

3 | Het mildheidsgebod in het Europees strafrecht

Judit Altena ▪

3.1 INLEIDING

‘Tot de brandende problemen van deze tijd kan zeker niet het overgangsrecht gerekend worden.’¹ Het is een op het eerste gezicht curieuze ouverture voor een proefschrift dat geheel gewijd is aan het overgangsrecht. Knigge, de auteur van dat proefschrift, meende echter vooral dat het overgangsrecht een probleem van *alle* tijden is. Die stelling is in ieder geval waar gebleken voor de afgelopen dertig jaar sinds het verschijnen van het proefschrift. Het hedendaagse strafrecht wordt onder meer gekenmerkt door een toenemende invloed van het recht van de Europese Unie, en die invloed heeft ook gevolgen voor het strafrechtelijk overgangsrecht. In deze bijdrage staan de gevolgen van de toenemende Europese invloed voor de toepassing van het mildheidsgebod, ook wel het *lex mitior*-beginsel genoemd, centraal.² Het mildheidsgebod is vervat in artikel 1 lid 2 Sr en luidt: ‘Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor de verdachte gunstigste bepalingen toegepast.’ In de jurisprudentie van de Hoge Raad is bepaald dat dit artikel alleen wordt toegepast indien de wetwijziging voortvloeit uit een gewijzigd inzicht van de wetgever in de strafwaardigheid van de in het verleden begane gedraging: de wetgever moet met andere woorden tot het inzicht zijn gekomen dat de gedraging nooit strafbaar had moeten worden gesteld.³ Het Europees recht kent ook een mildheidsgebod, dat is vervat in artikel 49 lid 1, derde volzin van het Handvest van de Grondrechten van de EU (Hv) en luidt: ‘Indien de wet na het begaan van het strafbare feit in een

▪ J.G.H. Altena is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden. Dit artikel is een bewerking en actualisering van hoofdstuk 8 van haar proefschrift *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2016. Enkele passages uit het boek zijn woordelijk overgenomen in dit artikel.

1 G. Knigge, *Verandering van wetgeving. Beschouwingen over de artt. 4 A.B. en 1 Sr.* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 1.

2 De termen mildheidsgebod en *lex mitior*-beginsel worden in deze bijdrage als inwisselbaar beschouwd.

3 HR 6 januari 1936, ECLI:NL:HR:1936:BG9444, NJ 1936/312, m.nt. W.P.J. Pompe (*Landbouwcrisis*). Voor wijzigingen in het sanctierecht geldt dit criterium inmiddels niet meer (zie paragraaf e.4 van deze bijdrage).

lichtere straf voorziet, moet die worden toegepast.’ Het Handvest bindt de Europese instellingen, alsmede de lidstaten voor zover zij het Unierecht ten uitvoer brengen.⁴

Het Europees recht is onder meer relevant voor de toepassing van het mildheidsgebod indien een wijziging in het Europees recht rechtstreeks invloed heeft op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht, waardoor gedragingen die eerst wel strafbaar waren, dat niet langer zijn. Zo ontvalt bij de toetreding van een nieuwe lidstaat de strafbaarheid aan een reeks gedragingen met betrekking tot die staat: er kan geen sprake meer zijn van illegale immigratie, het ontduiken van invoerrechten, etc.⁵ Daarnaast kan de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid worden beperkt wanneer een verordening in voor de verdachte gunstige zin wordt gewijzigd, terwijl overtreding van de bepalingen van die verordeningen een strafbaar feit oplevert naar Nederlands recht.⁶ Ook richtlijnen kunnen de strafbaarheid aan een gedraging ontnemen.⁷ In al deze situaties wordt niet of niet per se het Nederlandse recht gewijzigd. Is het Nederlandse recht inderdaad niet gewijzigd, dan is de vraag of wijzigingen in het *Europees recht* met terugwerkende kracht moeten of mogen worden toegepast op situaties die zich hebben voorgedaan vóór die wijziging. Enerzijds is denkbaar dat het Europees mildheidsgebod *verplicht* tot toepassing van de gunstigste wet. Anderzijds is denkbaar dat terugwerkende kracht juist *niet toegestaan* is, bijvoorbeeld omdat er een Europeesrechtelijke plicht bestaat tot handhaving van de oude bepaling. Daarnaast kan het Nederlandse mildheidsgebod van artikel 1 lid 2 Sr wellicht de grondslag bieden voor terugwerkende kracht, los van een eventuele Europeesrechtelijke verplichting daartoe.⁸

4 Zie voor een uitleg van het ‘ten uitvoer brengen’ van Unierecht HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), r.o. 16-31.

5 Zie voor een voorbeeld, dat de uitbreiding van het douanegebied door de eenwording van Duitsland betrof, HvJ EG 26 september 1996, zaak C-341/94, ECLI:EU:C:1996:356 (*Allain*). Dit arrest wordt besproken in paragraaf 3.3.

6 Artikel 10.60 van de Wet milieubeheer verbiedt bijvoorbeeld het handelen als bedoeld in artikel 2 sub 35 van de Europese verordening overbrenging van afvalstoffen (EVOA). Voor deze techniek wordt gekozen omdat verordeningen rechtstreeks toepasbaar zijn in het nationale recht en niet mogen worden omgezet in een nationale strafbepaling, zie art. 288 VWEU en HvJ EG 10 oktober 1973, zaak 34/73, ECLI:EU:C:1973:101 (*Variola*), r.o. 10-11.

7 Bijvoorbeeld richtlijn 2003/6/EG inzake handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (inmiddels vervangen door Verordening (EU) 596/2014 en Richtlijn 2014/57/EU) beoogt totale harmonisatie en heeft daarom rechtstreekse werking indien het nationale strafrecht meer gedragingen omvat dan de richtlijn. Zie F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht: een onderzoek naar de grondslag en de werking van het Europese verbod van misbruik van voorwetenschap, met aandacht voor de doorwerking van EG-richtlijnen in het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 105-213, m.n. 210-213.

8 Eventueel door middel van een analogische toepassing van art. 1 lid 2 Sr. Of een ‘verandering in de wetgeving’ ook een verandering in niet-Nederlands recht kan inhouden is op basis van de wetsgeschiedenis namelijk niet met zekerheid te zeggen.

Ook wanneer het Nederlandse recht wel is gewijzigd, bijvoorbeeld met de omzetting van een richtlijn in nationaal recht, rijst de vraag of voor de verdachte gunstige wijzigingen met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast. Ook op die situaties is zowel het Handvest als artikel 1 lid 2 Sr in potentie van toepassing. Met betrekking tot de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr rijst echter een bijzondere vraag. In het Nederlandse recht wordt, zoals zojuist al kort aangegeven, de gunstiger wet alleen met terugwerkende kracht toegepast indien de wetswijziging is ingegeven door een gewijzigd inzicht van de wetgever. Kan daarvan wel sprake zijn wanneer de nationale wetgever *verplicht* was tot wetswijziging op grond van het Europees recht? Kan het inzicht van de nationale wetgever überhaupt leidend zijn, wanneer dat inzicht niet bepalend is voor de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid?

