewel er dus materieel strafrecht buiten het wetboek bleef bestaan, kwam dat niet los te staan van het wetboek: het Algemeen Deel van het wetboek (Boek 1) werd via een schakelbepaling (art. 91 Sr) van toepassing verklaard op het strafrecht buiten het wetboek.<sup>4</sup> Zo

*beraadslagingen, enz., betrekkelijk de wetten en verordeningen tot uitvoering, wijziging en invoering van het wetboek. Vijfde deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & zoon 1901, p. 64-65; Handelingen I 1880/81, p. 288.*

3 Via art. 10 bleven tientallen overtredingen buiten het wetboek bestaan (zie art. 11 Invoeringswet) en via art. 12 bleef een tweetal misdrijven bestaan buiten het wetboek.

4 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz. Eerste deel.*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 43. Zie over het belang van deze schakelbepaling uitgebreider J.P. Cnossen, ‘Een essentiële schakelbepaling in het materiële strafrecht’, AA 2017, p. 172-173.

1 De wetgever koos er bij deze grondwetswijziging overigens nadrukkelijk voor het codificatiebeginsel te behouden, zie *Kamerstukken II 1977/78, 15046, 3, p. 3-4.*

2 H.J. Smidt & E.A. Smidt, *Ontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde*

bezien werd er dus een nauwe samenhang gecreëerd tussen de grondwettelijke codificatiebepaling en de strafrechtelijke schakelbepaling;<sup>5</sup> beide dienden de justitiabele helderheid te verschaffen, en rechtszekerheid te garanderen.

## **2. Wettelijke afwijkingen op 'het algemene'**

Het aantal bijzondere strafwetten nam na 1886 in rap tempo toe. In 1936 waren er, sinds de invoering van het wetboek, 137 nieuwe bijzondere strafwetten ingevoerd.<sup>6</sup> Na 1936 is het aantal bijzondere wetten nog verder gegroeid, maar voor zover bekend heeft sindsdien niemand de moed gehad dit geheel in kaart te brengen. Hoewel deze enorme groei van het aantal bijzondere strafwetten vanuit de codificatiegedachte niet vanzelfsprekend is, hoeft die groei vanuit systematisch oogpunt niet onmiddellijk als problematisch bestempeld te worden. Artikel 91 Sr kan immers de in 1886 beoogde ordening en samenhang binnen het geheel der strafwetten voor een belangrijk deel garanderen. Die schakelbepaling staat echter uitzonderingen toe op de toepasselijkheid van het Algemeen Deel, en van die uitzonderingsmogelijkheid heeft de wetgever zich sinds 1886 ook flink bediend. In 1948 schreef Nolte hierover (al): 'Voorbeelden van deze uitzonderingen bieden de afzonderlijke wetten vele', om vervolgens een groot deel van zijn proefschrift te gebruiken om deze uitzonderingen te onderzoeken en bespreken.<sup>7</sup> Dit terwijl de wetgever in 1886 nog de instructie gaf pas af te wijken van het Algemeen Deel in een bijzondere wet 'waar het volstrekt noodig is'.<sup>8</sup> De veelheid aan afwijkingen op het Algemeen Deel kan ook in recentere literatuur op forse kritiek rekenen.<sup>9</sup>

De vraag rijst zodoende in hoeverre het Wetboek van Strafrecht nog een representatieve afspiegeling vormt van het materiële strafrecht. Gegeven de enorme groei van het aantal bijzondere wetten en de (daarin) gecreëerde afwijkingen op het Algemeen Deel van het wetboek lijkt de centrale plaats van het wetboek binnen het materiële strafrecht minder onomstreden dan het codificatiebeginsel impliceert. De vraag kan hierom gesteld worden of het niet tijd wordt de verhouding tussen gemeen en bijzonder strafrecht opnieuw te bediscussieren. De wetgever spreekt immers aan de ene kant

– ook lang na invoering van het wetboek nog<sup>10</sup> – eerbiedig over het codificatiebeginsel en de toepasselijkheid van het Algemeen Deel op het gehele strafrecht, terwijl de (legislatieve) praktijk inmiddels een heel ander beeld oplevert.<sup>11</sup>

