



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Nullum crimen sine lege certa. Onduidelijkheid in het strafrecht op het niveau van primaire en secundaire rechtsregels

Altena, J.G.H.

Citation

Altena, J. G. H. (2019). Nullum crimen sine lege certa. Onduidelijkheid in het strafrecht op het niveau van primaire en secundaire rechtsregels. *Strafblad*, 17(3), 12-19. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/81356>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/81356>

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

24. Nullum crimen sine lege certa

Onduidelijkheid in het strafrecht op het niveau van primaire en secundaire rechtsregels

MR. DR. J.G.H. ALTENA

Het *lex certa*-beginsel schrijft voor dat strafbepalingen zo duidelijk mogelijk geformuleerd moeten zijn. Rechtsonzekerheid wordt echter niet alleen veroorzaakt door vage strafbepalingen, maar ook door complexiteit, (mogelijke) conflicten met andere normen en onzekerheid over hoe die conflicten moeten worden opgelost. In navolging van Schauer wordt onderscheid gemaakt tussen onduidelijkheid op het niveau van primaire en secundaire rechtsregels, om beter te begrijpen wat de aard, ernst en oorzaken van verschillende vormen van onduidelijkheid zijn.

1. Inleiding

Het *lex certa*-beginsel schrijft voor dat delicten in de strafwet ‘op een zo duidelijk mogelijke wijze’ worden omschreven.¹ Duidelijke wetgeving is een eerste voorwaarde voor de gedragsleidende functie van het recht: als niet duidelijk is wat het recht inhoudt, dan kan de gebondenheid van de staat aan het recht geen vorm krijgen, en kan de burger zijn gedrag niet op het recht afstemmen. Rechtszekerheid veronderstelt, met andere woorden, dat duidelijk is wat het recht inhoudt – pas dan kan men eraan gehouden worden. Hoewel het legaliteitsbeginsel – anders dan de formulering in het Latijn wellicht doet vermoeden – geen Romeins-rechtelijke wortels heeft² en daarmee het *lex certa*-beginsel evenmin, is het *lex certa*-beginsel vanaf het begin onderdeel van de ideeëngeschiedenis van het legaliteitsbeginsel.³ Het belang van het *lex certa*-beginsel voor het legaliteitsbeginsel staat daarmee wat mij betreft onmiskenbaar vast, en dit belang staat ook in de literatuur niet ter discussie.

In de literatuur en rechtspraktijk ligt de nadruk als het gaat om het *lex certa*-gebod op het gebod scherpe strafbepalingen te formuleren. Toch zijn vage normen niet de enige manier waarop afbreuk kan worden gedaan aan het *lex certa*-beginsel. Het EHRM vereist bijvoorbeeld ook dat het

recht kenbaar (*adequately accessible*) is.⁴ In de literatuur worden nog meer bedreigingen van het *lex certa*-vereiste genoemd: zo kan over de band van de begrijpelijkheid van het recht ook een gebrek aan coherentie en consistentie als *lex certa*-problematiek worden gezien.⁵ Elders zijn deze en andere problemen onder de noemer van ‘wetssystematische onduidelijkheid’ geschaard: het fenomeen dat op zichzelf heldere normen onduidelijk kunnen worden in de verhouding van een strafbepaling tot andere bepalingen.⁶ Verder is in de literatuur een te ruime redactie (‘overinclusiviteit’) van strafbepalingen genoemd als oorzaak van onduidelijkheid.⁷ Tot slot is recent door Schauer de aandacht gevestigd op wat hij heeft genoemd ‘*second-order vagueness*’, kort gezegd onduidelijkheid over wat überhaupt in een concreet geval de toepasselijke norm(en) is (zijn).⁸

Deze bijdrage beoogt te analyseren op welke manieren het recht onduidelijk kan zijn. Daartoe begin ik in paragraaf 2 met het uiteenzetten van het idee van Schauer over onbepaaldheid van primaire en secundaire rechtsregels. In de daaropvolgende paragrafen 3 en 4 bespreek ik verschijningsvormen van onduidelijkheid op primair en secundair niveau. Paragraaf 5 besteedt kort aandacht aan enkele mogelijke implicaties van de diverse vormen van onduidelijkheid, voorafgaand aan het besluit in paragraaf 6.

1 Zie bijv. HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, NJ 2001/14 (*Krulsia*), r.o. 3.4.

2 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 22-24. Dit artikel borduurt voort op ideeën uit het proefschrift. Enkele passages daaruit zijn hier overgenomen.

3 De eerste formulering in het Latijn van het legaliteitsbeginsel was van Von Feuerbach (zie o.m. Altena 2016, p. 33). Het *lex certa*-begrip komt daarin echter niet expliciet tot uitdrukking. Mij is onbekend wanneer dit begrip als zodanig in gebruik is geraakt.

4 EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980/146, m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times*), par. 49. In het arrest staat overigens de kenbaarheid voorop.

5 C. Peristeridou, *The principle of legality in European criminal law* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2015, p. 203-204.

6 Dit zal worden besproken in par. 3.2.

7 Dit zal worden besproken in par. 4.4.

8 F. Schauer, ‘Second-Order Vagueness in the Law’, in: R. Keil and G. Poscher (red.), *Vagueness and Law: Philosophical & Legal Approaches*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 177-188.