Het doel van deze bijdrage is om op systematische wijze te kijken naar de eisen die het Europees recht stelt aan de toepassing van het mildheidsgebod en op welke wijze de Nederlandse strafrechter omgaat en zou kunnen omgaan met overgangsrechtelijke vragen in het Europees strafrecht. De Europese en Nederlandse conceptie van het mildheidsgebod worden geanalyseerd aan de hand van een drietal aspecten van het mildheidsgebod: de status, de ratio en de reikwijdte. Dit analytisch kader wordt kort uiteengezet in de volgende paragraaf. Aan de hand van die drie aspecten wordt daarna in § 3.3 eerst de invulling van het Europeesrechtelijke mildheidsgebod geschetst, onder andere op basis van het recent gewezen *Paoletti*-arrest. Vervolgens wordt in § 3.4 besproken hoe de Nederlandse rechter het mildheidsgebod uitlegt. Daarbij gaat het zowel om de uitleg van artikel 1 lid 2 Sr als om de uitleg die door de Hoge Raad wordt gegeven aan het Europees mildheidsgebod. Vanaf § 3.5 komt de toepassing van het mildheidsgebod door de Nederlandse strafrechter aan bod. Daarbij worden achtereenvolgens de twee hierboven beschreven situaties onderzocht: het geval dat er géén wetswijziging in het Nederlandse recht heeft plaatsgevonden en dus alleen het Europees recht voor toepassing met terugwerkende kracht in aanmerking komt (§ 3.5), en het geval dat het Europees recht wél is omgezet en vooral de vraag is hoe het criterium van het gewijzigd inzicht moet worden toegepast (§ 3.6). Dat leidt tot de constatering dat rechters niet op eenvormige en systematische wijze omgaan met veranderingen in de regelgeving waarbij het Europees recht direct dan wel indirect een rol speelt. In de laatste inhoudelijke paragraaf, § 3.7, worden daarom enkele suggesties gedaan voor de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr in het Europees strafrecht.

3.2 DRIE ASPECTEN VAN HET MILDHEIDSGEBOD: STATUS, RATIO EN REIKWIJDTE

Om verschillende uitwerkingen van het mildheidsgebod in verschillende rechtsordes te kunnen analyseren, worden hier drie verschillende aspecten van het mildheidsgebod onderscheiden: status, ratio en reikwijdte.

Het eerste aspect waarin het mildheidsgebod per rechtsorde kan verschillen is of het een grondwettelijke *status* heeft in de rechtsorde, met andere woorden of het een beleidsbeginsel is of een grondrecht. Als beleidsbeginsel heeft het geen grondwettelijke status, en kan de wetgever naar eigen inzicht bepalen of voor verdachten gunstige wetswijzigingen al dan niet met terugwerkende kracht zullen worden toegepast. Als grondrecht is juist het uitgangspunt dat veranderingen ten gunste van de verdachte in de wetgeving terugwerkende kracht hebben, en daar kan de wetgever hooguit onder voorwaarden en onderworpen aan rechterlijke toetsing van afwijken. Toepassing ervan is dan een recht waarop de verdachte aanspraak kan maken, mogelijk tegen de wens van de wetgever in.

Ten tweede kunnen drie achterliggende *ratio's* van het beginsel worden onderscheiden: een terughoudende strafrechtstoepassing, de drang tot rechtsvernieuwing en het beginsel van proportionaliteit van straffen.⁹ Een eerste mogelijke ratio is de zo terughoudend mogelijke toepassing van het strafrecht. Met name wanneer rechtsbescherming wordt gezien als belangrijkste functie van het strafrecht kan worden bepleit dat de verdachte zoveel mogelijk moet profiteren van wetswijzigingen. Leijten erkende dat deze leer soms onverdiend in het voordeel van de verdachte kon uitvallen, maar vond dat geen reden om de regel af te schaffen. Hij vergeleek het met het opstellen van een tekortschietende tenlastelegging door het OM (wat destijds nog niet gerepareerd kon worden), waarbij 'we toch ook geen aanvechting [hebben] om Barbertje desondanks maar te laten hangen?'¹⁰ Deze ratio was eerder wel te vinden in het Nederlandse recht,¹¹ maar speelt in het hedendaagse Nederlandse strafrecht – dat door weinig mensen wordt gezien als louter rechtsbeschermend van aard – geen rol van betekenis. De rechtsvernieuwing ziet op de natuurlijke drang om nieuwe inzichten met betrekking tot strafbaarheid zo snel mogelijk te verwezenlijken. Indien de nieuwe wettelijke situatie gunstiger is voor de verdachte, bestaan er uit rechtszekerheidsoogpunt geen bezwaren tegen het

9 De belangrijkste literatuur op dit punt is afkomstig van Knigge, zie G. Knigge, *Verandering van wetgeving. Beschouwingen over de artt. 4 A.B. en 1 Sr.* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984, m.n. p. 316-319 en Knigge in zijn vordering tot cassatie in het belang der wet voor HR 12 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP6878, NJ 2012/78 m.nt. Keijzer, punt 8 (hierna verkort: concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78).

10 Zie concl. A-G J.C.M. Leijten bij HR 20 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC1755, NJ 1992/322, m.nt. G. Knigge (*Tilburgse wapenhandelaar*) en de bespreking daarvan in C.M. Pelser, *De naam van het feit. Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 212.

11 Zie Pelser 1995, p. 212 met verwijzingen.

toepassen van de latere wet. De doelen die de wetgever nastreeft met het strafrecht zijn in deze gedachtegang leidend bij de beslissing om de mildere wet al dan niet toe te passen. De gevolgen voor de burger zijn, zolang de rechtszekerheid is gewaarborgd, daaraan ondergeschikt. De derde onderbouwing is gelegen in de proportionaliteit van sancties: indien een feit niet meer strafbaar is of de strafmaat naar beneden is bijgesteld, is toepassing van de oude bepaling of strafmaat niet langer noodzakelijk – kennelijk kan inmiddels worden volstaan met geen of een lagere straf.¹² In Frankrijk werd het mildheidsgebod, voordat het werd neergelegd in de Code Pénal, rechtstreeks afgeleid uit art. 8 van de *Déclaration des droits de l'homme* uit 1789 waarin is bepaald dat de wet slechts straffen mag voorschrijven die kennelijk noodzakelijk zijn.¹³ De focus ligt bij deze ratio niet op de doelen die met het strafrecht worden nagestreefd door de wetgever, dus de instrumentele functie van het strafrecht, maar op de rechtsbescherming van de burger tegen disproportionele of niet-noodzakelijke straffen. Het gaat bij de verschillende ratio's niet om een zuivere tegenstelling, maar om een accentverschil: de ratio van de rechtsvernieuwing legt het accent bij het subjectieve strafwaardigheidsoordeel van de wetgever, de ratio van de proportionaliteit van straffen bij een objectieve(re) beoordeling van de straf door de rechter. Geheel onafhankelijk van de wetgever is dat oordeel echter evenmin: de strafoplegging wordt geacht disproportioneel te zijn gezien de decriminalisering van de gedraging of de verlaging van de strafmaat.¹⁴

Ten derde is het mildheidsgebod zelden of nooit op alle wetswijzigingen van toepassing; de *reikwijdte* ervan wordt afgebakend door voorwaarden te stellen aan de wetswijziging. In de Nederlandse literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen een materiële en een formele leer.¹⁵ Volgens de materiële leer kunnen alle wijzigingen die invloed hebben op de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid met terugwerkende kracht worden toegepast, ook al is de strafbepaling zelf niet veranderd. Een voorbeeld is het verlagen van de civiele meerderjarigheidsgrens van 23 naar 21 jaar, hetgeen gevolgen had voor de reikwijdte van delicten waarbij minderjarigheid van het slachtoffer bestanddeel is (zoals sommige zedendelicten). De Hoge Raad zag een dergelijke wijziging als een 'verandering in de wetgeving' die met terugwerkende kracht

12 Dit wordt uitgebreid besproken in concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78, punt 8.

13 F. Desportes en F. le Gunhec, *Droit Pénal Général*, Parijs: Economica 2007, p. 281-283. Artikel 8 luidt: 'La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.'