## **3. Jurisprudentiële afwijkingen op 'het algemene'**

Niet alleen de wetgever creëert in bijzondere wetgeving afwijkingen op het Algemeen Deel, ook via jurisprudentie worden in de context van bijzondere wetten dergelijke afwijkingen gecreëerd. Zo wordt bijvoorbeeld het opzet, dat ondanks het ontbreken van een expliciete grondslag gerekend wordt tot het Algemeen Deel en derhalve via artikel 91 van toepassing is op de bijzondere strafwetgeving,<sup>12</sup> in de context van het bijzonder strafrecht – althans voor wat betreft het voorwaardelijk opzet – geregeld afwijkend toegepast. Het bewijzen van het voorwaardelijk opzet binnen bijvoorbeeld de Opiumwet en de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR) wordt meer dan in de regel<sup>13</sup> gebaseerd op het schenden van een zorgplicht dan het daadwerkelijk (minstens) bewust aanvaarden van een aanmerkelijke kans.<sup>14</sup> Zo beschouwd vormen betrekkelijk alledaagse handelingen als het reizen vanuit bepaalde landen naar Schiphol of zelfs het doen van aangifte van inkomstenbelasting opeens in zekere mate een gevaarzettingsconstructie. Ter correctie op deze in potentie te ruim uitpakkende aansprakelijkheidsconstructie is daarnaast (eveneens via de jurisprudentie) in het fiscaal strafrecht de figuur van het pleitbaar standpunt ontstaan, waarop ik hierna terugkom.

### **3.1 Doorwerking van jurisprudentiële afwijkingen**

De geschetste verhouding tussen gemeen en bijzonder strafrecht wordt nog verder gecompliceerd doordat zij inmiddels zo gegroeid is dat de hiervoor bedoelde jurisprudentiële afwijkingen kunnen doorwerken in het commune straf-

5 Op deze samenhang wijst de wetgever ook bij de laatste wijziging van de codificatiebepaling: *Kamerstukken II 1977/78*, 15046, 3, p. 4.

6 D. Simons/W.P.J. Pompe (bew.), *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht. Eerste deel*, Groningen: P. Noordhoff 1937, p. 65-76.

7 H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de bijzondere wetten* (diss. Utrecht), Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1949, p. 96 en 98-248.

8 Smidt, *a.w.*, p. 545.

9 J.F. Nijboer, 'Het nut van het algemene en het gedachtegoed van de Verlichting', *Expertise en Recht* 2012, p. 114; P.A.M. Mevis in zijn noot bij HR 8 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM8028, NJ 2011/314.

10 *Kamerstukken II 1977/78*, 15046, 3, p. 3-4.

11 Die discussie over de verhouding tussen het wetboek en de bijzondere wetten lijkt de wetgever voor wat betreft het strafprocesrecht niet te willen voeren. In de MvT bij 'Vaststellingwet Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering' wordt op p. 20-21 die verhouding wel geadresseerd, maar de wetgever ziet geen aanleiding om die systematiek integraal door te lichten.

12 D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1953, p. 24; Smidt, *a.w.*, p. 73-89.

13 In het commune strafrecht kan er weliswaar gesproken worden van een zekere delictsafhankelijke invulling van het voorwaardelijk opzet, maar dat leidt minder dan in de genoemde voorbeelden tot een nadruk op het schenden van zorgplichten.

14 J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 243-245; Hartmann, *T&C Strafrecht*, art. 68-76 AWR, aant. 13; F. de Jong & E. Sikkema, 'Subjectieve bestanddelen', in: F.G.H. Kristen et al. (red.), *Bijzonder strafrecht*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 412-413.

recht.<sup>15</sup> In deze gevallen worden jurisprudentiële excepties veralgemeniseerd, waardoor de oorspronkelijk aangebrachte systematiek, waarin 'het algemene' via artikel 107 Grondwet en artikel 91 Sr vooropgesteld is, wel erg ver uit zicht raakt. Ter illustratie van de doorwerking van jurisprudentiële afwijkingen in het commune strafrecht bespreek ik een recent arrest over de mogelijke toepassing van een 'pleitbaar standpunt' in het commune strafrecht.

### 3.2 Pleitbaar standpunt in het commune strafrecht

In het arrest van de Hoge Raad van 3 oktober 2017<sup>16</sup> werd de verdachte vervolgd voor valsheid in geschrifte (art. 225 Sr). Essentieel is dat dit een zaak is met een fiscaal gekleurd feitencomplex waarin de verdachte dus vervolgd wordt voor een commun delict.<sup>17</sup> De feiten in deze zaak liggen kort gezegd als volgt.