2. Onduidelijkheid op het niveau van primaire en secundaire rechtsregels

Aan de vraag of een strafbepaling voldoende duidelijk is geformuleerd gaat logisch een vraag vooraf, namelijk: ‘wat is of wat zijn in een concrete casus de toepasselijke norm(en)?’ In de meeste gevallen levert die vraag geen problemen op, maar er zijn gevallen waarin daarover wel degelijk twijfel bestaat. Het kan bijvoorbeeld onduidelijk zijn of de in aanmerking komende strafbepaling wel geldig is, of er bestaan mogelijk redenen om de strafbepaling in het concrete geval buiten toepassing te laten. Om dit fenomeen nader te duiden is als gezegd de term *second-order vagueness* geïntroduceerd door Schauer,⁹ een term die aansluit bij het onderscheid tussen primaire en secundaire rechtsregels dat Hart heeft gemaakt in *The concept of law*.¹⁰ Primaire rechtsregels zijn in die context de regels die mensen verplichten of verbieden op een bepaalde manier te handelen. Secundaire rechtsregels zijn de regels die bevoegdheden toedelen, waarbij het meer concreet gaat om normen over de identificatie van primaire normen (*the rule of recognition*), de wijziging (*the rules of change*) en de toepassing daarvan (*the rules of adjudication*).¹¹

Aan de vraag of een strafbepaling voldoende duidelijk is geformuleerd gaat logisch een vraag vooraf, namelijk: ‘wat zijn in deze concrete casus de toepasselijke normen?’

Vaagheid of onbepaaldheid kan zich voordoen op het niveau van de primaire normen. In dat geval bestaat er onzekerheid over de vraag: ‘wat is de betekenis van deze norm?’, met andere woorden en meer specifiek voor het strafrecht: ‘op welke gevallen is deze strafbepaling van toepassing?’ Die onzekerheid, zo zal in paragraaf 3 worden besproken, kan worden veroorzaakt door de formulering van de norm (semantische onbepaaldheid) of door de verhouding van die norm tot andere normen (wetssystematische onbepaaldheid).

Ook op het secundaire niveau zijn er diverse manieren waarop het recht onduidelijk kan zijn. Normen op secundair niveau kunnen soms onduidelijkheid op het primaire niveau remediëren (bijvoorbeeld met heldere interpretatie- of conflictnormen), maar onduidelijkheid kan ook juist worden veroorzaakt door secundaire rechtsregels. In paragraaf 4 onderscheid ik vier manieren waarop dat gebeurt, geïnspireerd op het artikel van Schauer maar met bijzondere focus op het materiële strafrecht – zonder daarmee overigens te pretenderen dat de lijst compleet is, of dat deze niet anders zou kunnen worden ingedeeld.¹² Het betreft onduidelijkheid over de gelding en de rechtsbronnen van het strafrecht; problemen met de kenbaarheid daarvan; onduidelijkheid over het bestaan en de oplossing van normconflicten; en onduidelijkheid over de interpretatie van strafbepalingen.

3. Vormen van onduidelijkheid op het niveau van primaire rechtsregels

3.1 Semantische onduidelijkheid

Het gebod scherp afgebakende normen te formuleren die de gebruiker duidelijkheid verschaffen over de reikwijdte van de norm staat het meest in de schijnwerpers, zowel in wetgevingsprocedures, als in de rechtspraak en de literatuur. Scherpe normen formuleren lukt echter lang niet altijd, en wanneer dat niet lukt is er sprake van semantische onduidelijkheid: onduidelijkheid over de vraag welke gevallen worden bestreken door de norm, welke onduidelijkheid wordt veroorzaakt door de gekozen bewoordingen van de strafbepaling.¹³ Er zijn verschillende manieren waarop normen onduidelijk kunnen zijn, die op uiteenlopende wijze kunnen worden ontrafeld en beschreven. In mijn dissertatie heb ik op basis van het werk van Waldron en Loth een grofmazig onderscheid gemaakt tussen (graduele en criteriale) vaagheid, ambiguïteit en betwistbaarheid.¹⁴

Van *vaagheid* is sprake indien van een onbekend aantal¹⁵ grensgevallen niet kan worden gezegd of zij binnen of

9 F. Schauer, ‘Second-Order Vagueness in the Law’, in: R. Keil and G. Poscher (red.), *Vagueness and Law: Philosophical & Legal Approaches*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 177-188.

10 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1961; Oxford: Oxford University Press 1994, p. 80-81.

11 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1961; Oxford: Oxford University Press 1994, p. 81, 91-99. Schauer koppelt *second-order vagueness* aan de *rule of recognition*. Van sommige van de verschijningsvormen van onduidelijkheid die Schauer beschrijft kan mijns inziens de vraag worden gesteld of ze niet eerder te maken hebben met onzekerheid over de *rules of change* of de *rules of adjudication*. Die relatie tot het werk van Hart is mijns inziens echter niet zo relevant, dus ik laat die hier rusten.

12 Zie voor de vier verschijningsvormen die Schauer identificeert: F. Schauer, ‘Second-Order Vagueness in the Law’, in: R. Keil and G. Poscher (red.), *Vagueness and Law: Philosophical & Legal Approaches*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 184-185. Schauer pretendeert evenmin dat dit een uitputtende lijst is.

13 In meer technische termen gaat het om onzekerheid over de intensie van het begrip, waardoor ook de extensie onzeker is. Zie voor een uitleg van deze begrippen met verdere verwijzingen: J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 130-131.

14 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 133-134; Zie: J. Waldron, ‘Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues’, *California Law Review* 1994, p. 509-540; M.A. Loth, *Recht en taal. Een kleine methodologie*, Arnhem: Gouda Quint 1984.

