



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het legaliteitsbeginsel

Cleiren, C.P.M.; Roos, T.A. de; Woude, M.A.H. van der

Citation

Cleiren, C. P. M. (2008). Het legaliteitsbeginsel. In T. A. de Roos & M. A. H. van der Woude (Eds.), *Jurisprudentie Strafrecht Select* (pp. 285-306). Den Haag: Sdu Uitgevers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15914>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15914>

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

12. Het legaliteitsbeginsel

HR 20 november 2001, LJN AB2809, NJ 2003, 632

HOGE RAAD (Strafkamer)

20 november 2001, nr. 00460/00 AS (mrs. Davids, Corstens, Van Buchem-Spapens, Balkema, De Savornin Lohman)

Aan de orde is de vraag of het Hof terecht heeft aangenomen dat onder ‘over de grenzen van het Rijk in Europa voeren’ als bedoeld in dat artikel slechts kan worden begrepen het vanuit Nederland over de grens naar het buitenland voeren. De redenering van de Hoge Raad staat volgens sommigen op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel.

ARREST

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Arnhem van 4 november 1999, nummer 21/002564-98, in de strafzaak tegen: [verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1974, zonder vaste woon- of verblijfplaats hier te lande.

HOGE RAAD

1. De bestreden uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep – met vernietiging van een vonnis van de Arrondissementsrechtbank te Almelo van 8 december 1998 – de verdachte vrijgesproken van het hem bij inleidende dagvaarding onder 1 (...).

2. Geding in cassatie

Het beroep – dat uitsluitend is gericht tegen de gegeven vrijspraak van het onder 1 tenlastegelegde – is ingesteld door de advocaat-generaal bij het Hof. Deze heeft bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Namens de verdachte heeft mr. G. Spong, advocaat te Amsterdam, bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. Voorts heeft mr. Spong het cassatieberoep tegengesproken.

De advocaat-generaal Machielse heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in het ingestelde cassatieberoep en – voor zover van een namens de verdachte ingesteld (incidenteel) cassatieberoep sprake is – tot de niet-ontvankelijkverklaring van het incidenteel beroep.

3. (...)

4. (...)

4.2. Aan de verdachte is tenlastegelegd onder 1 dat:

‘hij in of omstreeks de maand augustus 1997, althans op of omstreeks 7 augustus 1997, in de gemeente Enschede en/of Schiphol in de gemeente Haarlemmermeer en/althans (elders) in Nederland en/of (op een luchthaven) in Brazilië tezamen en in vereniging met (een) ander(en), een meisje, genoemd [het kind] (verondersteld geboren te zijn op [geboortedatum] 1996 te [geboorteplaats]) (vanuit Brazilië) over de grenzen van het Rijk in Europa heeft gevoerd met het oogmerk [dat kind] wederrechtelijk onder de macht van een ander, namelijk [betrokkene A] en/of [betrokkene B], te brengen en/of in hulpeloze toestand te verplaatsen, gezien de leeftijd van [dat kind] en/of door [dat kind] met een valse identiteit buiten de officiële adoptieprocedure om in een situatie te brengen waarin een (officiële) status haar ontbreekt/blijft ontbreken; art. 47 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht art. 278 Wetboek van Strafrecht.’

4.3. Het Hof heeft de verdachte van het onder 1 tenlastegelegde vrijgesproken en daartoe overwogen:

‘Ten aanzien van het onder 1. tenlastegelegde is het Hof van oordeel dat niet bewezen is dat verdachte, tezamen en in vereniging met (een) ander(en), het kind, genaamd [het kind], over de grenzen van het Rijk in Europa heeft gevoerd.

Blijkens de bij art. 278 van het Wetboek van Strafrecht behorende Memorie van Toelichting dient onder ‘over de grenzen van het Rijk in Europa voeren’ te worden verstaan ‘het vanuit Nederland over de grens voeren naar het buitenland’.

Hier is echter het omgekeerde geval aan de orde, immers is het kind vanuit Brazilië naar Nederland gebracht.

Aldus redenerend kan niet bewezen worden dat verdachte, tezamen en in vereniging met (een) ander(en), het kind ‘over de grenzen van het Rijk in Europa heeft gevoerd’ in de zin van het bovengenoemde wetsartikel en kan slechts vrijspraak voor dat feit volgen.’

4.4. Het gaat – kort samengevat – in deze zaak om een verdachte aan wie wordt verweten dat hij een persoon, te weten een kind van ongeveer één jaar oud, vanuit Brazilië naar Nederland heeft gevoerd met het oogmerk om dat kind buiten de officiële adoptieprocedure onder de macht van een Nederlands echtpaar te brengen. Aan deze verdachte is tenlastegelegd het misdrijf omschreven in art. 278 Sr dat luidt:

‘Hij die iemand over de grenzen van het Rijk in Europa voert, met het oogmerk om hem wederrechtelijk onder de macht van een ander te brengen of om hem in hulpeloze toestand te verplaatsen, wordt, als schuldig aan mensenroof, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.’

4.5. Aan de orde is de vraag of het Hof terecht heeft aangenomen dat onder ‘over de grenzen van het Rijk in Europa voeren’ als bedoeld in dat artikel slechts kan worden begrepen het vanuit Nederland over de grens naar het buitenland voeren.

4.6. De Memorie van Toelichting bij art. 298 van het Regeringsontwerp voor het Wetboek van Strafrecht (thans art. 278 Sr) houdt onder meer het volgende in:

‘Dit misdrijf onderscheidt zich als zwaardere soort van de volgende soorten van vrijheidsberooving door het karakter van meerdere duurzaamheid dat het bezit. Zoolang de weggevoerde zich in Nederland bevindt, is duurzame vrijheidsberooving buiten het geval van opsluiting ondenkbaar, vindt de geroofde in de nederlandsche wet en hare organen overal bescherming en in de taalgemeenschap bovendien het middel om de hulp van anderen in te roepen. Indien de weggevoerde de opsluiting weet te verijdelen of zich in gemeenschap met anderen weet te stellen, is hij in staat zijne vrijheid te hernemen. De wegvoering daarentegen naar het buitenland, buiten het bereik der nederlandsche overheid, te midden van eene bevolking ook door taalverscheidenheid van den weggevoerde gescheiden of in landen waar hetzij bevolking ontbreekt, hetzij van de bevolking geen hulp te wachten is (onbewoonde landen of landen bewoond door onbeschaafde volken of volken, die de persoonlijke onvrijheid erkennen) geeft aan de wegvoering het karakter van duurzame vrijheidsberooving, welke zelfs geene stoffelijke banden of een bepaalde opsluiting vordert voor hare voortdurend. Alleen in dat geval kan van eigenlijke menschenroof sprake zijn. Daarbij is het onverschillig, of de wegvoering geschiedt om den weggevoerde tot slavernij te brengen dan wel om hem buitenslands op te sluiten, aan een buitenlandsche overheid of aan de magt van private personen of aan vreemde roovers over te leveren, of hem hulpeloos ergens in den vreemde te verplaatsen.’

(H.J. Smidt II, 1881, p. 408)

4.7. De Hoge Raad stelt voorop dat de omschrijving ‘over de grenzen van het Rijk in Europa voeren’ in art. 278 Sr het brengen van mensen vanuit het buitenland naar Nederland niet uitsluit.

Gelet daarop vormt de omstandigheid dat art. 278 Sr bij zijn totstandkoming een toelichting heeft gekregen die slechts aandacht schenkt aan een beperkt soort van gevallen, op zichzelf geen beletsel dat aan de strafbepaling een ruimer toepassingsbereik wordt toegekend dan destijds bij het geven van die toelichting werd voorzien.

4.8. Bij de uitleg van art. 278 Sr moet in het oog worden gehouden dat blijkens de hiervoor onder 4.6 geciteerde passage uit de geschiedenis van de totstandkoming van dat artikel de wetgever als reden voor het apart strafbaar stellen van deze vorm van vrijheidsberooving heeft gewezen op ‘het karakter van meerdere duurzaamheid dat het bezit’. De in de toelichting bij wijze van voorbeeld gegeven uitwerking van duurzame vrijheidsberooving geeft een aanduiding van de voor strafbaarheid vereiste duurzaamheid. Daarbij heeft de wetgever uitgedrukt bij welke mate van duurzaamheid van de vrijheidsberooving sprake zal zijn van menschenroof. Daarmee wordt echter niet uitgesloten dat vrijheidsbeneming met een door de wetgever bedoeld duurzaam karakter zich eveneens kan voordoen in het geval dat degene wiens vrijheid is ontnomen en naar Nederland is gevoerd, zich in Nederland bevindt onder de omstandigheid dat deze niet in staat is de bescherming van de Nederlandse wet en ‘taalgemeenschap’ in te roepen.