De verdachte was als fiscalist onder meer betrokken bij de aangiften inkomstenbelasting voor medeverdachte, die directeur van een holdingmaatschappij was. Die medeverdachte had (eerder) een accountant ingeschakeld die de aangifte loonbelasting voor hem regelde. De accountant had door middel van correctieberichten het loon van de directeur over 2007 op nul gezet. In 2010 verzond de fiscus de definitieve aanslag inkomstenbelasting over 2007 aan de directeur, waarin zijn genoten inkomsten ambtshalve op € 40.579,= waren gezet. Tegen deze aanslag maakte de verdachte namens de directeur bezwaar. Bij zijn bezwaarschrift voegde hij een ingevuld formulier inkomstenbelasting waaruit bleek dat de directeur geen inkomsten had genoten in dat jaar, zoals de accountant eerder al had doorgegeven (de 'valsheid'). Echter, uiteindelijk kwam vast te staan dat de directeur wel degelijk (loon)inkomsten had genoten. Deze feiten werden ten laste gelegd als valsheid in geschrifte en het hof kwam tot een bewezenverklaring daarvan.

In cassatie werden twee middelen voorgesteld. Het tweede middel (dat de Hoge Raad als eerste besprak) keerde zich tegen de vaststelling van het hof dat het bezwaarschrift 'bestemd is om tot bewijs van enig feit te dienen', zoals dat voor artikel 225 Sr vereist is. Dit middel slaagde en de Hoge Raad sprak (zelf) vrij.<sup>18</sup>

Het eerste middel wekt echter meer mijn interesse. Dit middel richt zich tegen de vaststelling van het hof dat geen sprake is van een zogeheten pleitbaar standpunt. Dit is (in het fiscale strafrecht) een verweer ('standpunt') van de verdachte waarin hij, kort gezegd, betoogt dat hij tijdens het doen van belastingaangifte uitging van een bepaalde uitleg van het (complexe) fiscale recht. De rechter zal (achteraf) dit standpunt beoordelen op (uiteraard) de juistheid en indien het standpunt onjuist wordt bevonden, zal de rechter het standpunt beoordelen op zijn 'pleitbaarheid'. Als dat standpunt achteraf bezien op objectieve gronden zodanig verdedigbaar is dat de verdachte mocht menen dat zijn belastingaangifte juist (dat wil zeggen: conform het geldende fiscale recht) was, dan zal de rechter constateren dat de verdachte een 'pleitbaar standpunt' heeft ingenomen.<sup>19</sup> Kortom, een pleitbaar standpunt is een standpunt waarvan de rechter (achteraf) vaststelt dat het 'pleitbaar' is. In het fiscale recht wordt deze figuur dus vanuit dit oordeel achteraf geduid in plaats vanuit het verweer.

Het eerste middel werpt (onder meer) de vraag op of de figuur van het pleitbaar standpunt toepasselijk zou kunnen zijn binnen het commune strafrecht en, indien die vraag bevestigd beantwoord wordt, op welke wijze (namelijk: objectief of subjectief, waarover hierna meer) dit standpunt dan vorm dient te krijgen.<sup>20</sup> Om de problematiek die achter dit middel schuilgaat te kunnen illustreren, is het van belang om de ontwikkeling van de figuur van het pleitbaar standpunt eerst te bespreken.

#### 3.2.1 Ontwikkeling van de figuur van het pleitbaar standpunt

De figuur van het pleitbaar standpunt is tot stand gekomen binnen het fiscale boeterecht. Hierbinnen heeft deze figuur zich ontwikkeld als (bewijs)verweer tegen uit het strafrecht overgenomen leerstukken als opzet en grove schuld, die in het boeterecht een belangrijke rol spelen indien wordt over-

15 Eenzelfde betoog kan overigens worden gehouden voor legislatieve afwijkingen, zie hierover J.P. Cnossen, 'Onbedoelde interactie? Ordening en samenhang in het materiële strafrecht', in: P. van Berlo et al. (red.), *Over de grenzen van de discipline*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

16 HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542.

17 Art. 69 lid 4 AWR bevat een vervolgingsuitsluitingsgrond voor art. 225 lid 2 Sr indien het feit ook valt onder art. 69 AWR. Deze uitsluitingsgrond geldt echter niet voor art. 225 lid 1 Sr, waardoor het het OM vrijstaat om een fiscaal feitencomplex ten laste te leggen als een commun delict, zoals in deze zaak is gebeurd. Wellicht kan in het arrest van 3 oktober jl. aanleiding worden gezien om deze vervolgingsuitsluitingsgrond uit te breiden naar art. 225 lid 1 Sr. Zie over de ratio achter de huidige vervolgingsuitsluitingsgrond Hartmann, a.w., aant. 17 (waarin hij verwijst naar meer literatuur hierover).