15 Het bestaan van grensgevallen op zich wordt vaak niet als voldoende gezien: van vaagheid is sprake als ook de grensgevallen niet goed kunnen worden afgebakend. Zie: J. Waldron, ‘Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues’, *California Law Review* 1994, p. 521, met verdere verwijzingen; A. Marmor, ‘Pragmatic Vagueness in Statutory Law’, in: G. Keil & R. Poscher (red.), *Vagueness and Law: Philosophical & Legal Approaches*, 2016, p. 165.

buiten de reikwijdte van de norm vallen.¹⁶ Het filosofische schoolvoorbeeld is *graduele vaagheid*, waarbij een term een beperkt deel van een continuüm bestrijkt, zonder dat duidelijk is welk deel.¹⁷ Dat continuüm kan op zichzelf objectief en helder zijn, bijvoorbeeld het continuüm klein-groot, jong-oud, arm-rijk, de vaagheid zit in het bepalen van de grens wanneer iets of iemand geldt als klein, jong of arm. Bij een poging die grens te bepalen wordt men geconfronteerd met de zogenoemde Sorites-paradox: als je steeds één korrel zand weghaalt, wanneer houdt een hoop zand op een hoop te zijn?¹⁸ Voorbeelden uit het strafrecht zijn gelukkig relatief zeldzaam, maar tot 2013 bepaalde art. 45 van het RVV dat binnen een erf niet sneller dan ‘stapvoets’ mocht worden gereden: het is duidelijk dat tot een bepaald punt op de op zichzelf heldere en meetbare schaal van snelheid sprake is van ‘stapvoets’ rijden, maar onduidelijk was lange tijd waar dat punt gelegen was.¹⁹ Dergelijke graduele vaagheid is betrekkelijk gemakkelijk op te lossen door een punt vast te stellen op het continuüm.

Criteriale vaagheid is minder gemakkelijk op te lossen dan graduele vaagheid, en komt – wellicht ook om die reden – vaker voor. In het geval van criteriale vaagheid is onduidelijk welke criteria gelden om onder de reikwijdte van een bepaalde term (of norm) te worden geschaard. Er bestaat geen set aan kenmerken die noodzakelijk en voldoende zijn voor een object om de term van toepassing te laten zijn.²⁰ Criteriale vaagheid doet zich veel voor in het recht: een enkele keer wordt een begrip door de wetgever voorzien van een definitie (bijv. in art. 82 Sr), vaker wordt de concrete afbakening van een begrip overgelaten aan de rechter (de voorbeelden zijn talloos, denk bijvoorbeeld aan het klassieke voorbeeld van de jurisprudentie over het goed-begrip in de vermogensdelicten). Criteriale vaagheid kan tot op zekere hoogte worden opgelost door begrippen te definiëren, door wetgever of rechter, maar ook dergelijke definities kunnen niet voorkomen dat in de toekomst

onduidelijkheid kan ontstaan over de toepasbaarheid van de norm op een gegeven geval.²¹

In het geval van *ambigüiteit*, de tweede vorm van semantische onduidelijkheid, heeft één taaluiting twee of meer uiteenlopende betekenissen.²² Meestal is er sprake van homonymie. Het klassieke voorbeeld (ook in het Engels) daarvan is het woord bank, dat in het Nederlands kan verwijzen naar zowel een financiële instelling als een zitmeubel.²³ In het recht zal de context vaak duidelijk maken in welke betekenis het begrip is gebruikt.

Betwistbaarheid, de derde vorm van semantische onduidelijkheid, heeft betrekking op waardegeladen delictsbestanddelen.²⁴ Een bepaling met een betwistbaar bestanddeel nodigt uit tot het maken van een waardeoordeel.²⁵ Dat betekent dat zelfs wanneer een begrip een duidelijke betekenis heeft, nog niet vastligt welke gevallen uit de werkelijkheid daardoor worden bestreken, omdat in die betekenis een evaluatief element zit dat afhankelijk is van de opinie van de taalgebruiker.²⁶ In dit verband is bijvoorbeeld de culpa genoemd. Culpa kan weliswaar nader worden omschreven als ‘verwijtbare aanmerkelijke onvoorzichtigheid’, maar wat ‘onvoorzichtig’ is, staat niet vast en het oordeel daarover kan tussen mensen ook verschillen.²⁷

3.2 Wetssystematische onduidelijkheid

In bovenstaande voorbeelden riep de tekst van de bepaling vragen op over de reikwijdte ervan. Nan stelt in zijn proefschrift dat bepalingen soms in de formulering voldoende scherp afgebakend zijn maar toch, door hun systematische verhouding tot andere bepalingen, geen volledige helderheid kunnen bieden over het geldende recht.²⁸ Hij wijst hiermee op een aspect van het *lex certa*-gebod dat in de literatuur en rechtspraktijk doorgaans hooguit impliciet wordt erkend.

Wetssystematische onduidelijkheid doet zich vaak voor in de vorm van *complexiteit*, met name waar gebruik wordt

16 A. Marmor & S. Soames, 'Introduction,' in: A. Marmor & S. Soames (red.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, 2011, p. 4; F. Devos, *Still fuzzy after all these years. Aspecten van lexicaal-semantische vaagheid in natuurlijke taal: enkele theoretische bouwstenen voor de lexicale semantiek en de metalexologie* (diss. Gent), 2004, p. 54.

17 F. Devos, *Still fuzzy after all these years. Aspecten van lexicaal-semantische vaagheid in natuurlijke taal: enkele theoretische bouwstenen voor de lexicale semantiek en de metalexologie* (diss. Gent), 2004, p. 59, 61-63; J. Waldron, 'Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues,' (82) *California Law Review* 1994, p. 516-520.

18 Waldron noemt dit type vaagheid daarom Sorites-vaagheid, J. Waldron, 'Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues,' (82) *California Law Review* 1994, p. 516-517.

19 De Hoge Raad stelde vast dat 'stapvoets' maximaal 15 km/u betekent (HR 5 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AJ6603, VR 2000/63), en sinds 2013 is die 15 km/u in de plaats gekomen van de term 'stapvoets' in art. 45 RVV.

20 F. Devos, *Still fuzzy after all these years. Aspecten van lexicaal-semantische vaagheid in natuurlijke taal: enkele theoretische bouwstenen voor de lexicale semantiek en de metalexologie* (diss. Gent), 2004, p. 55-57.