- 4.9. Voorts moet worden onderstreept dat in Nederland, evenals in zeer vele andere landen, het rechtsbeginsel geldt dat aan allen gelijke wettelijke bescherming wordt geboden, waarbij geen plaats is voor het bieden van een grotere mate van bescherming aan personen die zich binnen Nederland bevinden en wederrechtelijk naar het buitenland worden gevoerd dan aan personen die zich buiten Nederland bevinden en wederrechtelijk naar Nederland worden gevoerd.
- 4.10. Uit de hiervoor onder 4.6 geciteerde passage uit de Memorie van Toelichting blijkt dat bij de wetgever ten tijde van de totstandkoming van art. 278 Sr de bedoeling heeft voorgezetten om een persoon die zich binnen de grenzen van het Rijk in Europa, dus in Nederland, bevindt te beschermen tegen het voeren buiten Nederland met een van de in dat artikel genoemde oogmerken. Aldus blijkt niet dat de wetgever oog heeft gehad voor de bescherming van personen die zich buiten Nederland bevinden en met een van die oogmerken naar Nederland worden gevoerd. Kennelijk heeft het buiten de voorstelling van de toenmalige wetgever gelegen dat ook die personen speciale bescherming zouden kunnen behoeven.
- De omstandigheden en opvattingen die uit de Memorie van Toelichting, als hiervoor geciteerd, naar voren komen en waarvan mag worden aangenomen dat die overeenkomen met die welke in de laatste decennia van de negentiende eeuw in Nederland heersten, zijn voor de wetgever leidraad geweest om in die Memorie van Toelichting slechts aan een beperkt toepassingsbereik aandacht te besteden. Als zodanige omstandigheden en opvattingen kunnen worden genoemd de bescherming die een 'taalgemeenschap' vermag te bieden en de nadruk waarmee Nederland wordt afgezet tegen 'onbeschaafde volken of volken, die de persoonlijke onvrijheid erkennen' en landen waar slavernij heerst of overlevering aan 'vreemde roovers' moet worden gevreesd.
- De sedert de totstandkoming van de genoemde strafbepaling plaats gehad hebbende ontwikkelingen in omstandigheden en algemeen aanvaarde opvattingen brengen mee dat er thans geen redelijke aanleiding is om bij de toepassing van die bepaling, tegen haar bewoordingen in, onderscheid te maken tussen de te bieden bescherming in de twee zojuist genoemde gevallen.
- Deze ontwikkelingen kunnen onder meer als volgt worden geïllustreerd. Mede als gevolg van een verhoging van het scholings- en opleidingspeil is de kennis van een of meer vreemde talen een meer algemeen voorkomend verschijnsel. Daardoor is het minder gerechtvaardigd om, zoals de Memorie van Toelichting doet, veel nadruk te leggen op de bescherming die men buiten een 'taalgemeenschap' behoeft.
- In internationaal verband wordt thans gesproken over 'de internationale gemeenschap' – een wellicht enigszins vaag doch niettemin in de internationale politiek aanvaard begrip – die gestalte heeft gekregen in internationale organisaties als de Verenigde Naties en andere internationale samenwerkingsvormen zoals op het gebied van de ontwikkelingssamenwerking. In dat kader ligt het niet voor de hand dat bij het toepassen van een rechtsbeschermende straf-

maatregel onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds Nederland en anderzijds ‘onbewoonde landen of landen bewoond door onbeschaafde volken’.

Bereikbaarheid, gemak en omvang van personenvervoer, ook over de landsgrenzen heen, zijn sedert de totstandkoming van art. 278 Sr enorm toegenomen. Hierdoor is de behoefte aan bescherming tegen internationale ontvoering navenant gegroeid, in welke richting dan ook.

- 4.11. Zoals hiervoor reeds onder 4.7 is vooropgesteld is een breder toepassingsbereik van art. 278 Sr dan in de Memorie van Toelichting aandacht heeft gekregen, niet in strijd met zijn bewoordingen. Hierdoor is het wellicht te verklaren dat de hiervoor onder 4.10 geschetste nationale en internationale ontwikkelingen de wetgever geen aanleiding hebben gegeven om een wijziging van art. 278 Sr tot stand te brengen, waarbij de bestaande tekst immers naar de betekenis van zijn bewoordingen niet gewijzigd zou behoeven te worden. Uit het stilzitten van de wetgever mogen dan ook geen consequenties worden getrokken met betrekking tot de uitleg van dat artikel.
- 4.12. Aan een en ander moet de gevolgtrekking worden verbonden dat het artikel, in overeenstemming met de huidige juridische en maatschappelijke realiteit, zowel in nationaal als in internationaal opzicht, zo moet worden uitgelegd dat ook het vanuit het buitenland naar Nederland voeren van personen daaronder valt.
- 4.13. Uit al hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het Hof is uitgegaan van een verkeerde uitleg van de in de tenlastelegging onder 1 voorkomende woorden ‘over de grenzen van het Rijk in Europa heeft gevoerd’, welke woorden zijn gebezigd in dezelfde betekenis als daaraan toekomt in art. 278 Sr (...).

5. **Beoordeling van het middel van de advocaat-generaal bij het Hof**

Hetgeen hiervoor onder 4 is overwogen brengt mee dat het middel gegrond is en dat als volgt moet worden beslist.

6. **Beslissing**

De Hoge Raad:

Vernietigt de bestreden uitspraak, voor zover aan zijn oordeel onderwopen;
Wijst de zaak terug naar het Gerechtshof te Arnhem opdat de zaak op het bestaande beroep in zoverre opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president W.J.M. Davids als voorzitter, en de raadsheren G.J.M. Corstens, A.M.J. van Buchem-Spapens, J.P. Balkema en B.C. de Savornin Lohman, in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, en uitgesproken op 20 november 2001.

Conclusie mr. Machielse

1. Bij arrest van 4 november 1999 is verzoeker door het gerechtshof te Arnhem vrijgesproken van het onder 1. (...)

2.1. Door de advocaat-generaal bij het Gerechtshof te Arnhem is tegen die uitspraak beroep in cassatie ingesteld op 16 november 1999.

3.1. Ik kom toe aan een bespreking van het door het Openbaar Ministerie voorgestelde middel, dat uitsluitend is gericht tegen de door het Hof gegeven vrijspraak van het onder 1. tenlastegelegde. Art. 430 lid 1 Sv bepaalt dat tegen een vrijspraak geen cassatieberoep openstaat. Op grond van de rechtspraak van uw Raad lijdt deze regeling uitzondering, indien het een zogenoemde onzuivere vrijspraak betreft. Daarvan is onder meer sprake indien de verdachte van iets anders is vrijgesproken dan aan hem was tenlastegelegd.⁽³⁾

3.2. Als feit 1 is aan verdachte tenlastegelegd dat:

‘hij in of omstreeks de maand augustus 1997, althans op of omstreeks 7 augustus 1997, in de gemeente Enschede en/of Schiphol in de gemeente Haarlemmermeer en/althans (elders) in Nederland en/of (op een luchthaven) in Brazilië tezamen en in vereniging met (een) ander(en), een meisje, genoemd [het kind] (verondersteld geboren te zijn op [geboortedatum] 1996 te [geboorteplaats]) (vanuit Brazilië) over de grenzen van het Rijk in Europa heeft gevoerd met het oogmerk [dat kind] wederrechtelijk onder de macht van een ander, namelijk [betrokkene A] en/of [betrokkene B], te brengen en/of in hulpeloze toestand te verplaatsen, gezien de leeftijd van [dat kind] en/of door [dat kind] met een valse identiteit buiten de officiële adoptieprocedure om in een situatie te brengen waarin een (officiële) status haar ontbreekt/blijft ontbreken; art. 47 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht art. 278 Wetboek van Strafrecht’

3.3. Het Hof heeft de gegeven vrijspraak als volgt gemotiveerd:

‘Ten aanzien van het onder 1. tenlastegelegde is het Hof van oordeel dat niet bewezen is dat verdachte, tezamen en in vereniging met (een) ander(en), het kind, genaamd [het kind], over de grenzen van het Rijk in Europa heeft gevoerd.

Blijkens de bij art. 278 van het Wetboek van Strafrecht behorende Memorie van Toelichting dient onder ‘over de grenzen van het Rijk in Europa voeren’ te worden verstaan ‘het vanuit Nederland over de grens voeren naar het buitenland’.