14 Vóór de wetswijziging werd de straf immers nog niet disproportioneel geacht. Het oordeel over de proportionaliteit van de straf is in een dergelijke situatie afhankelijk van het geldende recht. Zie ook concl. A-G Knigge bij NJ 2013/78, punt 8.7.

15 Knigge 1984, p. 424-425; J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 131-132; Pelser 1995, p. 192-193; M.S. Groenhuisen, 'De Tilburgse wapenhandelaar en De ongehoorzame militair', *Ars Aequi* 1993, p. 305-306.

kan leiden tot het vervallen van de strafbaarheid.¹⁶ In de formele leer is de reikwijdte beperkt tot wijzigingen in het materiële strafrecht. Inmiddels kan naast de formele leer een nog beperktere leer worden onderscheiden: de sanctieleer. Volgens de sanctieleer vallen alleen wijzigingen in het sanctierecht (zowel de strafmaat als algemene bepalingen over straffen) onder de reikwijdte van het mildheidsgebod. Naast de herkomst van de wet die gewijzigd wordt, is vaak ook de reden van wetswijziging relevant. Voorbeelden daarvan zijn de eis dat de wijziging niet uitsluitend is ingegeven door gewijzigde omstandigheden (Denemarken, art. 1 lid 3 Straffeloven) of dat de bepaling die is afgeschaft niet een tijdelijke bepaling was (de zogenaamde *Zeitgesetze* in Duitsland, § 2(4) Strafgesetzbuch). Ook de in het Nederlands recht gestelde voorwaarde dat de wetswijziging moet voortvloeien uit een gewijzigd inzicht van de wetgever inzake de strafwaardigheid van de gedraging vormt een beperking van de reikwijdte.

Knigge heeft gewezen op het bestaan van een zekere samenhang tussen de status en de ratio van het gebod.¹⁷ De ratio van rechtsvernieuwing leidt tot een sterke oriëntatie op de wil van de wetgever. Dat is geen probleem wanneer het mildheidsgebod een beleidsbeginsel betreft, waarbij de wetgever gaat over het al dan niet toepassen daarvan. Wanneer het beginsel echter de status krijgt van grondrecht, dan vraagt dat om een actievere rol van de strafrechter. De wens tot rechtsvernieuwing kan niet verklaren waarom een verdachte een recht zou hebben op toepassing van de gewijzigde wet. Het beginsel van proportionaliteit van straffen kan dat wel. Dat leidt wellicht niet tot hele grote praktische verschillen, maar wel tot een ‘accentverschil’ en een verschillende rol voor de rechter.¹⁸

3.3 DE STATUS, RATIO EN REIKWIJDTE VAN HET MILDHEIDSGEBOD IN HET EU-RECHT

Het beginsel van terugwerkende kracht van voor de verdachte gunstige wetswijzigingen is erkend als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht in het *Berlusconi*-arrest en neergelegd in artikel 49 lid 1 Hv.¹⁹ Het moet daarom in ieder geval worden nageleefd door de lidstaten bij de rechtstreekse toepassing van richtlijnen en verordeningen in het strafrecht, en bij de toepassing van nationale strafbepalingen die richtlijnen omzetten of verordeningen tenuitvoerleggen. Lange tijd bestond grote onzekerheid over de basale kenmerken

16 HR 3 december 1906, W. 1907/8468 (*Venlose koppelaarster*).

17 Concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78, punt 8.

18 Concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78, punt 8.

19 HvJ EG 3 mei 2005, gevoegde zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*), r.o. 67-69; Artikel 49 lid 1 Hv.

van dit beginsel.²⁰ Recent heeft het Hof van Justitie in het *Paoletti*-arrest voor een gedeeltelijke verduidelijking daarvan gezorgd.

Wat duidelijk is en ook al langer was, is de *status* van het mildheidsgebod in het Europees recht: het is een grondrecht.²¹ Het 'beginsel van retroactieve toepassing van de lichtste straf' is volgens het Hof gemeenschappelijk aan de constitutionele tradities van de lidstaten en maakt als zodanig deel uit van de *catalogus* van grondrechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert.²² Sinds 1 december 2009 is het Handvest bindend en kunnen individuen zich erop beroepen voor de nationale rechter. Het is dus meer dan een beleidsbeginsel waarvan de nationale wetgever naar believen kan afwijken; het bindt de nationale wetgever, en de nationale rechter moet de toepassing ervan verzekeren. Afwijken van het Handvest in het nationale recht is wellicht wel mogelijk, mits de afwijking voldoet aan de voorwaarden van artikel 52 lid 1 Hv. Die mogelijkheid zal later besproken worden.

Over de *ratio* van het mildheidsgebod gaf het Hof van Justitie in het *Berlusconi*-arrest geen nadere overwegingen.²³ Ik heb eerder uit feit feit dat het Hof het mildheidsgebod schaaft onder de grondrechten afgeleid dat de ratio hoogstwaarschijnlijk gelegen zou zijn in de proportionaliteit van straffen.²⁴ In het *Paoletti*-arrest van 6 oktober 2016 stelt het Hof van Justitie echter dat de toepassing van de mildere strafbepaling 'berust op de constatering dat de wetgever van opvatting is veranderd'.²⁵ Met deze overweging kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de hierboven geschetste gedachte dat een grondrechtelijke status van het mildheidsgebod het beste kan worden verklaard met een verwijzing van de proportionaliteit van straffen. Een mogelijke oplossing had nog kunnen zijn dat het niet de nationale, maar de Europese wetgever moet zijn die van opvatting is veranderd (zoals voorgesteld door Kokott²⁶), ware het niet dat in de zaak *Berlusconi* alleen de opvatting van de nationale wetgever was gewijzigd, en toch het mildheidsgebod van toepassing werd geacht. Kennelijk is voor het Hof toch de bedoeling van de wetgever leidend.

20 Zie Altena-Davidsen 2016, p. 316-334.

21 In die zin ook H. Satzger, 'Der europarechtlich bedingte Bedeutungszuwachs der Meistbegünstigungsklausel (§ 2 Abs. 3 StGB)', in M. Heger e.a., *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München: Beck 2014, p. 411-412; A. Biondi & R. Mastroianni in hun annotatie bij het *Berlusconi*-arrest, *Common Market Law Review* 2006, p. 556; A. Prechal en R.H. van Ooik in hun annotatie, *SEW* 2005, p. 446.

22 HvJ EG 3 mei 2005, gevoegde zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*), r.o. 67-69.

23 De conclusie van A-G Kokott bevat enkele interessante opmerkingen over de ratio, maar die conclusie wordt niet gevolgd door het Hof.