18 HR 3 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2542, r.o. 3.2.2 en 3.3.

19 Deze figuur vertoont parallellen met de buitenwettelijke strafuitsluitingsgrond 'verontschuldgbare rechtsdwinging', die door de Hoge Raad aanvaard is als vorm van AVAS in HR 22 november 1949, NJ 1950/180.

20 Althans, ik leid af dat het middel deze vragen opwerpt, gelet op hetgeen de A-G bij de Hoge Raad over dit middel zegt in par. 6-9 (HR 6 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:796).

gegaan tot het opleggen van een (bestuurlijke) vergrijpboete. Met betrekking tot het strafrechtelijke opzetbegrip geldt het 'kleurloos opzet' als uitgangspunt; er is geen opzet op het overtreden van de wet vereist.<sup>21</sup> Dit ligt anders in het fiscale boeterecht,<sup>22</sup> waar uitgegaan wordt van boos opzet en opzet op het overtreden van de wet dus vereist is.<sup>23</sup>

Binnen dit boos opzet-begrip is de hiervoor beschreven figuur van het pleitbaar standpunt geïntroduceerd binnen het fiscale boeterecht.<sup>24</sup> Het boos opzet is namelijk niet aanwezig indien de belastingplichtige een uitleg van het geldende fiscale recht voor ogen had die zodanig verdedigbaar is dat de rechter dit bestempelt als 'pleitbaar standpunt'. Deze figuur fungeert als correctie op de complexe wet- en regelgeving binnen het fiscale recht waardoor de belastingplichtige, vanwege die complexiteit, regelmatig geen volledige zekerheid kan verkrijgen over zijn rechtspositie.<sup>25</sup> Het pleitbaar standpunt functioneert in het bestuursrecht dus als bijzondere contra-indicatie voor de 'boosheid' van het opzet.

De figuur van het pleitbaar standpunt werd vervolgens ook binnen het fiscale strafrecht geïntroduceerd.<sup>26</sup> De fiscale misdrijven staan genoemd in artikel 69 AWR. Deze bepaling luidt, voor zover hier relevant:

1. Degene die opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte niet doet, niet binnen de daarvoor gestelde termijn doet, (...)
2. Degene die opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist of onvolledig doet, (...)

Het opzetvereiste in deze bepaling is in de literatuur onderwerp van discussie geweest. Is dit (net als in het boeterecht) een boos opzet-vereiste, en daarmee een afwijking op het algemene uitgangspunt van kleurloos opzet?<sup>27</sup> Het antwoord

luidt kort gezegd dat het opzet in deze bepaling niet boos en niet kleurloos is. Voor boos opzet zou het opzet immers gericht moeten zijn op de gehele wederrechtelijkheid van de gedraging, en voor kleurloos opzet zou het verband tussen opzet en de wederrechtelijkheid geheel moeten ontbreken. In dit geval ziet het opzet (in zowel lid 1 als lid 2) op een gedeelte van de formele wederrechtelijkheid. Zowel het 'niet (binnen de juiste termijn) doen' als het 'onjuist of onvolledig doen' van aangifte wordt immers bepaald door 'de belastingwet'. Opzet op dat facet van de wederrechtelijkheid zal dus bewezen moeten worden, hetgeen dit opzetvereiste in elk geval gekleurd maakt.<sup>28</sup>

Dit gekleurde opzet is van belang voor de wijze waarop de figuur van het pleitbaar standpunt in het fiscale strafrecht werd geïntroduceerd. Een verweer dat achteraf wordt bestempeld als pleitbaar standpunt heeft hierdoor namelijk, net als in het fiscale boeterecht, als gevolg dat het opzet niet bewezen kan worden – waardoor de verdachte in het strafrecht dus wordt vrijgesproken. Ook hier fungeert het pleitbaar standpunt als correctie op de complexe fiscale wet- en regelgeving waarmee de verdachte geconfronteerd is.