Hier is echter het omgekeerde geval aan de orde, immers is het kind vanuit Brazilië naar Nederland gebracht.

Aldus redenerend kan niet bewezen worden dat verdachte, tezamen en in vereniging met (een) ander(en), het kind ‘over de grenzen van het Rijk in Europa heeft gevoerd’ in de zin van het bovengenoemde wetsartikel en kan slechts vrijspraak voor dat feit volgen.’

3.4. In het middel wordt betoogd dat het Hof een onjuiste uitleg heeft gegeven aan het bestanddeel ‘over de grenzen van het Rijk in Europa voeren’.

3.5. De Memorie van Toelichting bij art. 298 van het Regeringsontwerp voor het Wetboek van Strafrecht (thans art. 278 Sr) houdt het volgende in:

(...) Zie hiervoor het arrest van de Hoge Raad onder 4.6.

3.6. De tekst van de Memorie van Toelichting is kristalhelder: mensenroof bestaat eruit dat iemand vanuit Nederland wordt ontvoerd naar een ander land. In gelijke zin aantekening 6b op art. 278 in Noyon-Langemeijer-Remmelink:

‘Bij de totstandkoming van art. 278 Sr is gedacht aan ‘eenrichtingsverkeer’, het wegvervoer buiten de landsgrenzen. Maar ook kan men denken aan de situatie dat iemand vanuit het buitenland Nederland wordt ‘ingevoerd’ onder omstandigheden als in art. 278 Sr opgetekend. Nu art. 278 Sr enkel bedoeld is voor het ‘uitvoeren’ zal het geen toepassing kunnen vinden in zo een situatie. Toch is ook dan denkbaar dat de in Nederland ingevoerde vreemdeling in Nederland even hulpeloos zal zijn als de uit Nederland weggevoerde landgenoot. Alsdan zal art. 282 Sr of onder omstandigheden art. 250ter Sr van toepassing kunnen zijn.’

3.7. De steller van het middel wijst er op dat de door het Hof voorgestane beperkte uitleg van art. 278 Sr tot gevolg heeft dat uit het buitenland naar Nederland ontvoerde personen onvoldoende bescherming genieten. Dat nu vermag ik niet in te zien. Een ontvoering waarbij een persoon vanuit een buitenland naar Nederland wordt gebracht en hier tegen zijn wil wordt vastgehouden valt immers onder de strafbaarstelling van art. 282 Sr, de ‘gewone’ vrijheidsberoving. Daarbij zou bij de bepaling van de straf zeker als strafverzwarende omstandigheid mee kunnen wegen dat de ontvoering vanuit het buitenland is geschied.

Zo er al een noodzaak bestaat om de reikwijdte van art. 278 Sr te vergroten in de door de AG voorgestane zin, komt het mij bovendien voor dat daar een taak ligt voor de wetgevende macht, nu een dergelijke beslissing een rechtspolitieke keuze vergt.

3.9. Nu ‘s Hofs vrijspraak naar mijn oordeel zuiver is, acht ik het door het Openbaar Ministerie ingestelde cassatieberoep niet-ontvankelijk.

4.1. (...)

6. Deze conclusie strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie in het ingestelde cassatieberoep en (...)

De procureur-generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden,

Noot

1. Inleiding

Art. 1 van ons Wetboek van Strafrecht luidt: ‘geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.’

Het in dit artikel verwoorde legaliteitsbeginsel kan kort worden omschreven als ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’ (geen misdaad zonder wet, geen straf zon-

der wet). Een gedraging is alleen strafbaar wanneer die bij wet is strafbaar gesteld op het moment van handelen. De 'nullem crimen sine lege' regel is ook opgenomen in art. 7 EVRM en 15 IVBP.

De grondslag van het legaliteitsbeginsel ligt onmiskenbaar in het rechtstatelijk ideaal van rechtszekerheid. Het beginsel geeft uitdrukking aan de meer omvattende idee dat een bestraffing alleen gerechtvaardigd kan zijn, als iemand wist of had kunnen weten dat wat hij deed onrechtmatig was en hij de keuze heeft kunnen maken om het desondanks wel of juist niet te doen.

De legitimatie van het legaliteitsbeginsel is nauw verbonden met de in onze rechtstaat geldende verdeling van en balans tussen de drie te onderscheiden staatsmachten. Door het primaat van de wet voorop te stellen ligt de allereerste verantwoordelijkheid voor strafbaarstelling en het daarop gebaseerde overheidsoptreden bij de wetgever, waarmee het democratisch gehalte daarvan wordt gegarandeerd.

Op basis van deze grondslag en legitimatie kunnen aan art. 1 WvSr diverse functies worden toegedicht. Het artikel heeft een instrumentele functie: het richt zich tot de wetgever zelf, tot de rechter en tot de andere functionarissen en organen van de strafrechtspleging. Al deze actoren zijn gehouden om bij de vervulling van hun eigen constitutioneel bepaalde taak het primaat van de wet te eerbiedigen en te garanderen. Het artikel benadrukt dat de overheid de wet nodig heeft als grondslag voor bevoegdheidsuitoefening en bestraffing en draagt daarmee – in aansluiting op de grondwet – bij aan het constitueren en tegelijkertijd begrenzen van bevoegdheden van de overheid. Het artikel heeft ook een waarborgfunctie: het vormt een waarborg voor de burger, omdat het onderstreept dat deze de gerechtvaardigde verwachting mag koesteren dat gedrag dat niet is strafbaar gesteld bij wet ook niet wordt vervolgd en bestraft.

De instrumentele en de waarborgfunctie van het legaliteitsbeginsel sluiten weliswaar onmiskenbaar naadloos op elkaar aan, maar staan bij concretisering ook onvermijdelijk in een bepaalde spanningsverhouding tot elkaar. Immers, hoewel de wetgever strafpalingen formuleert binnen een historisch bepaalde maatschappelijke constellatie dient de omschrijving daarvan zo algemeen te zijn dat alle als onwenselijk beschouwde gedragingen in de toekomst onder het bereik van die strafbepaling zullen vallen. Maar hoe algemener de bepaling is geformuleerd, te minder zekerheid heeft de burger over het bereik van die bepaling. De wetgever maakt uiteindelijk met het oog op de strekking van de strafbaarstelling een belangenafweging waarin beide functies zijn geconcretiseerd: de wettekst.

Voortbouwend op de genoemde grondslag van het legaliteitsbeginsel, het garanderen van rechtszekerheid, worden vanouds aan de inhoud van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel vier implicaties verbonden: a. het lex certa-beginsel; b. geen gewoonterecht; c. geen analogie; d. geen terugwerkende kracht.

2. Het rechtsvindingvraagstuk

Het legaliteitsbeginsel verplicht de wetgever om de strafbepaling te formuleren en de rechter om deze in concrete casus toepassen. Het lijkt simpel. Het lijkt ook veel eenvoudiger dan in het burgerlijk recht, waar het legaliteitsbeginsel niet dominant is en waar in de wetgeving – meer dan in het strafrecht – gebruik wordt gemaakt van vage normen. De noodzaak van interpretatie komt daar dan ook meer ‘aan de oppervlakte’. Maar schijn bedriegt. Eenvoudig toepassen van de wet is ook in het strafrecht geen optie. De strafrechter is in de dagelijkse praktijk steeds genooddaakt om de tekst van de strafwet te interpreteren. Ieder woord uit de tekst kan – vanwege de aard en de omstandigheden van de concrete casus – om uitleg vragen. De casus, persoonlijke omstandigheden en het maatschappelijk en politiek klimaat verschillen immers van geval tot geval. De beoogde rechtszekerheid kan dus niet eenvoudig worden gerealiseerd door middel van blinde wetstoepassing. Het is dan ook niet verwonderlijk dat – ondanks het feit dat het strafrecht wordt geregeerd door het legaliteitsbeginsel – vraagstukken van rechtsvinding en rechtsvorming ook in het strafrecht een essentiële rol spelen.¹

De kern van het rechtsvindingvraagstuk betreft steeds het genoemde spanningsveld tussen de instrumentele en de waarborgfunctie van het legaliteitsbeginsel. Welke vrijheid en welke middelen heeft de rechter om de spanning tussen de beide functies van het legaliteitsbeginsel in een concreet geval op te lossen, zonder daarbij de doelstelling van het strafrecht om een zinvolle – op de persoon en de omstandigheden toegespitste – rechterlijke uitspraak te geven, uit het oog te verliezen. Heeft hij in het concreet voorliggende geval de vrijheid om in zijn afwegingen bij de interpretatie van de wettekst rekening te houden met bijvoorbeeld: de persoon van de verdachte, diens daadwerkelijke kennis omtrent strafbaarheid, de strekking van de strafbepaling ten tijde van de totstandkoming, de veranderde maatschappelijke context en de daarbij passende doelstellingen van de strafbepaling?