24 Altena-Davidsen 2016, p. 327-331.

25 HvJ EU 6 oktober 2016, C-218/15, ECLI:EU:C:2016:748 (*Paoletti*), r.o. 27.

26 Concl. A-G J. Kokott bij HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 (*Berlusconi*), par. 139-169.

Ook de *reikwijdte* van het mildheidsgebod is opgehelderd in het *Paoletti*-arrest. Het mildheidsgebod moet worden toegepast indien de wetgever is veranderd van opvatting ‘met betrekking tot hetzij de strafrechtelijke kwalificatie van feiten hetzij de op een strafbaar feit toe te passen straf.’²⁷ Dit betekent in mijn optiek dat een formele leer wordt gehanteerd, waarbij het mildheidsgebod kan worden toegepast op alle wijzigingen van materieel strafrecht, maar niet op wijzigingen daarbuiten. In de *Paoletti*-casus, waarin de wetswijziging bestond uit toetreding van Roemenië en Bulgarije waardoor de strafbaarheid ontviel aan bepaalde strafbare feiten verbonden met illegale binnenkomst en illegaal verblijf, was het mildheidsgebod daarom niet van toepassing. Op basis van het arrest wordt mij niet helemaal duidelijk of toepassing van het mildheidsgebod in dit geval alleen niet is verplicht, of ook niet is toegestaan. In punt 32 schrijft het Hof:

‘Het enkele feit dat deze derdelanders na hun illegale binnenkomst Unieburgers zijn geworden wegens de toetreding van hun staat van herkomst tot de Unie, kan niet van invloed zijn op het verloop van strafprocedures die zijn ingeleid tegen deze personen die hulp verlenen bij illegale immigratie [curs. JGHA].’²⁸

En in de daaropvolgende overweging:

‘Deze verwerving van het Unieburgerschap vormt immers een feitelijke situatie die de bestanddelen van het delict van hulpverlening bij illegale immigratie niet kan wijzigen [curs. JGHA].’²⁹

Aangezien lidstaten verplicht zijn tot effectieve handhaving van bepalingen met betrekking tot illegale immigratie, ligt het ook wel voor de hand om beperkingen te stellen aan de toepassing van het mildheidsgebod. Tegelijkertijd meldt het Hof van Justitie in de beantwoording van de prejudiciële vraag dat

‘de toetreding van een staat tot de Unie er niet aan in de weg staat dat een andere lidstaat een strafrechtelijke sanctie kan opleggen aan personen die vóór deze toetreding het strafbare feit van hulpverlening bij de illegale immigratie van onderdanen van eerstbedoelde staat hebben gepleegd.’³⁰

Hieruit lijkt slechts te volgen dat de lidstaat de gedragingen alsnog *mag* bestraffen, maar niet dat hij dat ook *moet* doen. Het Europees mildheidsgebod is in ieder geval kennelijk niet van toepassing in deze casus, zo blijkt ook uit

27 HvJ EU 6 oktober 2016, C-218/15, ECLI:EU:C:2016:748 (*Paoletti*), r.o. 27.

28 HvJ EU 6 oktober 2016, C-218/15, ECLI:EU:C:2016:748 (*Paoletti*), r.o. 32.

29 HvJ EU 6 oktober 2016, C-218/15, ECLI:EU:C:2016:748 (*Paoletti*), r.o. 33. Deze passage doet denken aan r.o. 28-29 van HvJ EG 26 september 1996, C-341/94, ECLI:EU:C:1996:356 (*Allain*).

30 HvJ EU 6 oktober 2016, C-218/15, ECLI:EU:C:2016:748 (*Paoletti*), r.o. 42.

de overweging dat met toepassing van het mildheidsgebod 'het omgekeerde [zou] worden bereikt van wat de Uniewetgever voor ogen had.'³¹

Voor een aantal situaties kan met behulp van bovenstaande jurisprudentie met enige zekerheid worden vastgesteld of het mildheidsgebod van toepassing is of niet. Met het *Paoletti*-arrest is in ieder geval duidelijk geworden dat veel wetwijzigingen *niet* onder de reikwijdte van artikel 49 Hv vallen: artikel 49 Hv heeft uitsluitend betrekking op wijzigingen in de delictomschrijving en het sanctierecht. Daarmee zal het gebod primair toepassing vinden bij wijzigingen van nationaal recht, en niet van Europees recht, aangezien delictomschrijvingen en sanctievoorschriften in het nationale recht gelegen zijn (ik bespreek zo dadelijk mogelijke uitzonderingen daarop). Uit het *Berlusconi*-arrest weten we vervolgens dat, indien slechts de nationale wet is gewijzigd, de opvattingen van de *nationale* wetgever leidend zijn, en niet die van de Europese wetgever: de opvatting van de Europese wetgever was immers niet gewijzigd, maar het mildheidsgebod was toch van toepassing. Al met al leidt dat dus toch tot een behoorlijk op de nationale wetgever georiënteerd beginsel, dat zich zoals eerder gezegd niet geheel eenduidig verhoudt tot de status van dat beginsel als grondrecht dat door de wetgever moet worden gerespecteerd.

De recente ontwikkelingen in de jurisprudentie maken het mogelijk weer nieuwe, gedetailleerder vragen te stellen over het mildheidsgebod in het Europees strafrecht. Aan de hand van een drietal vragen zal ik laten zien dat er nog steeds situaties bestaan waarin onzekerheid bestaat over de toepasbaarheid van dat gebod. Die hebben met name te maken met het meerlagige karakter van het Europees strafrecht.

Ten eerste rijst de vraag, al kort opgeworpen in het voorgaande, in hoeverre er mogelijkheden bestaan tot aanvullende toepassing van het nationaal mildheidsgebod indien het Europees mildheidsgebod niet van toepassing is. Met die vraag zal de Italiaanse strafrechter worden geconfronteerd in de *Paoletti*-zaak: bestaat er nog ruimte voor toepassing van het Italiaanse mildheidsgebod? Een dergelijke toepassing zou waarschijnlijk leiden tot een schending van de plicht tot effectieve handhaving, maar is toepassing daarmee ook onmogelijk? Een enigszins hiermee verbonden vraag is of toepassing van het mildheidsgebod toelaatbaar is indien de latere strafwet in strijd is met het Europees recht, niet zijnde een richtlijn of kaderbesluit. In het *Berlusconi*-arrest oordeelde het Hof van Justitie dat buitentoepassinglating van de gunstiger strafwet wegens strijd met de richtlijn ontoelaatbaar was aangezien richtlijnen niet het effect mogen hebben dat zij de strafrechtelijke aansprakelijkheid verzwaren. Zou dit oordeel hetzelfde hebben geluid indien er sprake was geweest van strijd met bijvoorbeeld artikel 325 lid 4 VWEU? In het recente *Taricco*-arrest bleek

31 HvJ EU 6 oktober 2016, C-218/15, ECLI:EU:C:2016:748 (*Paoletti*), r.o. 36.

dat het Hof van Justitie vindt dat met artikel 325 lid 4 VWEU strijdige bepalingen buiten toepassing moeten worden gelaten. Dit geldt ook voor strafrechtelijke bepalingen, zolang daardoor geen strijd met artikel 49 Hv ontstaat, hetgeen in de zaak *Taricco* niet het geval was, aangezien daaruit niet