21 Dit heeft te maken met de open textuur van taal. Meer uitgebreid daarover J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 135-136.

22 Een begrip heeft dan twee of meer intensies met ieder hun eigen extensie. Meer uitgebreid hierover J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 133-134.

23 En in het Engels zowel naar een financiële instelling als naar een oever.

24 G.E. Mulder, 'Vage normen; beschouwingen over het "Lex certa" beginsel,' in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Rommeling-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 410, 413.

25 J. Waldron, 'Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues,' (82) *California Law Review* 1994, p. 526-529.

26 In meer technische termen: met de intensie is de extensie nog niet gegeven. Zie M.A. Loth, *Recht en taal. Een kleine methodologie*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 93.

27 C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 111-112.

28 J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), 2011, p. 156; J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 129.

gemaakt van gelede normstelling.²⁹ In het geval van gelede normstelling ligt wetgeving verspreid over meerdere regelingen, eventueel ook nog verspreid over meerdere niveaus van regelgeving. Dit maakt dat de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid slechts kenbaar worden na het raadplegen van diverse regelingen. Naast gelede normstelling kan een gebied ook zo gedetailleerd gereguleerd zijn dat louter door de grote hoeveelheid normen het lastig wordt de precieze grenzen van het toelaatbare te achterhalen.³⁰ Nan merkt daarbij wel – terecht, mijns inziens – op dat deze complexiteit in de praktijk vaak voorkomt in het bijzonder strafrecht, dat zich vaak richt op beperkte categorieën normadressaten.³¹ Van die normadressaten, bijvoorbeeld professionele marktdeelnemers, kunnen hogere verwachtingen worden gekoesterd dan van de gemiddelde burger. Daarbij komt dat publicatie op internet de vindbaarheid en toegankelijkheid van normen in bijzondere mate heeft vergroot, hetgeen het krijgen van overzicht over het geldend recht ook in situaties van complexiteit heeft vereenvoudigd.³²

Naast complexiteit kan worden gewezen op *inconsistencies*. Daarbij kan worden gedacht aan inconsequent begripgebruik, aan tegenstrijdige eisen aan het gedrag van burgers, of aan een plaatsing in het wetboek die niet past bij de systematiek daarvan.³³ Inconsistenties doen zich met enige regelmaat voor tussen Nederlands recht en Europees- of internationaalrechtelijke verplichtingen waar Nederland zich aan verbonden heeft. Deze vorm van onduidelijkheid kan in potentie op het niveau van secundaire normen soms op betrekkelijk voorspelbare wijze worden opgelost. Indien het recht voorziet in heldere conflictnormen, dan zal *in concreto* toch vaak duidelijk zijn dat de hogere, of latere, of specifiekere norm voorrang heeft boven de andere. Niettemin geldt voor die gevallen dat het primaire recht onduidelijk is en dat een secundaire rechtsregel nodig is om de onduidelijkheid op te lossen. De volgende paragraaf beoogt bovendien mede duidelijk te maken dat ook, of misschien zelfs juist op dat secundaire niveau de gewenste duidelijkheid vaak ontbreekt.

4. Vormen van onduidelijkheid op het niveau van secundaire rechtsregels

4.1 Onduidelijkheid over de gelding en rechtsbronnen van het strafrecht

Onduidelijkheid over de gelding van normen is een van de meer fundamentele verschijningsvormen van onduidelijkheid op het secundaire niveau. Schauer noemt daarbij als voorbeeld dat zich ongeregelde heden hebben voorgedaan in de totstandkoming van een bepaling. Voor het strafrecht is wellicht vaker, zij het nog steeds niet bepaald dagelijks, de vraag niet zozeer of een bepaling überhaupt geldend recht is, maar of de bepaling zich leent voor het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. In eerste instantie lijkt dat wellicht niet snel aan de orde: op grond van art. 1 Sr kunnen alleen wettelijke strafbepalingen in kracht ten tijde van een gedraging die gedraging tot een strafbare gedraging maken. Het legaliteitsbeginsel vormt een afbakening van de relevante rechtsbronnen voor het materiële strafrecht en fungeert daarmee deels als *rule of recognition* voor het rechtsgebied. Maar daarmee zijn niet alle problemen van de baan: kan bijvoorbeeld een strafbepaling die is opgesteld in een andere taal dan de Nederlandse strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigen? Kan een bepaling uit het internationale recht worden gebruikt om strafrechtelijke aansprakelijkheid te vestigen? En hoe zit dat met verordeningen uit het EU-recht?³⁴ Ook de simpele vraag: ‘kan deze bepaling worden gebruikt om strafrechtelijke aansprakelijkheid te vestigen?’ is dus niet steeds eenvoudig te beantwoorden.

4.2 Onkenbaarheid van het recht

Een tweede, eveneens tamelijk basale vraag is of het recht vindbaar is, voor rechter en justitiabele. Zolang het recht niet adequaat bekend is gemaakt, is de formulering daarvan van ondergeschikt belang. Hoewel het kenbaarheidsvereiste in de jurisprudentie van het EHRM een louter formele publicatie-eis behelst,³⁵ is de omschrijving van dat vereiste door dat Hof opvallend breed: ‘the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case.’³⁶ In deze omschrijving kan een zekere erkenning worden gelezen van het idee dat rechtszekerheid niet alleen vereist dat de toepasselijke strafbepalingen duidelijk zijn, maar ook dat met enige zekerheid kan worden vastgesteld welke de toepasselijke strafbepalingen überhaupt zijn. De omschrijving zou zelfs zeer geschikt zijn om een algemene plicht voor staten tot uitdrukking te brengen om ook onduidelijk-

29 Nan ziet gelede normstelling zelfs als de belangrijkste verschijningsvorm van wetssystematische onduidelijkheid. Zie J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), 2011, p. 156-158; J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 136-138.