### 3.2.2 Subjectief of objectief?

De figuur van het pleitbaar standpunt kan onderverdeeld worden in een (meer) subjectief en een (meer) objectief pleitbaar standpunt. Bepalend voor dit onderscheid is de wijze waarop het verweer wordt (of moet worden) vormgegeven: indien de nadruk meer ligt op de verdachte, wat *hij* wist, wat hij veronderstelde, welke uitleg van het fiscale recht hij voor ogen had, dan wordt gesproken van een meer subjectief pleitbaar standpunt. Ligt de nadruk meer op het standpunt, en in hoeverre dat in het algemeen een goed beargumenteerde en daardoor verdedigbare uitleg van het recht bevat, dan wordt gesproken van een meer objectief pleitbaar standpunt.<sup>29</sup> Tot aan het arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad van 21 april 2017<sup>30</sup> gold in het fiscale boeterecht een meer objectief pleitbaar standpunt en in het fiscale strafrecht een meer subjectief pleitbaar standpunt.<sup>31</sup> In het arrest van 21 april 2017 koos de Hoge Raad voor een eenvormige uitleg van de figuur van het pleitbaar standpunt, waarin de nadruk kwam te liggen op de meer objectieve invulling van het pleitbaar standpunt.<sup>32</sup>

21 De Hullu, *a.w.*, p. 222-225. Dit uitgangspunt is binnen de context van de vaak complexe bijzondere strafwetgeving geregeld bekriftiseerd, zie bijv. de noot van Röling bij HR 18 maart 1952, NJ 1952/314, de conclusie van A-G Vellinga bij HR 24 april 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8783, NJ 2007/544 en de noot van Buruma bij ditzelfde arrest.

22 Het fiscale boeterecht is geen strafrecht, waardoor het Algemeen Deel van het wetboek niet via art. 91 Sr van toepassing is.

23 A.D. van Riel, 'Pleitbaar standpunt. Toepassing in het fiscale strafrecht', *TFB* 2011, afl. 6, p. 12, onder verwijzing naar meer literatuur waarin dezelfde opvatting wordt verdedigd.

24 HR 11 juli 1984, ECLI:NL:HR:1984:BH6683, *BNB* 1984/268.

25 S.F. van Immerseel & D. Liem, 'Het pleitbaar standpunt. De objectieve versus de subjectieve benadering', *TFB* 2011, afl. 7, p. 11.

26 HR 8 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR3719; HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596, r.o. 7.3.

27 Voor een overzicht van deze discussie, zie De Jong & Sikkema, *a.w.*, p. 401-406.

28 De Jong & Sikkema, *a.w.*, p. 403.

29 Van Immerseel & Liem, *a.w.*, p. 10-11; zie uitgebreid over het objectief pleitbaar standpunt M.M. Kors, *Pleitbaar standpunt in het fiscale boeterecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 19-29.

30 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638.

31 Vgl. HR 6 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596, r.o. 7.3.

32 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2017, 220,

### 3.2.3 De figuur van het pleitbaar standpunt in het commune strafrecht?

In het arrest van 3 oktober jl. wordt als gezegd de vraag opgeworpen of de figuur van het pleitbaar standpunt toepasselijk zou kunnen zijn binnen het commune strafrecht en, indien die vraag bevestigend beantwoord wordt, op welke wijze (namelijk: objectief of subjectief) dit standpunt dan vorm dient te krijgen. Abstracter geformuleerd komt het eerste gedeelte van deze vraag neer op de vraag of het wenselijk is een in het bijzonder strafrecht (sterker: het fiscaal/bestuurlijk boeterecht) gecreëerde figuur te veralgemeniseren.

In het arrest lijkt het mogelijk pleitbare standpunt gericht te zijn op het bewijs van het 'valselijk opmaken' van een geschrift, althans op het (daarin ingeblikte) (voorwaardelijk) opzet. Dit bewijs voor het voorwaardelijk opzet wordt gevormd door een (bijlage bij een) bezwaarschrift waarin, achteraf gezien, een valse voorstelling van zaken werd gegeven (zie paragraaf 3.2) – 'vals' in de zin van het fiscale recht. Aldus komt het pleidooi erop neer dat de verdachte dus een pleitbare, maar achteraf gezien onjuiste, uitleg van het fiscale recht voor ogen had, en daarmee geen voorwaardelijk opzet had op de valsheid. Dit pleidooi veronderstelt (in dit geval) dus een zekere kleuring van het opzet in artikel 225 Sr.