‘een veroordeling van de verdachten wegens een handelen of nalaten dat ten tijde van dat handelen of nalaten geen strafbaar feit vormde waarop naar nationaal recht een strafsanctie stond (zie naar analogie arrest *Niselli*, C-457/02, EU:C:2004:707, punt 30) volgen, noch toepassing van een sanctie waarin op datzelfde tijdstip naar nationaal recht niet was voorzien. Integendeel, de in het hoofdgeding aan de verdachten ten laste gelegde feiten vormden op het tijdstip waarop zij zijn gepleegd, hetzelfde delict en op die feiten stonden dezelfde strafsancties als die welke thans gelden.’³²

Ook in de zaak *Paoletti* zou, indien de latere strafbepaling buiten toepassing zou worden gelaten, de veroordeling kunnen worden gebaseerd op het recht zoals het gold ten tijde van het begaan van de gedraging, en in zoverre bestaat er geen strijd met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Tegelijkertijd benadrukt het Hof dat in *Taricco* de veroordeling niet alleen in lijn zou zijn met het toentertijd geldende recht, maar ook met het thans geldende recht, en in zoverre kan de uit het *Berlusconi*-arrest voortvloeiende vraag (nog steeds) niet met zekerheid worden beantwoord. Diverse auteurs neigen naar voorrang van het mildheidsgebod, ten koste van de doorwerking van het Europees recht.³³ Voor het Nederlandse recht zullen deze beide vragen zich niet snel opdringen, aangezien het toepassingsbereik van artikel 1 lid 2 Sr beperkt is, en zelden tot nooit zal vragen om toepassing van de gunstiger strafwet in weerwil van het Europees recht.

De omgekeerde vraag doet zich ook voor, te weten: bestaat er ruimte voor beperkingen van artikel 49 Hv in het nationale recht? Het Handvest maakt het mogelijk om in het nationale recht beperkingen aan te brengen op de uitoefening van de in het Handvest gegarandeerde rechten. Aan beperkingen van grondrechten worden drie eisen gesteld, die zijn ontwikkeld in de jurisprudentie en gecodificeerd in artikel 52 lid 1 Hv.³⁴ Beperkingen moeten ten eerste bij wet gesteld zijn. Ten tweede moeten ze de wezenlijke inhoud van het grondrecht eerbiedigen. Ten derde moeten beperkingen evenredig zijn, hetgeen volgens artikel 52 lid 1 Hv zo is ‘indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang

32 HvJ EU 8 september 2015, C-104/14, ECLI:EU:C:2015:555 (*Taricco*), r.o. 56.

33 A. Prechal en R.H. van Ooik in hun annotatie, *SEW* 2005, p. 446; M. Dougan, ‘From the Velvet Glove to the Iron Fist: Criminal Sanctions for the Enforcement of Union Law’, in M. Cremona (red.), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 125-127.

34 Zie onder meer HvJ EG 13 juli 1989, zaak 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 (*Wachauf*), m.n. r.o. 18.

of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’ Deze bepaling wordt in de jurisprudentie aldus uitgelegd dat eerst wordt gekeken of de beperking geschikt is om het gestelde doel te bereiken, en vervolgens of de beperking niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.³⁵ De ‘wezenlijke inhoud’ van het beginsel, kennelijk bestaande uit de bescherming tegen bestraffing in weerwil van een veranderde opvatting van de wetgever, zal in de regel niet worden aangetast indien het mildheidsgebod wordt uitgezonderd bij wijzigingen die uitsluitend hun grond vinden in gewijzigde omstandigheden. De handhaving van het Unierecht zal daarnaast een door de Unie erkende doelstelling zijn. In de praktijk blijkt dat in het Europees recht de terugwerkende kracht van wetswijzigingen soms wordt beperkt.³⁶ Een (bij wet geregelde) beperking van terugwerkende kracht met het oog op handhaving van het Unierecht lijkt mij daarom in potentie toelaatbaar op grond van dit artikel.³⁷

Ten derde is zelfs met het aannemen van de formele leer ten aanzien van de reikwijdte van het mildheidsgebod de reikwijdte in de context van het Europees strafrecht niet geheel opgehelderd. Uit het *Paoletti*-arrest blijkt dat het moet gaan om een wijziging in de bestanddelen van het delict.³⁸ Hoewel strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluitend in het nationale recht wordt gevestigd en niet in het Europees recht, kan Europees recht wel van invloed zijn op de delictomschrijving van een strafbepaling.³⁹ Dat is het geval wanneer een strafbepaling (gedeeltelijk) buiten toepassing moet worden gelaten wegens strijd met het Europees recht, en wanneer een nationale strafbepaling voor de gedragsnorm verwijst naar een bepaling uit het Europees recht. Dat laatste doet zich bijvoorbeeld voor in de Wet op de Economische Delicten, waarin handelen in strijd met enkele bepalingen van de Europese Afvalstoffenverordening strafbaar wordt gesteld.⁴⁰ In die gevallen meen ik dat materieel sprake kan zijn van een wijziging in de bestanddelen van een delict, zonder

35 HvJ EU 8 april 2014, zaak C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), r.o. 46, met verwijzingen naar eerdere rechtspraak.

36 Zie voor voorbeelden Altena-Davidsen 2016, p. 332-334.

37 Zie in dezelfde zin Satzger 2014, p. 412. Een mogelijk tegenargument zou kunnen zijn dat de beperkingssystematiek van het EVRM geen beperkingen op artikel 7 EVRM toestaat, terwijl artikel 49 Hv met dat artikel correspondeert. Op het moment dat het Handvest bindend werd maakte het mildheidsgebod echter nog geen deel uit van artikel 7 EVRM. Hoewel het EHRM het mildheidsgebod heeft ‘ingelesen’ in artikel 7 EVRM, lijkt mij bovendien ook in die context verdedigbaar dat toepassing van het mildheidsgebod niet in alle gevallen verplicht is, anders dan de toepassing van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Zie in die zin ook concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78, m.n. punt 9.9.

38 HvJ EU 6 oktober 2016, C-218/15, ECLI:EU:C:2016:748 (*Paoletti*), r.o. 31, 33, 35.

39 Ik maak bij de analyse van strafbepalingen in navolging van Koopmans e.a. onderscheid tussen de delictomschrijving, die weer bestaat uit de gedragsomschrijving en de strafbaarstelling, en de sanctienorm. Zie Altena-Davidsen 2016, p. 99-100; F.A.J. Koopmans/F.W. Bleichrodt, J.H.J. Verbaan & R.J. Verbeek, *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv*, Deventer: Kluwer 2013, p. 35.

40 Art. 1, aanhef en sub b WED. Zie uitgebreid Altena-Davidsen 2016, p. 95-123.

dat de Nederlandse wet is gewijzigd. Voor toepassing van het mildheidsgebod zal dan het inzicht van de Europese wetgever leidend moeten worden geacht. Het Hof van Justitie heeft zich over die situatie echter nog niet kunnen uitspreken. Ik kom hier in paragraaf 3.6 nog op terug.