30 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 137.

31 J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), 2011, p. 157-158; J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 137.

32 Daarmee raakt dit aspect aan het in par. 4.2 te bespreken vereiste van kenbaarheid van het recht.

33 J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), 2011, p. 158-159; J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 137-138.

34 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 116 e.v.

35 Zie ook met zoveel woorden de *Guide on article 7 of the European Convention on Human Rights* van de Raad van Europa (versie van 30 april 2019), punt 26: ‘As regards accessibility, the Court verifies whether the criminal “law” on which the impugned conviction was based was sufficiently accessible to the applicant, that is to say whether it had been made public’ [cursivering JGHA].

36 EHRM 26 april 1979, 6538/74, NJ 1980/146, m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times*), par. 49.

heid op secundair niveau te vermijden, maar die lezing is gezien de veel beperktere toepassing van het kenbaarheidsvereiste kennelijk niet beoogd.

Zowel in de rechtspraak van het EHRM als in de Nederlandse rechtspraak ligt de nadruk niet op de kenbaarheid, maar op de duidelijkheid van het recht.³⁷ Het Hof van Justitie van de EU verwijst zelfs überhaupt niet naar het kenbaarheidsvereiste.³⁸ Nu doen problemen met de kenbaarheid zich ook minder frequent voor: wetten worden consequent gepubliceerd in het Staatsblad, de Staatscourant, of in gemeente- en provinciale bladen. Verdragen worden gepubliceerd in het *Tractatenblad* en EU-regelgeving is vindbaar via het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Ook de belangrijkste jurisprudentie die van invloed is op de reikwijdte van het strafrecht wordt gepubliceerd.³⁹ Dit vereiste levert dus in Nederland niet snel problemen op.⁴⁰ Zeker met de toegenomen toegankelijkheid van wetgeving en rechtspraak via internet is de kenbaarheid van het recht, ondanks het toenemende aantal rechtsregels, eerder toe- dan afgenomen.

4.3 Onduidelijkheid over het bestaan en de oplossing van normconflicten

Het bestaan van inconsistenties is in paragraaf 3.2 aangeduid als een vorm van wetssystematische onduidelijkheid. Indien er een heldere conflictnorm bestaat, bijvoorbeeld wanneer duidelijk is dat een norm bij strijd met een hogere norm zonder meer buiten toepassing moet worden gelaten, kan worden betoogd dat dit niet leidt tot veel onzekerheid. Het probleem is echter dat vaak helemaal niet met grote zekerheid kan worden gezegd dat er een normconflict is, en dat wanneer het normconflict wel vaststaat, lang niet altijd zeker is hoe dat in het concrete geval moet worden opgelost.

In de verhouding van het Nederlandse strafrecht tot Europees- en internationaalrechtelijke verplichtingen is het *bestaan van inconsistenties* lang niet altijd evident. Zo kan de vraag rijzen of de toepassing van een strafbepaling een schending oplevert van een grondrecht zoals dat wordt gegarandeerd door het EVRM of het EU-Handvest. In EVRM-context speelt daarbij vaak de vraag of, en zo ja, hoeveel beoordelingsvrijheid het EVRM laat aan de nationale autoriteiten (de *margin of appreciation*). Die vraag kan soms pas in een procedure voor het EHRM worden beantwoord. Met betrekking tot EU-recht kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de vraag of een strafbepaling een correcte omzetting vormt van een richtlijn, maar ook aan de vraag of een strafbepaling een ontoelaatbare beperking vormt op de vrijverkeersrechten die het EU-recht

garandeert. Daarbij kan ook nog onzekerheid bestaan over de vraag of het geval überhaupt door het Unierecht wordt bestreken en of, en zo ja, hoeveel beleidsvrijheid het Unierecht laat aan de lidstaten.⁴¹ In al deze gevallen kan, nadat een geldige en voldoende duidelijk geformuleerde strafbepaling is geïdentificeerd, toch twijfel bestaan over de toepasbaarheid van die bepaling in het individuele geval, omdat *mogelijk* een conflict bestaat met andere normen.⁴² Met het vaststellen van een normconflict is vervolgens de *oplossing van dat conflict* nog geenszins gegeven. Van oudsher kent het recht enkele conflictnormen zoals de *lex posterior*- of de *lex specialis*-regel, die in veel maar zeker niet in alle gevallen kunnen zorgen voor een voorspelbare uitkomst van het normconflict.⁴³ Of een bepaling bijvoorbeeld in een *specialis*-verhouding staat tot een andere bepaling wordt niet zelden pas in de rechtspraak daadwerkelijk uitemaakt. In relatie tot het Europees- en internationale recht kennen we de mogelijkheid van conforme interpretatie (die in het Europese recht weer nét iets anders wordt uitgelegd dan in het internationale recht⁴⁴), maar de uitkomst van het normconflict is daarmee afhankelijk van de vraag of de spanning door middel van interpretatie kan worden opgeheven.⁴⁵ Kan dat niet, dan treedt een andere conflictnorm in werking, bijvoorbeeld voorrang of rechtstreekse werking. De toepassing daarvan is eveneens met diverse onzekerheden omgeven, zoals de vraag of de bepaling voldoende duidelijk is om rechtstreeks te worden toegepast. Voor het materiële strafrecht geldt niettemin de belangrijke beperking dat strafrechtelijke aansprakelijkheid niet rechtstreeks mag worden gebaseerd op een richtlijn,⁴⁶ waardoor voor de verdachte in dat geval de zekerheid bestaat dat het normconflict in zijn voordeel zal worden beslecht. Al met al zie ik conforme interpretatie als een voor het *lex certa*-beginsel problematische conflictnorm, in die zin dat de uitkomst van het normconflict van zeer veel factoren afhankelijk en daarmee zeer moeilijk voorspelbaar is, en bovendien niet in het voordeel van de verdachte hoeft uit te vallen.⁴⁷

Ook het *lex mitior*-beginsel, dat voorschrijft dat bij verandering in de wetgeving na het begaan van het strafbare feit de voor de verdachte gunstigste bepaling wordt toegepast (art. 1 lid 2 Sr), is een conflictnorm waarvan de toepassing

37 C. Peristeridou, *The principle of legality in European criminal law* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2015, p. 86.