Het eerste cassatiemiddel confronteert de Hoge Raad met de vraag 'of de figuur van het pleitbaar standpunt zich voor toepassing in het commune strafrecht leent'.<sup>33</sup>

De A-G bij de Hoge Raad beantwoordt deze vraag niet erg expliciet. Impliciet lijkt hij de toepassing van de figuur van het pleitbaar standpunt in het commune strafrecht niet af te wijzen, hij beantwoordt in paragraaf 22 namelijk wel de vraag op welke wijze deze figuur een plek zou kunnen krijgen binnen artikel 225 Sr.

Hij stelt voor om het pleitbaar standpunt op te vatten als een verweer tegen het voorwaardelijk opzet van de verdachte op het vervalsen of valselijk opmaken. Dit zou, zoals uit voorgaande paragraaf blijkt, in lijn zijn met de wijze waarop het pleitbaar standpunt in het fiscale strafrecht een plek heeft gekregen. Hij lijkt dit wel met enige voorzichtigheid te stellen ('*zou eenzelfde redenering kunnen worden gevolgd*').<sup>34</sup> Daarnaast verdient opmerking dat hij uit blijkt te gaan van een meer subjectieve invulling van het pleitbaar standpunt, hij stelt immers de vraag centraal in welke veronderstelling

de verdachte verkeerde tijdens het indienen van het bezwaarschrift (paragraaf 24).

De Hoge Raad begint, zoals eerder besproken, met de beoordeling van het tweede middel, dat ziet op de vraag of het bezwaarschrift bestemd was om tot bewijs van enig feit te dienen. Dit middel slaagt, en de Hoge Raad spreekt (zelf) vrij. Het feit dat de Hoge Raad hierna toch het eerste middel ambtshalve bespreekt, geeft het belang aan dat hij hier kennelijk aan toekent. De wijze waarop dit middel besproken wordt, geeft geen eenduidig antwoord op de voorgelegde vraag over de toepassing van de figuur van het pleitbaar standpunt in het commune strafrecht. De Hoge Raad volstaat namelijk met het weergeven van de relevante rechtsoverwegingen uit het arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad van 21 april 2017, waarin de objectieve invulling van het pleitbaar standpunt – zowel in het fiscale boeterecht als in het fiscale strafrecht – tot uitgangspunt wordt genomen.<sup>35</sup> Hoe moet het weergeven van deze passage in het arrest van 3 oktober jl. worden begrepen?

De Hoge Raad sluit toepassing van de figuur van het pleitbaar standpunt binnen het commune strafrecht, althans binnen de context van artikel 225 Sr, niet uit.

In de eerste plaats lijkt de Hoge Raad hiermee te reageren op de conclusie van de A-G, die van de subjectieve invulling van het pleitbaar standpunt uitgaat. Het arrest van 21 april 2017 is weliswaar gewezen na indiening cassatieschriftuur – zo stelt de Hoge Raad – maar voordat de conclusie van de A-G werd gepubliceerd. Dit kan ook verklaren waarom de Hoge Raad hier blijkbaar zo veel belang aan hecht dat dit een ambtshalve opmerking rechtvaardigt: hiermee wordt onderstreept dat, in tegenstelling tot wat de A-G betoogde, van een eenvoudige invulling van het pleitbaar standpunt moet worden uitgegaan. Daarnaast geeft de Hoge Raad met het weergeven van deze passage aan dat het pleitbaar standpunt binnen strafrechtelijke context (inderdaad) het voorwaardelijk opzet aantast, meer in het bijzonder de vraag of er sprake was van een aanmerkelijke kans.

In de tweede plaats reageert de Hoge Raad impliciet op de vraag of het pleitbaar standpunt zich voor toepassing in het commune strafrecht leent. Deze vraag wordt niet bevesti-

m.nt. Boezelman & Coenen.

33 Zo verwoordt A-G Hofstee dit in zijn conclusie bij HR 6 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:796, par. 9.

34 Concl. A-G bij HR 6 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:796, par. 22.

35 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638, BNB 2017/162.

gend beantwoord, maar in elk geval ook niet ontkennend. Indien het antwoord immers ontkennend zou luiden, dan was dit de eenvoudige (ambtshalve) opmerking geweest, en was de weergave van de relevante rechtsoverwegingen van het arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad onnodig geweest. Het feit dat de Hoge Raad de vraag niet ontkennend beantwoordt, impliceert ook dat een bepaalde mate van kleuring van het opzet in artikel 225, eerste lid, Sr niet wordt verworpen.