3. Interpretatiemethoden

Het vraagstuk van rechtsvinding en rechtsvorming, tracht men in de rechtspraak, in nauwe wisselwerking met de rechtswetenschap, te ‘beteugelen’ door de vrijheid van de rechter te binden aan interpretatiemethoden. Er worden in het strafrecht diverse interpretatiemethodes onderscheiden en gebruikt: de taalkundige, de grammaticale, de wetshistorische, de wetsystematische, de teleologische en de

1 Veel rechtstheoretische beschouwingen over rechtsvinding en rechtsvorming beperken zich in hun aanpak en uitwerking tot het burgerlijk recht. Daarnaast is het rechtsvindingsvraagstuk van oudsher vaak ‘vertaald’ als het probleem van het toepassen van de algemene regel op het concrete geval, hetgeen de dominante rol van het civiele recht op het rechtsvindingsdenken wellicht verklaart. Zie hiervoor met name het Algemeen Deel van de Asser-serie van P. Scholten en de ‘hernieuwde’ versie daarvan van J.B.M. Vranken (deel **). Een mooie uitzondering hierop voor het strafrecht vindt men bij Klaas Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen 2006.

transformatieve interpretatiemethode.² Vanuit een meer hermeneutisch perspectief bezien spreekt men ook wel in termen van contextuele, functionele en creatieve interpretatie. Bezieet men de rechtsvinding niet vanuit de redenering, maar vanuit het eindresultaat, dan spreekt men vaak in termen van restrictieve en extensieve interpretatie. Als voorbeeld van die laatste vorm wordt vaak het bekende Elektriciteitsarrest (HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564) aangehaald.

Het gebruik van interpretatiemethoden roept in het strafrecht direct de vraag op wanneer de rechter (te veel) gaat zitten op de stoel van de wetgever, die immers volgens het legaliteitsbeginsel het primaat heeft. Op die vraag wordt in het strafrecht in ieder geval één harde grens geformuleerd. Die grens ligt in het verbod van analogie dat algemeen wordt aanvaard als implicatie van het legaliteitsbeginsel. Men spreekt van analogie als de rechter via de redenering van de algemenere strekking van de bepaling, of met behulp van een nieuw gevormde regel die is geënt op een bestaande andere regel, of langs de weg van het onder de regel liggende beginsel, een geval dat niet onder de termen uit de tekst van de wet valt, er toch onder brengt. In de praktijk blijkt de harde grens van het verbod van analogie niet zo eenduidig toe te passen als soms wordt verondersteld. Zo vormen de teleologische, de functionele en de contextuele interpretatiemethode maar al te gemakkelijk een voorbeeld van analogie in de beschreven betekenis. Het bekende Elektriciteitsarrest (HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564) vormt daarvan een voorbeeld. Men kan de interpretatie van de Hoge Raad over de betekenis van art. 310 Sr namelijk lezen alsof de Hoge Raad de tekst van art. 310 Sr (een goed wegnemen) gebruikt om een meer algemeen belang te formuleren dat het artikel zou beschermen, namelijk het 'vermogen'. Die redenering maakt het mogelijk om handelingen die het vermogen aantasten ook onder art. 310 Sr te laten vallen, ook al is er geen sprake van een 'goed' dat is 'weggenomen'. De teleologische, de functionele en de contextuele interpretatiemethode leiden in hun resultaat vaak tot een zeer extensieve interpretatie, maar vormen niet steeds een voorbeeld van analogie. De vraag wanneer de rechter (te veel) gaat zitten op de stoel van de wetgever is dan ook niet zo eenvoudig te beantwoorden als het legaliteitsbeginsel doet veronderstellen. De Hullu geeft in dit verband dan ook aan dat er nauwelijks een harde grens valt te trekken tussen analogie en extensieve interpretatie.³

Het gebruik van de interpretatiemethoden is niet alleen van belang als instrument voor de rechter ten behoeve van de rechtsvinding, maar ook als verantwoording naar de betrokken vervolgde burger en – afhankelijk van het bereik van de betreffende uitspraak – voor toekomstige gevallen ook voor de rechtsvorming. De vraag waar de rechter in het concrete geval voor kan komen te staan is welke methode(n) hij zal gebruiken en of er een zekere rangorde tussen de interpretatiemethoden bestaat. De uitkomsten van de toepassing van de ene of de andere methode kun-

2 Zie voor een overzicht van de diverse interpretatiemethoden J. de Hullu, *Materieel Strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, tweede druk, Deventer 2003, hoofdstuk II, par. 3.4.

3 J. de Hullu, a.w. Hoofdstuk II, par. 3.

nen namelijk volledig tegenovergesteld zijn. Daarnaast zal hij de grens van de uitkomst van een zeer extensieve interpretatiemethode, het verbod op het creëren van strafbaarheid, steeds voor ogen moeten houden. Als we de rechtspraak van de Hoge Raad bezien kunnen we vaststellen dat geen van de interpretatiemethoden op voorhand als evident beslissend wordt beschouwd. Een heldere en verplichtende rangorde blijkt dus niet te bestaan omdat per geval de diverse argumenten een ander gewicht krijgen. De vraag die dan rijst is welke methode is welk geval aanvaardbaar is en of de keuze daarvoor verklaarbaar en voorspelbaar is. Maar nog belangrijker is natuurlijk de vraag op welke grond de keuze te rechtvaardigen is.

Het is geen eenvoudig vraagstuk. 't Hart formuleert het als volgt: 'Interpretatiemethoden in het strafrecht vormen een hachelijk onderwerp: nog los van de uitwerking in het concrete geval vragen zij als zodanig om een (al was het maar impliciete) standpuntbepaling op theoretische onderwerpen betreffende taal, tekst, grondslagen van het recht en het specifieke van het strafrecht. (...) mede omdat er altijd grensgevallen zijn waarin de breukvlakken in de spanningverhouding tussen de eisen van een zinvolle uitspraak en de waarborgen van art. 1 lid 1 Sr niet zo eenvoudig zijn aan te geven.'⁴

Deze omschrijving bevat een belangrijke kern die in veel teksten over interpretatievrijheid en interpretatiemethoden in het strafrecht niet sterk tot zijn recht komt: bij de keuze voor een interpretatiemethode gaat het om meer dan een incidentele eenvoudige persoonlijke keuze van de rechter. In het gebruik van de methoden ligt een impliciete standpuntbepaling op veel fundamenteeler vraagstukken besloten. Het is daarom verhelderend om de vormen van impliciete standpuntbepaling binnen de rechtsvinding nader te bespreken.

4. Visies op rechtsvinding

Het voorafgaande zou de indruk kunnen wekken dat het niet mogelijk is om enige ordening aan te brengen in gebruik van interpretatiemethoden. Toch zijn er, zowel in het strafrecht als in andere rechtsgebieden, wel pogingen gedaan om de – al dan niet impliciet gehanteerde – visies op rechtsvinding te onderscheiden op basis van de daaronder liggende waarden. Men duidt zo'n visies in de wetenschap veelal aan als een rechtsvindingsleer. In de literatuur worden diverse visies onderscheiden, waaronder als meest gehanteerde die tussen het legisme en de juridische hermeneutiek, maar ook bijvoorbeeld die tussen een regelconceptie en een rechtenconceptie van legaliteit.⁵ Deze aanduiding en deze onderscheidingen doen onvoldoen-

4 A.C. 't Hart, Interpretatiemethoden, in *De meerwaarde van het strafrecht*, Essays en annotaties, Den Haag 1997, hoofdstuk III, par. 21.

5 Voor het onderscheid tussen legisme en hermeneutiek bezien vanuit het strafrecht zie B.M.M. van Klink, *Bedreigt rechtsvinding de rechtszekerheid? Een kritisch-hermeneutische visie op de rol van de rechter in het materiële strafrecht*, DD 31 (2001), p. 685 e.v. Voor het onderscheid tussen een regel- en een rechtenconceptie in het strafrecht zie Klaas Rozemond, *Legaliteit in het materiële strafrecht*, RM Themis 1999/4, p. 117 e.v.

de recht aan de inhoud en het belang van de literatuur op het terrein van de rechtsvinding. Het doel van deze beschouwing is evenwel beperkt en ligt met name in het benadrukken van het besef dat het gebruik van interpretatiemethoden niet een volstrekt willekeurige act is, maar zijn fundamenteen vindt in mensbeelden, juridische waarden en visies op het rechtsbegrip. Het onderscheid tussen een regelconceptie en een rechtenconceptie van legaliteit wordt met het oog op dit doel hierna als aanknopingspunt genomen.