38 M.A.P. Timmerman, *Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 296-297.

39 Bijvoorbeeld in de Nederlandse Jurisprudentie, op rechtspraak.nl, en in databanken zoals HUDOC en Curia.

40 In die zin ook J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), 2011, p. 130-131.

41 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 146-147.

42 Dit kan worden gezien als een probleem zowel op primair als secundair niveau. Vanwege de nauwe relatie tot de toepassing van conflictnormen is het hier opgenomen als vorm van onduidelijkheid op secundair niveau.

43 L.L. Fuller, *The morality of law*, New Haven: Yale University Press 1969, p. 65-70; J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 137-138.

44 G. Betlem & A. Nollkaemper, 'Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation', (14) *European Journal of International Law* 2003-3, p. 569-589.

45 Zie daarover ook par. 4.4.

46 HvJ EG 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*), r.o. 13. Kaderbesluiten hebben op grond van art. 34 lid 2 sub b VEU (oud) per definitie geen rechtstreekse werking.

47 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 390-391.

met de nodige onzekerheid is omgeven. Bij strijd tussen de ten tijde van de gedraging en de ten tijde van de berechting van kracht zijnde bepaling is doorslaggevend welke bepaling voor de verdachte het meest gunstig is. Er bestaat dan onzekerheid niet zozeer over de gelding van het recht, maar over de temporele werking daarvan. Daarbij rijst echter veelvuldig de vraag of de *lex mitior*-regel wel van toepassing is.⁴⁸ Opnieuw geldt dat ook de invloed van het EU-recht op het materiële strafrecht de nodige vragen oproept.⁴⁹

4.4 Onduidelijkheid over de interpretatie van strafbepalingen

Regels van interpretatie kunnen net als conflictnormen onzekerheid op het primaire niveau remediëren. Indien de regel bestaat dat een vage norm altijd in overeenstemming met de wetsgeschiedenis moet worden uitgelegd en die wetsgeschiedenis is eenduidig, dan wordt onduidelijkheid op het primaire niveau opgelost op het secundaire niveau. Maar het omgekeerde kan ook: wanneer een bepaling op zichzelf helder is geformuleerd, kan onzekerheid bestaan over de reikwijdte ervan door vage secundaire rechtsregels over de uitleg van primaire rechtsregels. Zo kan onduidelijkheid bestaan over welke interpretatiemethoden de rechter mag of moet gebruiken bij de uitleg van strafbepalingen, en bestaat in het Nederlandse strafrecht geen vaste onderlinge rangorde tussen de diverse interpretatiemethoden.⁵⁰ Met name wanneer die diverse interpretatiemethoden dan tot uiteenlopende uitkomsten leiden, ontstaat er onzekerheid. Dit probleem is goed waarneembaar in het geval van overinclusiviteit: het fenomeen dat sommige strafbepalingen zo breed zijn opgesteld, dat zij de vraag oproepen of alles wat strikt genomen onder de norm te brengen valt daar wel onder zou moeten vallen, gezien het doel dat de norm beoogt te bereiken en/of gezien uitlatingen van de wetgever in de wetsgeschiedenis.⁵¹ Strafbepalingen worden immers doorgaans mede uitgelegd in het licht van de wetsgeschiedenis en de doelstelling die met die bepaling wordt nagestreefd, en wanneer discrepanties bestaan tussen wetsgeschiedenis en formulering, ontstaat onzekerheid over de reikwijdte van de strafbepaling.

Een bijzondere vorm van onduidelijkheid bestaat wanneer er discrepanties bestaan tussen de norm in diverse verschijningsvormen – verschillende taalversies – daarvan. Dan rijst immers de vraag welke versie leidend moet zijn voor de uitleg van die norm. Deze onduidelijkheid manifesteert zich opnieuw bij uitstek in het Unierecht: regelgeving wordt in maar liefst 24 talen gepubliceerd, waarbij geldt dat alle versies authentiek zijn. Het kan voorkomen dat een bepaalde taalversie afwijkt van andere taalversies, en daarmee een andere reikwijdte impliceert dan de andere versies.⁵² Wanneer het een richtlijn betreft, zou de nationale wetgever nog voor verheldering kunnen zorgen in de omzettingwetgeving. Waar het echter verordeningen betreft die worden gehandhaafd door middel van het strafrecht, dan is denkbaar dat een verordening in een bepaalde taalversie een verkeerde indruk wekt van de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid, en op wellicht verrassende wijze dient te worden uitgelegd. Het Hof van Justitie van de EU heeft weliswaar bepaald dat de mogelijkheid van het ‘wegwerken’ van verschillen tussen diverse taalversies wordt begrensd door de rechtszekerheid,⁵³ feit blijft dat de reikwijdte van strafwetgeving hierdoor onzeker is.