Resumerend kan worden gesteld dat in het Europees recht het mildheidsgebod een grondrecht is. Wanneer de wet wordt gewijzigd in voor de verdachte gunstige zin, heeft de verdachte recht op toepassing met terugwerkende kracht van de latere bepalingen. Dat geldt ten aanzien van wijzigingen in het gehele materiële strafrecht, maar niet per definitie voor wijzigingen daarbuiten. De grondslag daarvoor is de gewijzigde opvatting van de wetgever. Niettemin zijn er nog veel situaties te bedenken waarin de delictsomschrijving wel is gewijzigd, maar waarin daaraan geen gewijzigde opvatting van de wetgever over het strafbare feit ten grondslag ligt. Voor die situaties biedt mogelijk artikel 52 lid 1 Hv een uitweg in de vorm van een wettelijke regel van overgangsrecht waarbij de terugwerkende kracht van een wetswijziging wordt beperkt.

3.4 DE STATUS, RATIO EN REIKWIJDTE VAN HET MILDHEIDSGEBOD IN HET NEDERLANDSE RECHT

In het voorgaande is het mildheidsgebod vanuit Europees perspectief bekeken. Nu verschuift de focus naar de wijze waarop de Nederlandse rechter omgaat met overgangsrechtelijke kwesties die onder de reikwijdte van het Europees recht vallen. Daartoe wordt in deze paragraaf eerst een kort algemeen (dus niet op het Europees recht georiënteerd) overzicht gegeven van de status, ratio en reikwijdte van het mildheidsgebod in Nederland.

De *status* van het mildheidsgebod in het Nederlandse recht is in oorsprong die van een beleidsbeginsel; het is verankerd in artikel 1 Wetboek van Strafrecht, maar niet in de Grondwet.⁴¹ Er kan van worden afgeweken door de wetgever met een wettelijke overgangsbepaling, en in Nederland kan ook de rechter bepalen – met een beroep op de wil van de wetgever – dat de oude bepaling van toepassing blijft op vóór de wetswijziging gepleegde feiten. De rechter mag niet afwijken van door de wetgever geformuleerd overgangsrecht. De drang tot rechtsvernieuwing wordt gezien als de *ratio* achter het Nederlandse artikel 1 lid 2 Sr.⁴² De *reikwijdte* van het Nederlandse beginsel wordt aangeduid als de ‘beperkt materiële leer’: alle wetswijzigingen, ook die buiten het

41 Dat zegt natuurlijk niet alles, want ook het legaliteitsbeginsel is pas met de herziening van 1983 in de Grondwet verankerd. Niettemin werd het daarvoor reeds grondrechtelijke status toegedicht, in die zin dat ook toen de wetgever er niet van kon afwijken.

42 Knigge 1984, m.n. p. 316-319, en in navolging daarvan bijvoorbeeld Pelser 1995, p. 191-192; De Hullu 2015, p. 131.

strafrecht, kunnen met terugwerkende kracht worden verleend, mits zij voortvloeien uit een gewijzigd inzicht in de strafwaardigheid van de in het verleden begane gedraging.⁴³ Naar hun aard tijdelijke voorschriften waren daarnaast uitgezonderd van artikel 1 lid 2 Sr, zo blijkt in de memorie van toelichting op dat artikel.⁴⁴

In de literatuur en praktijk kwam, met name sinds de erkenning van het mildheidsgebod door het EHRM in 2009,⁴⁵ meermalen de vraag op of de Nederlandse vormgeving van het mildheidsgebod wel verenigbaar is met codificaties van het gebod in internationale mensenrechtenverdragen (naast het EVRM het IVBPR en het Hv), op grond van de hierboven in § 3.2 reeds besproken samenhang tussen status en ratio. Het Nederlandse mildheidsgebod is als aangegeven een beleidsbeginsel, dat grote vrijheid laat aan de wetgever die naar goedgevoelens overgangsrecht kan creëren. De ratio van rechtsvernieuwing, die leidt tot een exclusieve oriëntatie op de bedoelingen van de wetgever met de wetswijziging, en de beginselstatus van het Nederlandse gebod, zijn niet zonder meer verenigbaar met deze internationale verdragen. Grondrechten vormen immers juist een toetsingskader voor het handelen van (onder andere) de wetgever. Volgens Knigge kan daarom de wens tot rechtsvernieuwing niet verklaren hoe Nederland, waaronder mede verstaan de Nederlandse wetgever, gebonden is aan een internationaal *lex mitior*-beginsel, waaraan verdachten een recht kunnen ontnemen dat tegen de wetgever kan worden ingeroepen.⁴⁶ Met andere woorden, de verwezenlijking van een internationaal grondrecht kan niet geheel afhankelijk worden gemaakt van de inzichten van de nationale wetgever. In 2012 werd de interpretatie van het Nederlandse mildheidsgebod door de Hoge Raad herzien, op instigatie van Knigge die als advocaat-generaal een vordering indiende tot cassatie in het belang der wet.⁴⁷ Knigge verklaarde het bestaan van een internationaal vastgelegd mildheidsgebod met het beginsel van proportionaliteit van straffen, dat deel uitmaakt van het Handvest, het EVRM en het IVBPR.⁴⁸ Het mildheidsgebod kan in zijn visie worden geconstrueerd als een weerlegbaar rechtsvermoeden dat bij wetswijzigingen ten gunste van de verdachte bestraffing op grond van de oude wet disproportioneel is.⁴⁹ Bij veranderingen in het sanctierecht, waar volgens Knigge de kern van het internationale mildheidsgebod ligt,⁵⁰ zal dat vermoeden lastig weerlegbaar zijn en moet in de regel de mildere sanctie worden toegepast. Of het internatio-

43 HR 3 december 1906, W. 1907/8468 (*Venlose koppelaarster*).

44 H.J. Smidt & J.W. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz., Eerste deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1901, p. 119-120.

45 EHRM 17 september 2009, nr. 10249/03 (*Scoppola t. Italië 2*).

46 Concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78, punt 8, m.n. punt 8.5.

47 HR 12 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP6878, NJ 2012/78 m.nt. Keijzer.

48 Concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78, punt 8, m.n. punt 8.10-8.11.

49 Concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78, punt 8.14-8.15.

50 Concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78, punt 9.4.

nale *lex mitior*-gebod ook van toepassing is op wijzigingen in de delictsomschrijving achtte hij destijds ten aanzien van het IVBPR onwaarschijnlijk en ten aanzien van het Handvest en het EVRM onzeker.⁵¹ Bij wijzigingen in de delictsomschrijving zal in ieder geval het rechtsvermoeden minder sterk zijn, en kan zelfs toepassing van de latere wet op gespannen voet staan met de doelstellingen van het EVRM en de EU.⁵² Het EVRM verplicht volgens Knigge niet tot ongeclausuleerde toepassing van het mildheidsgebod op alle wijzigingen in delictsomschrijvingen, maar vraagt wel om een andere benadering van de rechter: die kan zich niet zonder meer verlaten op de nationale wetgever, maar moet zich afvragen of voortdurende bestraffing op grond van de oude delictsomschrijving nog steeds noodzakelijk is.⁵³ De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat de toets aan het gewijzigd inzicht achterwege moet blijven wanneer een beroep kan worden gedaan op het mildheidsgebod zoals het is erkend door het EHRM.⁵⁴ Daarbij gaat het volgens de Hoge Raad in het EVRM en in EU-verband ‘in het bijzonder’ om wijzigingen in het sanctierecht.⁵⁵ Bij wijzigingen in het sanctierecht wordt daarom niet langer getoetst aan het criterium van gewijzigd inzicht. Wettelijke overgangsbepalingen die met de internationale regelgeving in strijd zijn, zullen buiten toepassing worden gelaten. Ten aanzien van wijzigingen in de delictsomschrijvingen houdt de Hoge Raad echter vast aan de bestaande leer.⁵⁶