5. De regelconceptie van legaliteit

Volgens de regelconceptie van legaliteit zijn strafbepalingen regels die de democratisch gelegitimeerde bedoeling van de wetgever tot uitdrukking brengen.⁶ Democratisch legitimatie wordt beperkt tot besluiten van de wetgever en deze visie op rechtsvinding sluit dan ook nauw aan bij het legisme. De rechtszekerheid staat voorop en die kan men in die visie als het ware 'garanderen' omdat men uitgaat van de veronderstelling dat aan de rechtsregel een objectieve betekenis toekomt en dat die betekenis valt te bepalen door de letterlijke uitleg van de tekst.⁷ Om de betekenis van de regel vast te stellen dient de rechter zich zo veel als mogelijk vast te houden aan de letter van de wet. De tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever zijn in zo'n visie essentieel voor de uitleg van de wet. In deze visie wordt het verbod van analogie dan ook sterk benadrukt. De grammaticale interpretatiemethode staat in beginsel voorop, maar daarnaast past ook de wetshistorische interpretatiemethode uitstekend in deze opvatting.⁸ De andere interpretatiemethoden staan veelal te ver af van de wettekst zoals neergelegd door de wetgever.

Binnen deze visie op rechtsvinding zijn inmiddels modaliteiten te onderscheiden die samenhangen met maatschappelijke en technologische ontwikkelingen en onder meer zijn te herleiden tot moderne taaltheorieën. Deze ontwikkelingen brengen mee dat de betekenis van de rechtsregel – naast de grammaticale methode – ook kan worden vastgesteld met behulp van de taalkundige en de wetshistorische en wetssystematische interpretatiemethode. Bepaalde elementen van de hermeneutische rechtsvindingsleer worden daarmee – zij het sterk beperkt door de harde eis van rechtszekerheid – toegelaten binnen het legalistische denkkader. Daarmee heeft deze visie op rechtsvinding aan gestrengheid verloren, maar lijkt deze aan maatschappelijke aanvaarding te hebben gewonnen. Tegelijkertijd brengt de openheid voor bijvoorbeeld de wetshistorische interpretatie naast de grammaticale interpretatie met zich mee dat een nieuwe spanning kan ontstaan. Voor de burger ontstaat met deze gemoderniseerde visie op de regelconceptie een mate van rechtsonzekerheid. De zekerheid die voor de burger uitgaat van de tekst van de wet komt niet altijd persé overeen met de verwachting die de burger heeft over de betekenis van de wet in de context van de huidige samenleving. Nu er geen rangorde

⁸ Prof.mr. J. de Hullu, *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, tweede druk, 2003, hoofdstuk II, par. 3.

bestaat voor het gebruik van de methoden kan de burger niet zonder meer voorzien tot welke interpretatie de rechter in een concrete casus zal komen.

De opvattingen van diverse strafrechtelijke auteurs sluiten – al dan niet expliciet – aan bij deze ‘moderne legistische’ visie.⁹

6. De rechtenconceptie van legaliteit

In de rechtenconceptie van legaliteit zijn de beslissingen van de wetgever gericht op het verwezenlijken van fundamentele rechten van burgers en beginselen. Die rechten en beginselen zijn terug te vinden in de beslissingen van de wetgever. Bij het ‘vinden’ daarvan hoeft men zich niet te beperken tot afzonderlijk genomen beslissingen, maar kunnen de rechten en beginselen worden gevonden in het patroon dat in het geheel van die beslissingen ligt besloten. Deze gevonden rechten en beginselen kunnen niet alleen een rechtvaardiging vormen voor nieuwe afzonderlijke beslissingen van de wetgever, maar ook voor beslissingen van de rechter.¹⁰ De democratische legitimatie van de wet is dus niet volledig beperkt tot de wettekst die in concreto aan de orde is, maar wordt mede verkregen door deze vorm van ‘vinden van recht’ door de rechter. Deze visie op rechtsvinding sluit nauw aan bij de hermeneutische rechtsvindingsleer.

Om de betekenis van de regel in concreto vast te stellen heeft de rechter de plicht om de innerlijke waarde van de wet te bepalen op basis van door de wetgever – uit het patroon afleidbare – erkende rechten en beginselen. De opvattingen van de wetgever zijn dan dus niet slechts af te leiden uit de keuzes en motiveringen ten tijde van de totstandkoming (en dus uit de wetsgeschiedenis), maar moeten mede worden begrepen in de context van de inmiddels veranderde en voortdurend veranderende samenleving en opvattingen. In deze visie staat de strekking van de bepaling in zijn actuele context derhalve veel meer centraal dan de zekerheid van de letter van de wet. De bescherming van rechten staat voorop en de rechten van het slachtoffer van het ongewenst handelen maken daarvan expliciet deel uit. De teleologische, functionele, creatieve en contextuele interpretatiemethoden passen uitstekend bij deze rechtenconceptie. Deze visie biedt ook ruimte aan opvattingen die uitgaan van een mensbeeld, waarin zoals ‘t Hart dat aanduidt ‘(...) de mens niet geïsoleerd en van te voren kant en klaar voorafgaat aan het geheel van zijn culturele maatschappelijke context, maar een knooppunt van relaties is (...)’¹¹ In die wijze van denken staat de gerichtheid op de context en de interactie tussen individu en context centraal. In deze, ook wel als relationele visie aangeduide opvatting, wordt niet alleen de eis gesteld dat recht – en daarmee ook de toepassing van de wet – democratisch

⁹ Hazewinkel-Suringa/Remmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, 1996. Prof. mr. J. de Hullu, a.w. Hoofdstuk II, par. 3, M.M. Dolma, Actus regit locum? Over legaliteit, rechtsmacht en ‘prospective overruling’, DD 2004, afl. 2/15, p. 231 e.v., alsmede P. Mevis en R. de Lange in hun annotatie in de NJ bij het hier besproken arrest (NJ 2003, 623).

¹⁰ Zie Rozemond, a.w. p. 120.

¹¹ A.C. ‘t Hart, a.w. hoofdstuk III, par. 16.

is gelegitimeerd, maar ook dat zij rechtsstatelijk is gelegitimeerd, hetgeen impliceert dat daarin actuele rechtsbescherming van burgers moet worden gegarandeerd. Deze opvatting en de implicaties daarvan brengen mee dat een regelconceptie van legaliteit onvoldoende ruimte biedt voor de interpretatie van strafbepalingen, terwijl de rechtenconceptie van legaliteit voldoende ruimte biedt.

Ook deze visie op rechtsvinding vindt men – al dan niet expliciet en met diverse intensiteit – terug bij diverse (strafrechtelijke) auteurs.¹² Omdat rechtsvinding in deze visie meer ruimte biedt voor het ‘inlezen’ van normen, waarden en mensbeelden kunnen de antwoorden op interpretatievraagstukken in een concrete casus bij de te onderscheiden auteurs sterk uiteen lopen.

7. Een tussenstand

Het zal duidelijk zijn dat schrijvers zich in het algemeen niet expliciet positioneren binnen of ten opzichte een van beide concepties van legaliteit. Datzelfde geldt ook voor de rechtspraak en de motiveringen die daar worden gegeven bij de interpretatie van delictsomschrijvingen. In de rechtspraak worden – ook in een concrete casus – diverse interpretatiemethoden naast en door elkaar benut. Als gevolg daarvan geeft de strafrechtspraak een beeld van een bonte aaneenschakeling van zeer uiteenlopende en soms ook zeer onverwachte en verrassende interpretaties. Het valt ook niet uit te sluiten dat in diverse uitspraken elementen van beide visies met elkaar worden verenigd, waarbij zal moeten worden bezien of dat tot innerlijke tegenstrijdigheden leidt. Het in deze annotatie te bespreken arrest vormt een prachtige illustratie van de bonte aaneenschakeling van argumenten. De beschreven visies op rechtsvinding kunnen een bijdrage leveren aan het doorzien van de posities die door de rechterlijke colleges worden ingenomen en daarmee wellicht zelfs bijdragen aan de voorspelbaarheid van interpretaties in de toekomst. Precies het verschaffen van dat inzicht vormt een van de taken van de rechtswetenschap.