5. Implicaties van de diverse vormen van onduidelijkheid

Het voorgaande leest wellicht in hoge mate als een studeer-kamerexercitie, en inderdaad is mijn ambitie beperkt tot het in eerste instantie onder woorden en in kaart brengen van diverse vormen van onduidelijkheid op het niveau van primaire normen (semantische onbepaaldheid en wetssystematische onbepaaldheid) en onduidelijkheid op het niveau van secundaire normen (onduidelijkheid over de gelding en de rechtsbronnen van het strafrecht; onkenbaarheid van het recht; onduidelijkheid over het bestaan en de oplossing van normconflicten; en onduidelijkheid over de interpretatie van strafbepalingen). De observatie van dit onderscheid heeft als zodanig geen normatieve betekenis, maar de classificatie en de daarbij geboden nadere onderscheidingen maken het hopelijk mogelijk om meer zicht te krijgen op de mate waarin de diverse vormen van onduidelijkheid problematisch zijn, de oorzaken die daaraan ten grondslag liggen en hoe ze mogelijk kunnen worden vermeden. In deze paragraaf doe ik een aanzet.

De verschillende vormen van onduidelijkheid lijken niet altijd even kwalijk, en ook niet altijd even vermijdbaar te zijn. Dat geldt met name voor semantische onduidelijkheid op het niveau van primaire rechtsregels. Aan vaagheid kunnen ook voordelen verbonden zijn: een vage norm is bijvoorbeeld flexibeler in de toepassing en daarmee in potentie ook duurzamer; is gemakkelijker om op te stel-

48 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 131-138.

49 J.G.H. Altena, ‘Het mildheidsgebot in het Europees strafrecht’, in: B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer & J.M. ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 45-67.

50 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 103-106.

51 F. Schauer, *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2009, p. 26-27; J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 100-102; zeer uitgebreid hierover M.J. Borgers, ‘De communicatieve strafrechter. Over de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel in het materiële strafrecht, de beslissingsvrijheid van de rechter en de interactie tussen wetgever en rechter’, in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1), Deventer: Kluwer 2011, p. 138-148.

52 Een illustratief voorbeeld wordt gegeven in S. van der Jeught, ‘Is een touw een ketting? De relatieve rechtszekerheid van de eigen taalversie in het EU-recht’, *Sociaal-Economische Wetgeving* 2018/91, p. 239-247. Zie voorts J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 226-228.

53 HvJ EG 3 maart 1977, 80/76, ECLI:EU:C:1977:39 (*Kerry Milk*), r.o. 11.

len dan een zeer gedetailleerde en/of afgebakende norm; en voorkomt kille afstemming op de norm in gevallen waarin dat ongepast wordt geacht. Daarom wordt wel betoogd dat duidelijkheid een belang is dat kan worden afgewogen tegen andere belangen.⁵⁴ Die argumentatie gaat echter mijns inziens niet op ten aanzien van graduele vaagheid: deze is relatief gemakkelijk te vermijden en zou daarom geen plaats moeten hebben in het strafrecht. Voor criteriale vaagheid en betwistbare bestanddelen geldt in ieder geval dat ze niet geheel te vermijden zijn. In het geval van criteriale vaagheid kan de wetgever of rechter nog proberen sturing te geven door een heldere definitie van het begrip, maar in het geval van betwistbare begrippen mag daarvan niet te veel worden verwacht. Dergelijke begrippen zouden dan ook alleen moeten worden toegepast in een context waarin die betwistbaarheid ook gepast wordt geacht (dat wil zeggen dat berekenend gedrag onwenselijk wordt geacht of niet goed denkbaar is, zoals bij het voorbeeld over de culpa). Voorts heb ik eerder betoogd dat in de context van het EU-recht niet alle vormen van semantische onduidelijkheid even problematisch hoeven te zijn. Wanneer Europese regelgeving die strekt tot harmonisatie van het materiële strafrecht gebruikmaakt van een gradueel vage bepaling, dan moet deze bepaling mijns inziens zo worden gelezen dat lidstaten de vrijheid wordt gelaten om deze in het nationale recht te concretiseren door af te bakenen welk deel van het continuüm door de term wordt bestreken.⁵⁵ Criteriale vaagheid in het EU-recht is echter problematischer, omdat vaak niet duidelijk is of, en zo ja, hoeveel discretionaire ruimte daarmee aan de lidstaten wordt gelaten. Lidstaten gebruiken die vrijheid dan ook niet altijd, waardoor criteriale vaagheid op Europees niveau vaker dan eens heeft geleid tot vaagheid op nationaal niveau.⁵⁶

De verschillende vormen van onduidelijkheid lijken niet altijd even kwalijk, en ook niet altijd even vermijdbaar te zijn.

Wetssystematische onduidelijkheid is vanuit normatief perspectief mijns inziens eenvoudiger te duiden dan semantische onduidelijkheid. Datzelfde geldt voor alle vormen van onduidelijkheid op het secundaire niveau. Van deze vormen van onduidelijkheid is immers lastig te bedenken

welke positieve opbrengst dit zou kunnen opleveren. De ambitie zou daarom te allen tijde moeten zijn om deze vormen van onduidelijkheid te vermijden.

Tegelijkertijd is er reden om aan te nemen dat juist wets-systematische onduidelijkheid en onduidelijkheid op het niveau van secundaire rechtsregels eerder toe- dan afnemen. Daarvoor kan ten eerste worden gewezen op de toenemende invloed van internationaal- en Europeesrechtelijke verplichtingen op het nationale strafrecht. Onduidelijkheid lijkt in niet onbelangrijke mate te worden veroorzaakt door het onvoorspelbare samenspel van nationaal strafrecht met bepalingen van internationaal en Europees recht.⁵⁷ Daarnaast kan worden gewezen op de groeiende rol van bijzondere strafwetten, die het strafrecht complexer maken en soms in hun verhouding tot het commune strafrecht vragen kunnen oproepen.⁵⁸ Met die ontwikkelingen neemt de complexiteit van het strafrecht toe, waarmee ook het risico op normconflicten toeneemt. Nu het bestaan en de oplossing van normconflicten vaak onzeker is, vergroot dit ook de onduidelijkheid op het secundaire niveau. Met name het gebrek aan voorspelbaarheid in de toepassing van decentrale handhavingssystemen van EU-recht (voorrang, rechtstreekse werking, conforme interpretatie) draagt naar mijn inschatting bij aan deze onzekerheid op secundair niveau. Net als een te grote gedetailleerdheid van normen op het primaire niveau tot onduidelijkheid en daarmee rechtsonzekerheid kan leiden,⁵⁹ leidt de gedetailleerdheid en genuanceerdheid van conflictnormen op het secundaire niveau soms tot rechtsonzekerheid.

