

EEN ESSENTIËLE SCHAKELBEPALING IN HET MATERIËLE STRAFRECHT

Jelle Crossen*

Artikel 91 Sr

'De bepalingen van de Titels I-VIII A van dit Boek zijn ook toepasselijk op feiten waarop bij andere wetten of verordeningen straf is gesteld, tenzij de wet anders bepaalt.'

1 Inleiding

Artikel 91 Sr wordt een 'schakelbepaling' genoemd. Mede dankzij deze bepaling, die reeds sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1886 hiervan onderdeel is, biedt dit wetboek overzicht en structuur in het materiële strafrecht, door het Algemeen Deel (althans de genoemde Titels I-VIII A) van toepassing te verklaren op het gehele materiële strafrecht. Dit Algemeen Deel bevat onder meer het legaliteitsbeginsel (art. 1 Sr) en deelneming (art. 47 Sr). Daarnaast wordt aangenomen dat ook leerstukken als opzet en schuld, hoewel ongeschreven, onderdeel uitmaken van het Algemeen Deel.¹ Tegelijk voorziet deze schakelbepaling in een uitzonderingsmogelijkheid:² bij wet in formele zin kan van dit Algemeen Deel worden afgeweken, 'waar het volstrekt noodig is'.³

De wetgever beoogt met het Algemeen Deel een eenvormige toepassing van die leerstukken op alle delicten te garanderen; vanuit legaliteitsperspectief een aantrekkelijke gedachte. Het materiële fiscale en militaire strafrecht codificeerde de wetgever van 1886 niet; aldus ontstonden de eerste twee bijzondere strafwetten (gerekend vanaf 1886).⁴ Op dit bijzondere strafrecht werd het Algemeen Deel via artikel 91 Sr ook van toepassing. Hierdoor is het Algemeen Deel niet alleen van toepassing op Boek 2 (Misdrijven) en Boek 3 (Overtredingen) van het Wetboek van Strafrecht, maar ook op het bijzonder strafrecht (waarvoor wel de eerdergenoemde mogelijkheid tot afwijking van het Algemeen Deel bestaat). Nolte noemde deze bepaling dan ook 'een trait d'union tussen het Wetboek van Strafrecht en de andere strafwetten'.⁵

2 Belangen

Deze schakelbepaling beoogt meerdere belangen te dienen. In de eerste plaats volgt uit deze schakelbepaling de instructie voor de wetgever om de vormgeving van delictomschrijvingen, ook buiten het wetboek, te laten aansluiten bij het Algemeen Deel, hetgeen een bekrachtiging van het legaliteitsbeginsel vormt.⁶ De rechter wordt daarnaast geïnstrueerd de algemene leerstukken eenvormig toe te passen, ook op het materiële strafrecht buiten het Wetboek van Strafrecht. Op deze wijze wordt een consistente vormgeving van strafbaarstellingen gewaarborgd. Ten tweede kan het worden beschouwd als uitwerking van de codificatiegedachte, als neergelegd in artikel 107 Gw,⁷ waarin het werken met algemene wetten, en in het verlengde daarvan algemene uitgangspunten, centraal staat. Hiermee zijn de rechtseenheid en rechtszekerheid gediend, hetgeen de verbondenheid tussen het codificatiebeginsel en het legaliteitsbeginsel illustreert.⁸ In de derde plaats komt deze schakelbepaling de wets-systematiek ten goede,⁹ hetgeen als meer technische kwaliteit van wetgeving kan worden beschouwd. Het belang van artikel 91 Sr voor het materiële strafrecht kan, kortom, moeilijk overschat worden.

3 Bedoelde kwetsbaarheden

De wetgever van 1886 heeft ervoor gekozen in het Algemeen Deel een aantal belangrijke leerstukken geen expliciete basis te geven: men zou bijvoorbeeld vergeefs zoeken naar een definitie of omschrijving van opzet, culpa, wederrechtelijkheid en causaliteit. De wetgever koos er namelijk voor zo terughoudend mogelijk te zijn met definities van deze leerstukken: 'Een wetboek is geen leerboek. Van verdeelingen en omschrijvingen moet het zich dus onthouden overal waar zij niet bepaald noodzakelijk zijn om de gedachte des wetgevers uit te