Inmiddels is duidelijk geworden dat het mildheidsgebod in de context van het EU-recht wel degelijk ook betrekking heeft op wijzigingen in de delictsomschrijvingen. Toch staat daarmee mijns inziens niet onomstotelijk vast dat de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt herziening behoeft. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt niet dat het mildheidsgebod zo sterk is verankerd in het Europees recht dat daarop geen uitzonderingen mogen worden gemaakt. Indien een wetswijziging uitsluitend voortvloeit uit gewijzigde omstandigheden, en de terugwerkende kracht daarvan daarom bij wet wordt uitgesloten, en de oplegging van een straf niet in strijd is met het Europees recht (wellicht juist zelfs wenselijk is met het oog op de effectieve handhaving van Europees recht), dan vloeit voornamelijk niet ontegenzeggelijk dwingend uit het Europees recht voort dat de gunstiger bepaling moet worden toegepast. Zo lang niet onomstotelijk vaststaat dat de rechtspraak moet worden herzien, zal ik daarvoor ook niet pleiten, aangezien de huidige Nederlandse benadering in mijn optiek op goede argumenten is gestoeld.⁵⁷ Het lijkt mij

51 Concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78, punt 9.5-9.9.

52 Concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78, punt 8.15-8.19.

53 Concl. A-G Knigge bij NJ 2012/78, punt 9.5-9.9, 10.1.

54 Te weten in het arrest EHRM 17 september 2009, nr. 10249/03 (*Scoppola t. Italië 2*).

55 HR 12 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP6878, NJ 2012/78 m.nt. Keijzer, r.o. 3.4.

56 HR 12 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP6878, NJ 2012/78 m.nt. Keijzer, r.o. 3.6.2.

57 Zie Altena-Davidsen 2016, p. 314-315 voor een toelichting op dit standpunt. Zie in dezelfde zin de Hoge Raad, HR 12 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP6878, NJ 2012/78 m.nt. Keijzer, r.o. 3.6.2.

wel aanbevelenswaardig de terugwerkende kracht van wetwijzigingen door middel van overgangsrecht in de wettelijke regeling te beperken (en dus niet te vertrouwen op een beperkende uitleg door de rechter), zowel met het oog op de rechtszekerheid als met het oog op de criteria die het Europees recht stelt aan beperkingen van het Handvest.

De bespreking in de hierna volgende paragrafen zal in ieder geval uitgaan van de heersende leer. Dit betekent dat de beoordeling van terugwerkende kracht van wijzigingen buiten het sanctierecht in het actuele Nederlandse strafrecht plaatsvindt op basis van artikel 1 lid 2 Sr.

3.5 DE TOEPASSING DOOR DE NEDERLANDSE STRAFRECHTER VAN HET MILDEIDSGEBOD OP RICHTLIJNEN EN VERORDENINGEN

In deze paragraaf ga ik in op de vraag in hoeverre artikel 1 lid 2 Sr wordt toegepast op wijzigingen van Europees recht, wanneer er geen omzettingwetgeving voorhanden is. In de volgende paragraaf staan gevallen waarin er wel omzettingwetgeving voorhanden is centraal. De rechtspraak is te omvangrijk en te uiteenlopend om hier uitgebreid te beschrijven, daarom volsta ik met enkele hoofdlijnen en beperk ik mij hoofdzakelijk tot de rechtspraak van de Hoge Raad.

In de rechtspraak van de Hoge Raad lijkt zich een impliciete ontwikkeling af te tekenen van een wat gereserveerde naar een meer op het Europees recht georiënteerde benadering. In de jaren negentig beantwoordde de Hoge Raad de vraag naar terugwerkende kracht van Europees recht impliciet negatief: indien feiten waren gepleegd voor het verstrijken van de omzettingstermijn van de richtlijn, werden aan die richtlijn geen rechtsgevolgen verbonden.⁵⁸ De toepassing van artikel 1 lid 2 Sr komt in deze zaken überhaupt niet ter sprake. Dat de Hoge Raad in die gevallen niet koos voor de toepassing van artikel 1 lid 2 Sr leverde enige kritiek op in de literatuur.⁵⁹ Knigge betoogde daarnaast reeds in 1984 in zijn proefschrift dat indien een strafbepaling na het gepleegde feit onverbindend is geworden wegens strijd met een hogere regeling, de latere strafwet – bij gewijzigd inzicht van die hogere wetgever – met terugwerkende kracht kan worden toegepast.⁶⁰ In de gepubliceerde feitenrechtspraak zijn vanaf het jaar 2000 voorbeelden te vinden van casus waarin het Nederlandse recht niet gewijzigd was, maar waarin de rechter toch bekeek

58 HR 3 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:AB8369, NJ 1992/556 (*Chinese Konijnnebouten*); HR 2 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1313, NJ 1999/554, m.nt. T.M. Schalken.

59 D.R. Doorenbos, 'EG-richtlijnen en verandering van wetgeving', *D&D* 1993, p. 671-675; Swart & Mortelmans in hun annotatie bij Hoge Raad 18 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1297, NJ 1994/743.

60 Knigge 1984, p. 484-486. In het geval van strijd met het Europese recht wordt een strafbepaling weliswaar niet onverbindend, maar voor zover de bepaling met Europees recht strijdig is, mag deze niet worden toegepast.

of artikel 1 lid 2 Sr van toepassing zou kunnen zijn.⁶¹ De Hoge Raad heeft in 2012 voor het eerst de mogelijkheid van terugwerkende kracht van Europees recht over de band van artikel 1 lid 2 Sr overwogen. De Hoge Raad paste een overgangsrechtelijke regel toe uit het Europees recht en leidde daaruit af dat de wijziging niet voortvloeide uit een gewijzigd inzicht van de ‘regelgever’.⁶² De Hoge Raad specificeert daarbij niet of op de Europese of op de Nederlandse wetgever wordt gedoeld, maar in het gebruik van het woord ‘regelgever’ in plaats van het gangbare ‘wetgever’ kan wellicht een aanwijzing worden gelezen dat wordt gedoeld op de Europese wetgever – hetgeen ook voor de hand ligt aangezien de overgangsbepaling afkomstig was van de Europese wetgever. In een arrest van een paar maanden later was volgens de advocaat-generaal de te beantwoorden vraag ‘of de implementatie van de nieuwe Kaderrichtlijn afvalstoffen in de Nederlandse wetgeving blijk [sic.] geeft van een gewijzigd inzicht [...]’.⁶³ De Hoge Raad beantwoordde echter een andere vraag: ‘De vervanging van de Richtlijn nr. 2006/12/EG betreffende afvalstoffen (PbEG L 114) door de ‘nieuwe Kaderrichtlijn afvalstoffen’ getuigt tegen de achtergrond van de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.10 weergegeven considerans bij de nieuwe Kaderrichtlijn alsmede in het licht van de onder 5.11 weergegeven wetsgeschiedenis van de Implementatiewet EG-kaderrichtlijn afvalstoffen, niet van een gewijzigd inzicht [...]’.⁶⁴ Volgens de advocaat-generaal stond dus de terugwerkende kracht van de omzettingwetgeving ter discussie, maar de Hoge Raad kijkt naar de wetwijziging op EU-niveau – ondanks het feit dat ook het Nederlandse recht was gewijzigd.