Daarom kan uit dit arrest van 3 oktober jl. een voor de rechtspraak belangrijke conclusie getrokken worden: de Hoge Raad sluit toepassing van de figuur van het pleitbaar standpunt binnen het commune strafrecht, althans binnen de context van artikel 225 Sr, niet uit – in elk geval niet indien er een fiscaal feitencomplex ten laste gelegd is als algemeen feit. Het verweer (waarvan de rechter de pleitbaarheid zal beoordelen) dient vormgegeven te worden door de aanmerkelijke kans binnen het voorwaardelijk opzet te betwisten. In het verlengde hiervan mag van een bepaalde kleuring van het opzet (op het ‘valselijk opmaken’) in artikel 225 Sr worden uitgegaan.

## Op deze wijze heeft het opzetvereiste in artikel 225 Sr op 3 oktober jl. plotseling enige kleuring gekregen.

Vanuit verdedigingsperspectief kan deze ontwikkeling toegejuicht worden, maar vanuit het perspectief van de systematiek binnen het materiële strafrecht, meer in het bijzonder de verhouding tussen het commune en bijzondere strafrecht, is dit allerm minst een vanzelfsprekende ontwikkeling. Binnen de codificatiesystematiek is immers ‘het algemene’ vooropgesteld (zie paragraaf 1). Hierop kan, als gezegd, de wetgever uitzonderingen maken, zowel op het codificatiebeginsel als op de toepasselijkheid van het Algemeen Deel. Deze uitzonderingsmogelijkheid verklaart het gekleurde opzet in artikel 69 AWR en (minder sterk) de (immers) jurisprudentiële opkomst van het pleitbaar standpunt binnen het fiscale strafrecht. Waar bij het creëren van jurisprudentiële afwijkingen in bijzondere wetten al grote voorzichtigheid geboden is, wordt de doorwerking van deze uitzondering op het commune strafrecht in het licht van de systematiek nog problematischer. Zodra excepties immers worden veralgemeniseerd, wordt de verhouding tussen algemeen en bijzonder strafrecht omgekeerd. In dat geval is namelijk niet langer het Algemeen Deel van het wetboek van toepassing op het gehele materiële strafrecht op

uitzonderingen na, maar de uitzondering wordt van toepassing verklaard op het (algemene) wetboek. In deze beweging is de bedoelde codificatiesystematiek niet (meer) goed herkenbaar.

Daarnaast, omdat de systematiek uitgaat van het vooropstellen van ‘het algemene’, passen figuren of interpretaties die als uitzondering tot stand zijn gebracht niet eenvoudig (terug) in het algemene. Toegepast op het arrest van 3 oktober jl. kan dit als volgt geconcretiseerd worden. Het pleitbaar standpunt is tot ontwikkeling gekomen buiten het strafrecht, en is later van toepassing verklaard binnen de context van een bijzondere strafwet (paragraaf 3.2.1). Het draagt dan ook kenmerken die samenhangen met die bijzondere context. Zo is deze figuur ontwikkeld tegen de achtergrond van de complexe wet- en regelgeving en functioneert het in zekere zin als correctie daarop.<sup>36</sup> Een verweer in de vorm van de figuur van het pleitbaar standpunt vormt een bewijsverweer tegen boos of gekleurd opzet. Indien de figuur van het pleitbaar standpunt geïntroduceerd wordt in het commune strafrecht, dan is de eenvoudige vraag: waartegen dient het verweer zich te richten? Op deze wijze heeft het opzetvereiste in artikel 225 Sr op 3 oktober jl. plotseling enige kleuring gekregen.

Een vanuit het perspectief van de codificatiesystematiek passende oplossing in deze en vergelijkbare zaken zou kunnen liggen in een ruimhartigere toepassing van de verontschuldgbare rechtsdwaling door de rechter. Eerder merkte ik al op dat de figuur van het pleitbaar standpunt vrij duidelijke parallellen vertoont met de rechtsdwaling als vorm van de buitenwettelijke schuldsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld (AVAS).<sup>37</sup> In beide gevallen staat immers de overtreding van de verdachte (achteraf gezien) vast, maar mocht de verdachte (niettemin) uitgaan van een bepaalde stand van zaken binnen het recht hetgeen hem (toch) disculpeert.