drukken'.¹⁰ Dit maakt het een tamelijk flexibel Algemeen Deel, dat verder tot ontwikkeling moest komen in de rechtspraktijk.¹¹ De vraag is echter of dit het Algemeen Deel alleen flexibel maakt, of ook kwetsbaar. Met zo'n grote flexibiliteit inzake de ontwikkeling van verschillende leerstukken wordt het immers lastig om de sturende werking van het Algemeen Deel, die door artikel 91 Sr wordt bewerkstelligd, op delicten in bijzondere wetten, met hun eigen karakteristieken, te garanderen. Daarnaast kan de formele wetgever van het Algemeen Deel expliciet afwijken in een bijzondere wet, zij het dus pas 'waar het volstrekt noodig is'.¹² Voorts kan gewezen worden op de steeds toenemende en inmiddels enorme hoeveelheid bijzondere wetten.¹³ Het belang van de schakelbepaling neemt hierdoor (ook) toe. Immers: hoe groter en bonter de verzameling aan bijzondere wetten, hoe groter de behoefte aan een uniforme werking en toepassing van algemene leerstukken.

4 Onbedoelde kwetsbaarheden

In de praktijk blijkt echter eerder het tegenovergestelde het geval. Met de groei van het bijzonder strafrecht¹⁴ nam ook het aantal afwijkingen op (de toepassing van) algemene leerstukken toe. Zo blijkt bijvoorbeeld de omgang met legaliteit (art. 1 Sr) en wederrechtelijkheid in bijzondere wetten vaak ingrijpend af te wijken van het algemene regime dat via de schakelbepaling op die bijzondere wetten van toepassing zou moeten zijn. In bijzondere wetten wordt namelijk veelal gewerkt met gelede normstellingen, hetgeen vanuit het perspectief van legaliteit en wederrechtelijkheid niet vanzelfsprekend is. Bij deze gelede normstellingen zijn de verschillende onderdelen van een strafbaarstelling, namelijk de (materiële) norm, de kwalificatie en de strafbedreiging, in tegenstelling tot hetgeen in het commune strafrecht gebruikelijk is, niet in één bepaling



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

opgenomen. Bij gelede normstellingen zijn die onderdelen verspreid over meerdere geledingen, meerdere bepalingen in één wet (bijvoorbeeld de Opiumwet), of in verschillende formele wetten (zoals in de Wet op de economische delicten, waar in art. 1 en 1a tal van strafbaarstellingen voorkomen, die telkens verwijzen naar een (andere) formele wet) of zelfs gedeeltelijk in AMvB's of ministeriële regelingen.¹⁵ De werking van het legaliteitsbeginsel, en de garantie die het biedt op zekerheid omtrent de rechtspositie van de burger, lijkt hierom in deze gevallen een stuk minder krachtig dan in het commune strafrecht.

Een voorbeeld hiervan vinden we in de Wet wapens en munitie (WWM). Naast de meer evidente verboden wapens zijn op

grond van artikel 2 lid 1, categorie I sub 7 en categorie IV sub 4 WWM ook voorwerpen verboden 'die zodanig op een wapen gelijken, dat zij voor bedreiging of afdreiging geschikt zijn' (kortom: nepwapens). Welke voorwerpen er op grond van deze bepaling precies verboden zijn is nader uitgewerkt in de (ministeriële) Regeling Wapens en Munitie, waarin art. 3 sub a bepaalt dat het gaat om 'voorwerpen die voor wat betreft hun vorm en afmetingen een sprekende gelijkenis vertonen met vuurwapens of met voor ontploffing bestemde voorwerpen, met uitzondering van speelgoedvoorwerpen als bedoeld in de Richtlijn 2009/48/EG'. Ook dit biedt de burger die zekerheid wil verkrijgen omtrent zijn rechtspositie (bijvoorbeeld omdat hij een nepwapen heeft

verdiend met het succesvol omver werpen van blikjes op de kermis) weinig soelaas, alleen al vanwege het rondit vage 'sprekende gelijkenis'-criterium. Wanneer van een sprekende gelijkenis sprake is wordt bepaald door de subjectieve opvatting van een (gerechtigd) deskundige of een buitengewoon opsporingsambtenaar, die een voorwerp in praktijk vaak verschillend blijken te beoordelen.¹⁶ Oftewel: de grens tussen een verboden en niet-verboden voorwerp, tussen strafbaar en niet-strafbaar gedrag, wordt bij deze strafbaarstelling betrekkelijk willekeurig getrokken.¹⁷

Dit voorbeeld illustreert hoe wezenlijk anders de omgang met legaliteit is in de context van bijzondere strafwetten in vergelijking met het commune strafrecht, waarin, zoals gezegd, een strafbaarstelling doorgaans (eenvoudig) in één bepaling is opgenomen. Ook op het gebied van andere leerstukken dan het legaliteitsbeginsel zijn voorbeelden van afwijkingen in het bijzonder strafrecht aan te wijzen.¹⁸