De vraag kan worden gesteld of met deze ontwikkelingen ook afbreuk wordt gedaan aan de rechtszekerheid. Dat lijkt in het individuele geval gelukkig mee te vallen. De meeste conflictnormen schrijven voor dat normconflicten in het materiële strafrecht in het voordeel van de verdachte moeten worden beslecht en de rechter heeft daarmee de mogelijkheid en ook de plicht om de rechtszekerheid te garanderen.⁶⁰ Dit kan wellicht mede verklaren dat de rol van het *lex certa*-beginsel in de rechtspraak, op een zeer incidentele klacht of verzuchting over de complexiteit van het recht na,⁶¹ zich beperkt tot semantische onduidelijkheid. Niettemin geldt bijvoorbeeld voor het *lex mitior*-beginsel dat het lang niet altijd van toepassing is op wetswijzigingen, waardoor de verdachte niet aan iedere

54 Zie J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 139-141, met verdere verwijzingen en uitleg waarom ik met dat betoog niet instem.

55 Zie bijvoorbeeld art. 4 lid 2a van het Kaderbesluit illegale drugshandel, dat bepaalt dat lidstaten een hoge straf moeten stellen op drugshandel indien het strafbare feit 'grote hoeveelheden drugs' betreft (Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van illegale drugshandel). Lidstaten bepalen dan bij hoeveel (kg) er sprake is van 'grote hoeveelheden'.

56 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 172-178.

57 Zie in vergelijkbare zin M.A.P. Timmerman, *Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 304-305.

58 Zie hierover J.P. Cnossen, 'De afnemende waarde van "het algemene"', *Strafblad* 2017, p. 469-475 en van dezelfde auteur 'Onbedoelde interactie? Ordening en samenhang in het materiële strafrecht', in: P. van Berlo e.a. (red.), *Over de grenzen van de discipline*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 71-85.

59 Zie in die zin HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954, NJ 2001/14 (*Kruls*), r.o. 3.4.

60 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 390-391.

61 A-G J. Wortel in zijn conclusie bij HR 4 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5377, punt 21; J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 98.

wetswijziging de zekerheid kan ontleen dat daadwerkelijk de meest gunstige bepaling zal worden toegepast. Bovendien geldt dat daarmee de rechtszekerheid in het individuele geval meestal wel kan worden gewaarborgd, maar dat het probleem dat de reikwijdte van het strafrecht onzeker is niet wordt weggenomen. Dat kan een zogenoemd *chilling effect* teweegbrengen: onzekerheid over de reikwijdte van het strafrecht noopt wellicht tot grotere voorzichtigheid bij burgers dan strikt genomen noodzakelijk, en vormt daarmee een grotere inperking op hun vrijheid dan strikt genomen noodzakelijk.⁶² Tot slot geldt dat onzekere rechtsregels ook minder geschikt zijn om de macht van de overheid aan banden te leggen.

6. Tot besluit

In het bovenstaande is onderscheid gemaakt tussen onduidelijkheid op het niveau van primaire en secundaire rechtsnormen. Het strafrecht kan onduidelijk zijn op het primaire niveau door de formulering van strafbepalingen (semantische onduidelijkheid) en door de verhouding daarvan tot andere normen (wetssystematische onduidelijkheid). Over de toepassing van strafbepalingen kan onduidelijkheid bestaan doordat niet duidelijk is of een norm geldig en geschikt is om strafrechtelijke aansprakelijkheid te vestigen; door gebreken in de publicatie ervan; door onduidelijkheid over het bestaan van normconflicten en de oplossing daarvan; en door onduidelijkheid over de uitleg van het primaire recht. Voor semantische onduidelijkheid

bestaat veel aandacht, maar voor wetssystematische onduidelijkheid en onduidelijkheid op het secundaire niveau veel minder.

Deze bijdrage wil beargumenteren dat vage wetgeving zeker niet de enige bedreiging vormt voor de verwezenlijking van het *lex certa*-beginsel, maar dat ook moet worden gekeken naar wetssystematische onduidelijkheid en onduidelijkheid op het niveau van secundaire rechtsregels. Deze vormen van onduidelijkheid zijn per definitie problematisch en lijken bovendien door recente ontwikkelingen in het recht frequenter voor te komen dan voorheen. Dat maakt die ontwikkelingen, zoals toenemende Europeesrechtelijke invloed, op zichzelf nog niet onwenselijk, en het daardoor toenemen van rechtsonzekerheid onttrekt zich gedeels aan de invloedssfeer van de (Nederlandse) rechter en wetgever. Het betreft derhalve een probleem dat zich niet eenvoudig laat oplossen. Niettemin kan inzicht in de aard, ernst en oorzaken van verschillende vormen van rechtsonzekerheid op termijn hopelijk wel helpen doordenken hoe het *lex certa*-beginsel optimaal kan worden verwezenlijkt.

Over de auteur



Mr. dr. J.G.H. Altena

is Universitair Docent Straf- en Strafprocesrecht,
Universiteit Leiden.

62 P.W. Brouwer, 'Onvermijdelijke rechtsonzekerheid?', in: A.M. Hol & J. Hage (red.), *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme. Verspreide opstellen van prof. mr. P.W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 184-185, 197-200, 260-262.