Met de verkregen bagage zullen we het arrest van de Hoge Raad van 20 november 2001, *NJ* 2003, 623 (het mensenroofarrest) gaan analyseren en beoordelen. Dit arrest vormt een mooi aanknopingspunt om het rechtsvindingsvraagstuk in concreto te bekijken en wel om twee redenen. Allereerst worden in het arrest diverse interpretatiemethoden naast en met elkaar verweven gebruikt. Daarnaast heeft het arrest enkele wetenschappers de pen in doen klimmen om hun instemming, dan wel bevreemding of afkeuring over het arrest te laten blijken, te weten Mevis en De Lange, Dolman en Borgers.¹³

¹² Zie K. Rozemond, a.w. en zijn dissertatie *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer 1998, B. van Klink, a.w. en A.C. ‘t Hart, a.w. hoofdstuk III.

¹³ Allereerst moet worden gewezen op de zeer kritische noot van Mevis en De Lange onder het arrest *NJ*, 2003, 632; daarna publiceerde M.M. Dolman een kritische reactie, *Actus regit locum? Over legaliteit, rechtsmacht en ‘prospective overruling’*, in DD, 2004, afl. 2/15, p. 231 e.v. en vervolgens werden deze critici weer enigszins op hun plaats gezet door M.J. Borgers in *De grenzen van het Rijk in Europa en de grenzen van de interpretatievrijheid van de strafrechter*, in DD 2004, afl. 6/44, p. 590 e.v.

8. Het arrest van de Hoge Raad van 20 november 2001 (Mensenroof)

De casus die in het arrest van de Hoge Raad van 20 november 2001 aan de orde is betreft kort gezegd dat verdachte een één jaar oud meisje vanuit Brazilië naar Nederland heeft ontvoerd met het oogmerk om dat kind buiten de officiële adoptie-procedure om onder de macht van een Nederlands echtpaar brengen.

In het arrest is de vraag naar de reikwijdte van art. 278 Sr (mensenroof) aan de orde. De problematiek concentreert zich op de interpretatie van de woorden 'over de grenzen van het Rijk in Europa voeren'. De letter van de wet biedt daarmee evident de mogelijkheid om de bepaling grammaticaal aldus uit te leggen dat de richting waarin de grens wordt overschreden niet van belang is. In de casus was er sprake van het voeren in de richting van Nederland.

Bezien we echter de MvT op art. 278 Sr (destijds art. 298 van het regeringsontwerp), dan blijkt dat de wetgever zich daarin slechts uitlaat over het vanuit Nederland over de grens naar het buitenland voeren. Het Hof heeft aangenomen dat onder 'over de grenzen van het Rijk in Europa voeren' als bedoeld in art. 278 slechts kan worden begrepen het vanuit Nederland over de grens naar het buitenland voeren en is derhalve – omdat het omgekeerde het geval was – tot een vrijspraak van het ten laste gelegde gekomen. Het Hof beriep zich daartoe op de MvT en maakt dus gebruik van een wetshistorische interpretatiemethode.

De vraag waar de Hoge Raad naar aanleiding van het cassatiemiddel voor komt te staan is hoe ruim het toepassingsbereik van art. 278 Sr is en langs welke weg dat bereik moet worden bepaald. De Hoge Raad legt de reikwijdte van art. 278 – in tegenstelling tot het Hof – ruim uit. Ook voeren in de richting van Nederland wordt onder de strafbaarstelling begrepen, waardoor de Hoge Raad tot een andere conclusie komt dan het Hof.

De Hoge Raad beroept zich voor deze interpretatie van art. 278 niet eenvoudig op de letter van de wet en dus op de grammaticale methode. Hij onderbouwt en motiveert zijn uitspraak uitvoerig en doet dat met diverse andere argumenten dan de grammaticale. Daaruit blijkt dat het gerezen probleem van een mogelijke discrepantie tussen de letter van de wet en de bedoeling van de wetgever niet zomaar van tafel kan worden geveegd. De vraag is natuurlijk langs welke weg de Hoge Raad daar komt, maar daarbij is het ook interessant om te bezien of de motivering zo veel inzicht geeft in de achterliggende (juridische) waarden als de omvang doet vermoeden. Welke visie op rechtsvinding ligt besloten in de overwegingen van de Hoge Raad in dit concrete geval en heeft dat ook consequenties voor de toekomst? Om deze vragen te kunnen beantwoorden zullen de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad zo veel als mogelijk worden geduid of gekwalificeerd in de termen van de hierboven omschreven interpretatiemethodes en visies op rechtsvinding.

9. De argumenten van de Hoge Raad stapsgewijs

1. De Hoge Raad vangt de redenering aan met een citaat uit de MvT (rechts-overweging 4.6.). Daaruit kan men nog niet afleiden dat de raad de wetshistorische

interpretatie voorop stelt, omdat deze opstap ook kan worden verklaard vanuit de vraag die in cassatie voorligt, namelijk of het Hof zich terecht op de wetshistorie heeft beroepen bij zijn uitleg van art. 278 Sr.

2. In rechtsoverweging 4.7. meldt de Hoge Raad dat de omschrijving van het wetsartikel een (brede) uitleg van art. 278 waaronder ook het brengen van mensen naar Nederland valt, niet uitsluit. Deze redenering zou men eerder als een taalkundige dan als een grammaticale kunnen beschouwen. De Hoge Raad neemt daarmee in zekere zin principieel – en zonder noodzaak – afstand van de dwingendheid van de letter van de wet en daarmee van een star legalistische visie. Als hij zo’n star legalistische kijk op de betekenis van het wetsartikel had willen verdedigen had hij namelijk kunnen volstaan met een simpele taalkundige/grammaticale interpretatie: de gedraging valt binnen de letter van de wet. Nu de Hoge Raad daarmee niet volstaat begeeft hij zich noodgedwongen op het terrein van een afweging met behulp van andere interpretatiemethoden en argumenten.

Vervolgens redeneert de Hoge Raad op de basis van de taalkundige – brede – interpretatie van het artikel verder. Vanwege die inmiddels erkende bredere ruimte is er volgens hem geen beletsel om aan de wet een breder bereik toe te kennen dan destijds blijkbaar uitdrukkelijk werd voorzien. De tekst van de wetsgeschiedenis is dus niet dwingend. De Hoge Raad stelt zich daarmee impliciet op het standpunt dat – ook al kies je niet voor een grammaticale, star legalistische methode – je nog niet per se genoodzaakt bent terug te vallen op of verder te redeneren op basis van de grammaticale interpretatie van de wetsgeschiedenis.

De critici van het arrest bekritisieren met name deze ‘vervolgredenering’ van de Hoge Raad over de MvT. Volgens de advocaat-generaal en de annotatoren Mevis en De Lange blijkt uit de passage uit de MvT dat de minister met art. 278 Sr alleen het voeren vanuit Nederland naar het buitenland heeft willen strafbaar stellen. De tekst is, zoals de AG benadrukt ‘glashelder’. Zij bestrijden ook dat de minister de tegenovergestelde variant niet zou hebben voorzien. Bovendien is er geen dwingende reden om de MvT buiten de letterlijke tekst op te rekken nu de strafbaarheid van de betreffende handelingen ‘het voeren van personen naar Nederland gericht op vrijheidsbeneming’ (in dit geval de adoptie) hoe dan ook al strafbaar is volgens art. 282 Sr. Borgers stelt dat het het meest zuiver is om te stellen dat de toelichting in dit geval niets zegt over de strafbaarheid van het voeren naar Nederland. Hij is van mening dat de tekst van het wetsartikel een ruimer toepassingsbereik mogelijk maakte dan de toelichting bij het artikel. Nader bepalen van het toepassingsbereik door de rechter zou dan ook onvermijdelijk zijn. Volgens hem laten Mevis en De Lange de wetsgeschiedenis prevaleren boven de tekst van de wet, terwijl de wetsgeschiedenis in de loop der jaren steeds meer aan belang inboet en de tekst juist de mogelijkheid biedt om met de tijd mee te gaan.