De grootste bedreiging voor de uniformering die de wetgever onder meer met artikel 91 Sr voor ogen had is echter de in literatuur geconstateerde versmelting (vaak aangeduid als 'osmose') tussen commune en bijzonder strafrecht.¹⁹ Binnen deze ontwikkeling verplaatsen afwijkingen of uitbreidingen op algemeen leerstukken zich naar het Algemeen Deel via wetgeving (bijvoorbeeld het daderschap van de rechtspersoon²⁰) of jurisprudentie (bijvoorbeeld het functioneel daderschap²¹). Op deze manier is een dynamiek ontstaan, met schakels over en weer, die zich niet alleen maar laat typeren door hetgeen in artikel 91 Sr gesteld is. De vraag kan hierom gesteld worden of de schakelbepaling nog wel, zoals de wetgever aanvankelijk bedoelde, de volledige regie voert over de verhouding tussen het commune strafrecht en bijzonder strafrecht. ■

* Mr. J.P. Cnossen is PhD-fellow straf- en strafprocesrecht bij het Instituut voor Strafrecht & Criminologie.

- 1 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht* (deel I), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 73-89; D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1953, p. 24; J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 63.
- 2 Dat blijkt immers uit het laatste gedeelte van art. 91 Sr.
- 3 Smidt I 1891, p. 545.
- 4 Smidt I 1891, p. 43; Simons betitelt deze twee tezamen dan ook als het 'bijzonder strafrecht', D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht* (deel I), Groningen: P. Noordhoff 1904, p. 41 & 49.
- 5 H.J.A. Nolte, *Het strafrecht in de bijzondere wetten* (diss. Utrecht), Utrecht/Nijmegen: Dekker & Van de Vegt 1949, p. 95.
- 6 C.P.M. Cleiren, *T&C Strafrecht*, art. 91 Sr, aant. 1.
- 7 R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman & M.J.J.P. Luchtman, in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman & M.J.J.P. Luchtman, *Bijzonder Strafrecht*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 53.
- 8 J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987, p. 110.
- 9 Lamp, Lindeman & Luchtman 2011, p. 54. Het werken

met een Algemeen Deel zorgt er immers voor dat de onderdelen daarvan niet telkens herhaald hoeven te worden in de rest van het materiële strafrecht (zowel binnen als buiten het wetboek). Zo is een poging tot een misdrijf (art. 45 Sr) in de Nederlandse systematiek in beginsel altijd strafbaar, onder dezelfde voorwaarden. In België bijvoorbeeld wordt in het Strafwetboek telkens per delict vermeld of een poging daartoe strafbaar is. Vanuit wetssystematisch oogpunt lijkt de Nederlandse variant meer aantrekkelijk.

- 10 Smidt I 1891, p. 60.
- 11 De Hullu 2015, p. 63.
- 12 Smidt I 1891, p. 545.
- 13 Men raadplege art. 1 en 1a WED voor een kleine impressie.
- 14 Met name het naoorlogse ordeningsrecht, zoals de WED, heeft hieraan bijgedragen.
- 15 J.M.W. Lindeman, 'De zwakste schakel. Enkele gevolgen van het stelsel van gelede normstellingen', *Tijdschrift voor onderneming en strafrecht* 2004, afl. 3/4, p. 78-83.
- 16 Zie bijvoorbeeld: HR 24 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:712, en de A-G hierover in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2015:224), i.h.b. § 8; zie voor een recent arrest van de Hoge Raad inzake deze problematiek: HR

31 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:115.

- 17 Zie voor een zeldzaam voorbeeld van een geslaagd verweer op grond van het lex certa-beginsel (een deel-beginsel van het legaliteitsbeginsel): Rb. Amsterdam 9 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1199; J.S. Nan, 'Noot bij Rb. Amsterdam 9 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1199', *TBS&H* 2016, afl. 3, p. 179-182. Vanuit het perspectief van rechtsvorming is het jammer dat geen van de partijen in deze zaak hoger beroep heeft aangetekend.
- 18 Zie voor meer voorbeelden: Kristen, Lamp, Lindeman & Luchtman 2011, H.12-15.
- 19 P.A.H. Bos, 'Osmose tussen het economische en commune strafrecht', *SEW* 1976, p. 381-387; M. Wladimiroff, 'Hoe apart is economisch strafrecht, een evaluatie', in: M. Wladimiroff (red.), *Facetten van economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 183-196.
- 20 Dit kwam via art. 15 WED terecht in het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht (art. 51 Sr).
- 21 Dit kwam via het *IJzerdraad*-arrest, HR 23 februari 1954, *NJ* 1954/378, dat zich afspeelde in de context van een bijzondere wet, terecht in het commune strafrecht.