Een belangrijk verschil is echter dat de rechtsdwaling een schuldsluitingsgrond is waarbij de verdachte eenvoudigweg niet *wist*, en ook niet diende te weten, dat er bepaalde regelgeving van toepassing was die hij overtrad, waardoor *alle* schuld ontbreekt. Bij de figuur van het pleitbaar standpunt kende de verdachte (het bestaan van) de relevante regelgeving wel, maar ging hij uit van een uitleg daarvan die weliswaar

36 Het is in dit licht overigens niet verwonderlijk dat er gepleit wordt voor toepasselijkheid van het pleitbaar standpunt binnen de (eveneens zeer complexe) context van de WED, zie D.R. Doorenbos, ‘Specialisatie en rechtsvinding in het economisch strafrecht’, *Trema* 2010, p. 279-281.

37 HR 22 november 1949, *NJ* 1950/180. Zie hierover De Hullu, a.w., p. 365-369.

onjuist is, maar niettemin verdedigbaar.<sup>38</sup> Zo beschouwd ligt de lat voor het bewijzen van een rechtsdwaling hoger dan voor een pleitbaar standpunt. Indien de rechtsdwaling ruimhartiger zou worden toegepast, zou er ruimte ontstaan om gevallen waarin de verdachte nu op de figuur van het pleitbaar standpunt aangewezen is voortaan te vatten onder de verontschuldigbare rechtsdwaling.

Dit zou passender zijn vanuit het perspectief van de codificatiesystematiek. Weliswaar is ook de AVAS, althans in de varianten verontschuldigbare rechtsdwaling, verontschuldigbare feitelijke dwaling en maximaal te vergen zorg, ontwikkeld binnen de context van het bijzonder strafrecht, maar een AVAS-verweer is een 'eenvoudig' verwijtbaarheidsverweer dat niet een zekere kleuring van opzet met zich brengt. Anders gezegd: het laat het algemene, kleurloze opzetbegrip intact. Daarnaast is het verdedigingsperspectief hier evengoed mee gediend als met de aanvaarding van het pleitbaar standpunt in het commune strafrecht.

#### 4. Tot slot

In het voorgaande heb ik aanknopingspunten gegeven om de verhouding tussen bijzonder en commune strafrecht (opnieuw) te bediscussieren. Hiervoor heb ik drie argumenten gegeven.

In de eerste plaats is het bijzonder strafrecht uitgegroeid tot een enorm gebied. Weliswaar is er – ook in het verleden –

altijd ruimte geboden voor bijzondere strafwetten, maar de mate waarin dat gebeurt, geeft aanleiding om over de betekenis van het codificatiebeginsel na te denken. Dit laatste wordt versterkt door, en dat was het tweede argument dat ik besprak, de grote hoeveelheid afwijkingen in bijzondere strafwetten op de algemene uitgangspunten van het wetboek.

Een vanuit het perspectief van de codificatiesystematiek passendere oplossing zou kunnen liggen in een ruimhartigere toepassing van de verontschuldigbare rechtsdwaling.

Ten derde, en dat is wat mij betreft het belangrijkste argument, is er een doorwerking waar te nemen van bijzonder strafrecht op commune strafrecht, die tot gevolg heeft dat afwijkingen die in (de context van) bijzondere strafwetten zijn gecreëerd veralgemeniseerd worden.<sup>39</sup> Deze doorwerking vindt plaats via wetgeving en jurisprudentie, en met name in dat laatste geval kan de vraag gesteld worden of deze doorwerking van afwijkingen in het bijzonder strafrecht (en in het geval van het pleitbaar standpunt is dat doorwerking van een in oorsprong bestuursrechtelijk figuur) passend is binnen de strafrechtelijke systematiek waarin 'het algemene' vooropgesteld is.

38 Doordat de focus bij de figuur van het pleitbaar standpunt, althans in de meer objectieve uitleg daarvan, meer ligt op de verdedigbaarheid van het standpunt, en minder op de veronderstelling waarin de verdachte werkelijk verkeerde, heeft deze figuur in mijn ogen meer weg van een rechtvaardigingsgrond (waarin het gedrag vooral centraal staat) dan van een schuldsluitingsgrond (waarin de (persoon van de) verdachte of dader vooral centraal staat).

39 Ik besprak in deze bijdrage het voorbeeld van de figuur van het pleitbaar standpunt. Van deze zelfde ontwikkeling kunnen echter ook andere voorbeelden gegeven worden. Vgl. bijv. par. 20 van de conclusie van de A-G bij de Hoge Raad in HR 6 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1202, NJ 2017/85, m.nt. Keulen, waarin de A-G ervoor pleit een in de Opiumwet gebruikelijke interpretatie van het voorwaardelijk opzet toe te passen op het commune art. 184 Sr.