3. In rechtsoverweging 4.8. zet de Hoge Raad toch nog een stapje op het spoor van de wetsgeschiedenis. Deze stap hangt samen met het feit dat de wetgever naast de strafbaarstelling van art. 278 ook ‘gewone’ vrijheidsberoving strafbaar

stelde in art. 282 Sr. Hoewel de tekst van de wetsgeschiedenis niet als dwingend of beperkend hoeft te worden beschouwd (zie onder 2) moet de strekking van afzonderlijke strafbaarstelling door de wetgever destijds, gelegen in de expliciet genoemde overweging dat de onderhavige vorm van vrijheidsberoving het karakter heeft van meerdere duurzaamheid, namelijk wél in het oog worden gehouden, zo overweegt de Hoge Raad. En die strekking kan ook in geding zijn in geval er sprake is van het brengen van mensen naar Nederland. De Hoge Raad gebruikt de wets-historische interpretatie dus wél om de strekking van de strafbepaling invulling te geven.

4. In rechtsoverweging 4.9. onderstreept de Hoge Raad dat in Nederland het rechtsbeginsel geldt dat aan allen (of zij nu Nederland binnengevoerd worden dan wel naar buiten gevoerd worden) gelijke rechtsbescherming wordt geboden. Bezien vanuit de eerder genoemde strafbaarstelling van vrijheidsberoving in Nederland krachtens art. 282 Sr is dit argument niet zeer doorslaggevend. De Hoge Raad past de eis van gelijkheid evenwel toe op het naar binnen of naar buiten 'voeren', het bestanddeel dat geen deel uitmaakt van art. 282 Sr. Dat is in zekere zin verwonderlijk omdat de Hoge Raad de strekking van art. 278 in de hiervoor behandelde rechtsoverweging 4.8. niet toespitst op het 'voeren', maar op de duurzaamheid van de vrijheidsberoving.

De overweging van rechtsgelijkheid in bescherming is essentieel in dit arrest. De rechtsbescherming van potentiële slachtoffers – ook die waarover in de MvT niet wordt gesproken – wordt een zware rol toebedacht. Op basis van de opbouw van de redenering van de Hoge Raad kan worden verdedigd dat de Hoge Raad geen beperkingen op de bescherming van rechten van slachtoffers accepteert door te blijven 'steken' in grammaticale, taalkundige of wetshistorische interpretatiekwes-ties.

Volgens Dolman is het argument van de gelijkheid of logisch incorrect of berust het op een onjuiste veronderstelling.¹⁴ Mevis en De Lange vinden het beroep op het gelijkheidsbeginsel opmerkelijk. Zij vragen zich – zeer beknopt weergegeven – af of de Hoge Raad met deze redenering de toetsing van wetgeving aan fundamentele rechtsbeginselen niet binnenhaalt terwijl hij in bijvoorbeeld het arrest Harmonisatiewet (HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469) heeft geoordeeld dat deze toets niet is toegestaan. In deze casus zou het echter – in tegenstelling tot die in het arrest Harmonisatiewet – niet gaan om een beperking, maar om een uitbreiding van de reikwijdte van de bepaling op grond van het gelijkheidsbeginsel en wel in het belang van het slachtoffer. 'Beslissend is of de burger erop bedacht moest zijn dat op hem een wetbepaling zou worden toegepast waarvan hij mocht aannemen dat die niet geschreven was voor het geval waarin hij zich bevond. (...)'

stellen Mevis en De Lange. Borgers vindt de opvatting van Mevis en De Lange wel erg beperkt. Zij achten in zijn ogen het rechtsvindingproces vanwege de rechtszekerheid slechts

¹⁴ Dolman, a.w. p. 238.

te bestaan uit de grammaticale en wethistorische interpretatie.¹⁵ De redenering van Mevis en De Lange blijft inderdaad volledig binnen de grenzen van de regelconceptie van legaliteit, waarbij de rechtszekerheid steeds voorop wordt gesteld.

Doordenken we de consequenties van het gelijkheidsargument van de Hoge Raad, dan moeten we constateren dat met dat argument de (potentiële) slachtoffers ten aanzien van 'het voeren binnen Nederland' bescherming wordt geboden die niet wordt geboden door de strafbaarstelling van vrijheidsberoving in art. 282 Sr. Bezien we dit argument in het licht van de besproken visies op rechtsvinding, dan kan men goed verdedigen dat de Hoge Raad hier uitdrukkelijk voor een rechtenconceptie van legaliteit kiest: de bescherming van rechten wordt voorop gesteld. De wijze waarop hij die onderbouwt vinden we in rechtsoverweging 4.10.

5. In rechtsoverweging 4.10 bouwt de Hoge Raad door op de beschermingsgedachte. De Hoge Raad neemt aan dat de omstandigheden en opvattingen die uit de MvT naar voren komen overeenkomen met de opvattingen die in Nederland heersden eind negentiende eeuw (bij de totstandkoming van de wetgeving). Die omstandigheden en opvattingen zijn leiddraad geweest voor het toepassingsbereik dat in de wet werd gekozen. Het gaat daarbij om de bescherming door de 'taalgemeenschap' waaruit men zou worden weggevoerd en de omstandigheden waarin men terecht zou komen zoals onbewoonde landen of landen bevolkt door onbeschaafde volken of volken die de persoonlijke onvrijheid erkennen. In de huidige taalgemeenschap en internationale gemeenschap ligt een dergelijk onderscheid tussen Nederland en andere landen niet meer voor de hand en is de behoefte aan bescherming in welke richting dan ook (naar Nederland of vanuit Nederland) gegroeid. Een beperking tot bescherming van het voeren van mensen in de richting van Nederland is vanuit dat perspectief niet te verdedigen.

Bezien vanuit de visies op rechtsvinding zien we hier een uitdrukkelijke aansluiting op veranderende maatschappelijke ontwikkelingen, op een actuele contextuele interpretatie van de wet en op een hoge waardering van de rechten van burgers op bescherming, in het bijzonder het slachtoffer van het handelen. Daarmee lijkt de Hoge Raad vanuit de reeds gecreëerde ruimte van de regelconceptie (niet de starre, maar de moderne legalistische leer) over te stappen naar een rechtenconceptie. De annotatoren Mevis en De Lange zijn uitermate kritisch over de genoemde argumentatie van de Hoge Raad omdat veranderende omstandigheden naar hun mening een nog zwakkere basis opleveren voor een van de wetgever afwijkend oordeel dan het – door hen bekritiseerde – gebruik van het gelijkheidsbeginsel. De vraag is echter of men zo eenvoudig kan spreken van een 'van de wetgever afwijkend oordeel'. Beziat men de argumentatie van de Hoge Raad vanuit een rechtenconceptie van legaliteit, dan is er met de argumentatie niets mis en is die zelfs zeer zorgvuldig onderbouwd met behulp van de concretisering van de betreffende veranderende maatschappelijke omstandigheden.

¹⁵ Borgers, a.w. p. 595.

Ook Dolman verzet zich tegen deze argumentatie van de Hoge Raad en de implicaties daarvan. De rol om de bescherming van de burger bij te stellen hoort volgens Dolman bij de wetgever. De positieve verplichting om dat te doen ligt volgens deze auteur ook volgens de rechtspraak van het EHRM inzake rechtsvindingskwesties bij de wetgever en niet bij de rechter. Daarnaast wordt volgens Dolman de rechtsmacht ten aanzien van dit delict door de extensieve interpretatie uitgebreid, waarmee ook de legaliteit en voorzienbaarheid in het geding zou komen.

Borgers is – zoals reeds eerder bleek – veel gematigder in zijn oordeel.¹⁶ Omdat in zijn ogen de tekst van het wetsartikel een ruimer toepassingsbereik mogelijk maakt dan de toelichting bij het artikel is een nader bepalen van het toepassingsbereik door de rechter onvermijdelijk.¹⁷ Ook over de voorzienbaarheid valt hij niet. Voor verdachte kon het geen verrassing zijn dat zijn gedrag strafbaar was. Immers, hij bracht het meisje in een even benarde positie als wanneer hij haar uit Nederland had gevoerd. Daarnaast stelt hij dat de vereiste mate van voorzienbaarheid zich niet in algemene termen laat omschrijven. Het gaat om een oordeel waarin verschillende factoren – de tekst van de wet, de formuleringen in de wetsgeschiedenis, de strekking van de wet, het systeem van de wet en, soms ook, internationaalrechtelijke aangelegenheden – een rol spelen. Die factoren verschillen van geval tot geval. Van de burger wordt verlangd dat hij er rekening mee houdt dat de rechter de wet nader invult.¹⁸

6. Rechtsoverweging 4.11 lijkt uitdrukking te geven aan het feit dat de Hoge Raad beseft dat de overgang naar een rechten- in plaats van een regelinterpretatie nogal een stap is. Hij voegt namelijk nog toe dat uit het feit dat de wetgever de stap naar een breder bereik van de bescherming niet heeft gezet wellicht kan worden verklaard op basis van de bewoordingen van het artikel. Uit het stilzitten van de wetgever mogen dan ook geen conclusies worden getrokken over de uitleg van het artikel. Daarmee voorkomt de Hoge Raad ondermijning van zijn uitspraak door de hierboven onder 5. genoemde kritiek van Dolman. Bezien vanuit de Hoge Raad is er immers geen noodzaak tot aanpassen van de wet en dus geen positieve verplichting voor de wetgever in die lijn. Bezien vanuit dat perspectief is de hoge raad consequent en heeft hij die rol niet ten onrechte op zich genomen maar gewoon zijn werk gedaan.

10. De context van deze uitspraak te midden van andere uitspraken

In het besproken Mensenroof-arrest gaat om de betekenis van de strafbepaling in het licht van de wetsgeschiedenis, de tekst van de strafbepaling en de eisen van rechtszekerheid. De uitspraak van de Hoge Raad ligt in de lijn van eerdere uitspraken zoals het Tongzoen- en Kinderporno-arrest.

¹⁶ Zie in dezelfde genuanceerde lijn zijn artikel over de wetshistorische interpretatie M.J. Borgers, *Wetshistorische Interpretatie in de strafrechtspraak*, in M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen, Liber Amicorum J. de Hullu*.

¹⁷ Borgers, a.w. p. 595.

¹⁸ Borgers, a.w. p. 598-599.

In het Tongzoen-arrest¹⁹ achtte de Hoge Raad dat de strekking van art. 242 Sr de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam was. Het differentiëren tussen handelingen die hierop in inbreuk zouden kunnen maken zou de rechtszekerheid aantasten. De Raad concludeerde dan ook dat ieder binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking verkrachting was. In het Kinderporno-arrest²⁰ achtte de Hoge Raad het in bezit hebben van kinderpornomateriaal voor eigen gebruik gelijk aan 'in voorraad hebben' zoals bedoeld in art. 240b Sr, ook al stond dit niet in de tekst van de wetbepaling.

In deze zaken komt de spanning naar voren die bestaat tussen de wetsgeschiedenis en de strekking van een strafbepaling. Terwijl de wetsgeschiedenis aan kracht kan inboeten naarmate de tijd verstrijkt en het parlementaire proces een onregelmatig verloop kan hebben gehad, kan de strekking aanpassing verdienen door maatschappelijke veranderingen een andere betekenis krijgt. In dit geval wordt door de wijze waarop de beschermingsgedachte wordt opgepakt en ingevuld een geactualiseerde strekking aan de bepaling toegekend.

In het arrest van C.R. v. UK van 1995 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) werd ook aandacht aan deze vragen besteed.²¹ De casus betrof verkrachting. Binnen het huwelijk. Lange tijd was verkrachting binnen het huwelijk in Engeland (en ook in Nederland) niet strafbaar. In Engeland kwam hierin verandering langs jurisprudentiële weg. Van oudsher baseerde men de straffeloosheid op de gedachte dat in het jawoord van de vrouw ook toestemming tot gemeenschap besloten lag. De wet verklaarde dat verkrachting wederrechtelijke seksuele aanranding is waar de vrouw niet mee instemt. Verkrachting tussen echtgenoten kon volgens vaste rechtspraak binnen het huwelijk niet bestaan. In 1991 oordeelde de House of Lords dat 'unlawful' een overbodige toevoeging was en de echtgenoot wel degelijk strafbaar was. De wetgever sloot zich hierbij aan en veranderde de wet enkele jaren na de uitspraak. De vraag die zich bij deze casus aandienende, was of de uitspraak van de House of Lords niet in strijd was met art. 7 EVRM. Dit artikel strekt ter bescherming van de rechtszekerheid.

Volgens het Hof is enige rechtsonzekerheid evenwel onvermijdelijk. Telkens wanneer de rechter het een strafbepaling nader invult en toepast zal er sprake zijn van rechtsontwikkeling.²² Volgens het Hof volgde de beslissing van de Engelse rechter de lijn die eerder in de rechtspraak was uitgelegd en waarbij de immuniteit van de echtgenoot langzaam werd afgebroken. Het afschaffen van deze immuniteit was dan ook volgens het Hof redelijk voorzienbaar, ook al had de wetgever tot die tijd de wet en de daarin opgenomen immuniteit onveranderd gelaten. Het woord 'unlawful' in de definitie van verkrachting werd door de Engelse rechter en het Hof uitgelegd als een overbodige aanvulling en verzette zich niet tegen het toekennen van immuniteit aan de echtgenoot. Interessant is dat terwijl in Nederland wordt

19 HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 781 m.nt. JdH.

20 HR 21 april 1998, *NJ* 1998, 782 m.nt. JdH.

21 EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997/1.

22 EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997/1, r.o 34.

gekeken naar de grammaticale betekenis van de wetstekst, het Europees Hof met name naar de uitleg die daaraan in de rechtspraak is gegeven.²³ Een aanpassing aan veranderde omstandigheden is toegestaan wanneer deze redelijkerwijs voorzienbaar is en aansluit bij de essentie van het delict. Was de uitspraak van de House of Lords redelijk voorzienbaar voor verdachte op het moment van het plegen van het feit? Volgens het Hof wel, er was immers sprake van 'gradual clarification' in de rechtspraak en de uitkomst was dan ook 'foreseeable'.

Als we de bovenbeschreven analyse van het arrest toetsen aan de eisen en voorwaarden die het EHRM stelt, dan valt zeer goed te verdedigen dat de Hoge Raad zich niet begeeft buiten de kaders die het EHRM stelt.

11. Conclusie

De Hoge Raad maakt een flinke stap in dit arrest, een stap naar een rechtenconceptie van recht. Bezien naar de onderliggende waarden en normen wordt een keuze gemaakt voor bescherming van het slachtoffer ten detrimente van het belang van rechtszekerheid voor de verdachte. Deze stap is niet volledig nieuw omdat het beschermingsaspect ook reeds in de andere kort besproken arresten aan de orde was.

Resumerend kunnen we dus vaststellen dat de Hoge Raad een stap gemaakt heeft die de meeste critici niet hebben 'meegestapt'. De rechtspraak van het Europese Hof sluit een dergelijke stap niet uit. Ook veranderende omstandigheden leiden tot een ander en minder star beeld van voorzienbaarheid waar het gaat om de strafbaarheid. Het is redelijk aannemelijk om te stellen dat in onze huidige maatschappelijke constellatie de voorzienbaarheid van strafbaarheid van handelen niet slechts zal afhangen van een MvT of van een letterlijke interpretatie van de wettekst. Ondanks alle – door de critici aangevoerde – bezwaren is er dus veel te zeggen voor deze stap in deze concrete casus. Is het niet realistisch dat het belang van de slachtoffers in dit geval een hogere waarde wordt toegekend dan de veronderstelde gekoesterde verwachting van de verdachte op niet strafbaarheid, niet gebaseerd op de letter van de wet, maar op de MvT die daaraan voorafging?

Zo'n afweging wil ik – ondanks vele terechte bezwaren – wél voor mijn rekening nemen, alsmede de implicaties die daar voor de strafrechtelijke rechtsvinding in de toekomst uit voortvloeien.

Rechtszekerheid is niet het enige belang dat bescherming verdient. Verheij merkt op: 'Het recht verzet zich tegen verandering omdat het zekerheid beoogt, maar schreeuwt om verandering omdat het gerechtigheid beoogt.'²⁴ Kortom, de rechter zal bij het rechtsvindingsproces niet kunnen ontkomen aan een bepaalde mate van belangenafweging. Een verwijzing naar een van de belangrijkste Nederlandse

²³ EHRM 22 november 1995, NJ 1997/1 m.nt. Kn.

²⁴ N. Verheij, Vertrouwen op de overheid. Het vertrouwensbeginsel in het Nederlandse staats- en bestuursrecht, in: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Preadviezen Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland, Deventer 1997, p. 43.

auteurs op dit terrein is hier dan ook zeker op zijn plaats. Zijn adagium Rechtsvinding is kiezen, moeten we ook in het strafrecht durven onderkennen.²⁵ Het adagium dat Jan Vranken aangeeft met de woorden Rechtsvinding is kiezen, moet men durven aangaan. Niet kiezen, zoals de wetgever zich soms veroorlooft, is ook kiezen. Die keuze kan de strafrechter zich in een concrete casus met 'echte' verdachten en slachtoffers niet veroorloven.

C.P.M. Cleiren

²⁵ Asser-Vranken, Algemeen deel**, Den Haag 1995.