Er hebben zich dus enkele zaken voorgedaan waarin de rechter op grond van artikel 1 lid 2 Sr overweegt of een wijziging van Europees recht voortvloeit uit een gewijzigd inzicht in de strafwaardigheid van de gedraging, al moet worden opgemerkt dat dit in de rechtspraak van de Hoge Raad slechts zeer impliciet is geschied. Tot een geslaagd beroep op het mildheidsgebod heeft dit overigens nog niet geleid.⁶⁵

61 Rb Rotterdam 10 maart 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AA5069; Hof Arnhem 14 april 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AX5876.

62 HR 10 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP7858, NJ 2012/46. De sanctienorm in het Nederlandse recht was echter ook gewijzigd. Met een verwijzing naar ECLI:NL:HR:2011:BP6878, NJ 2012/78 past de Hoge Raad wel de nieuwe bepaling uit de WED toe.

63 Concl. A-G A. Machielse bij HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3988, par. 5.9 (curs. JGHA).

64 HR 17 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3988, r.o. 3.2.3 (curs. JGHA).

65 Dat kan mogelijk ten dele worden verklaard met het feit dat veel wijzigingen het ordeningsrecht betreffen, dat beoogt de samenleving te ordenen en doorgaans niet gestoeld is op een oordeel over de innerlijke strafwaardigheid van de gedraging. Om die reden is ook wel voorgesteld om het bijzonder strafrecht categorisch uit te sluiten van de werking van het mildheidsgebod. Zie de annotatie van Röling bij HR 28 juni 1960, NJ 1961/196 en Knigge 1984, p. 474-481.

3.6 DE TOETS DOOR DE NEDERLANDSE STRAFRECHTER AAN HET GEWIJZIGD INZICHT VAN DE WETGEVER BIJ OMZETTINGSWETGEVING

Wanneer Europees recht wel is omgezet in het Nederlandse recht, speelt voor de rechter (onder meer) de vraag welke betekenis moet toekomen aan het feit dat de nationale wetgever de wet heeft gewijzigd om uitvoering te geven aan een Europese verplichting, en dus niet eigener beweging tot wijziging is overgegaan. De rechter moet – van wijzigingen buiten het sanctierecht – immers vaststellen of de wetswijziging voortvloeit uit een gewijzigd inzicht in de strafwaardigheid van de gedraging. Omzettingwetgeving vindt primair aanleiding in een Europeesrechtelijke verplichting tot aanpassing van de nationale wet. Kan er dan wel sprake zijn van een gewijzigd inzicht?

Op het punt van terugwerkende kracht van omzettingwetgeving neem ik, anders dan bij de terugwerkende kracht van Europees recht zelf, geen ontwikkeling waar in de jurisprudentie van de Hoge Raad richting een meer op het Europees recht georiënteerde benadering. De Hoge Raad suggereert dat indien een wetswijziging is ingegeven door een plicht tot harmonisatie, niet voldaan is aan het criterium van het gewijzigd inzicht.⁶⁶ Een belangrijk arrest dateert van 2009, waarin de Hoge Raad overweegt:

‘Het middel faalt omdat blijkens de wetsgeschiedenis geen sprake is van een gewijzigd inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van vóór de wetswijziging gepleegde feiten aangezien het gaat om een vanaf de wetswijziging te bewerkstelligen harmonisatie.’⁶⁷

Deze overweging is in de literatuur en jurisprudentie opgevat als categorische uitsluiting van terugwerkende kracht van omzettingwetgeving.⁶⁸ Die is immers per definitie ingegeven door een Europeesrechtelijke verplichting. In een in de vorige paragraaf besproken zaak keek de Hoge Raad echter naar de redenen die aan de *Europese* wetswijziging ten grondslag lagen om de terugwerkende kracht van de *Nederlandse* wetswijziging te beoordelen. Om de aan de Europese wijziging ten grondslag liggende redenen te achterhalen, werd zowel gekeken naar de preambule bij de gewijzigde verordening als

66 HR 1 juli 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0505, NJ 1998/10, m.nt. G. Knigge (*Afgeschafte binnen-grenzen*).

67 HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3301, r.o. 6.4.

68 Zie bijvoorbeeld Rb Haarlem 10 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW4887. Kristen stelt dat door de Hoge Raad ‘een wijziging van een strafbepaling om deze in overeenstemming te brengen met Europees recht niet wordt beschouwd als een verandering van wetgeving die voortspuit uit een gewijzigd inzicht van de wetgever over de strafwaardigheid van het feit’, zie zijn annotatie bij Hof Amsterdam 1 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC7973, JOR 2008/199.

naar de toelichting bij de Nederlandse ministeriële regeling.⁶⁹ Dat duidt erop dat in dat geval het inzicht van de Europese wetgever leidend werd geacht voor de terugwerkende kracht van de nationale regeling. Waar het verschil tussen dat arrest en het hier besproken arrest uit 2009 op berust, is niet geheel duidelijk. Wel was duidelijk dat de omzetting in het arrest uit 2009 ook daadwerkelijk à contrecoeur was geschied en de wetswijziging uitsluitend was ingegeven door de plicht tot harmonisatie. Op dit moment bestaat er derhalve in de jurisprudentie van de Hoge Raad geen volledige helderheid over de vraag wanneer omzettingswetgeving eventueel terugwerkende kracht krijgt.

In de feitenrechtspraak wordt meermalen overwogen dat zowel een gewijzigd inzicht van de Nederlandse als van de Europese wetgever aanleiding kan vormen voor toepassing met terugwerkende kracht. Een voorbeeld hiervan is een zaak uit 2013, waarin het Hof Amsterdam zich van een later enkele malen herhaalde overweging (vanaf ‘Wel dienen’) bedient:

‘De wijziging van de Wte 1995 behelst niet een verandering van inzicht van de Nederlandse wetgever over de strafwaardigheid van het ten laste gelegde zodat aan het bepaalde in artikel 1, tweede lid, Sr geen rechtstreekse betekenis toekomt. Blijkens de wetsgeschiedenis is er geen sprake van een gewijzigd inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van vóór de wetswijziging gepleegde feiten aangezien het gaat om een vanaf de wetswijziging te bewerkstelligen harmonisatie.

Wel dienen – in het licht van de strekking van artikel 1, tweede lid, Sr – eventuele nieuwe inzichten van de communautaire wetgever, zoals deze zouden kunnen blijken uit de richtlijn 2003/71/EG, toepassing te vinden, in ieder geval indien die toepassing een voor de verdachte gunstiger uitkomst oplevert. Van een gewijzigd inzicht van de Europese wetgever omtrent de strafwaardigheid van de gedraging kan evenmin gesproken worden nu de wijziging een vereenvoudiging van een uitzondering op het verbod van aanbidding van effecten zonder prospectus betreft.’⁷⁰

Het hof neemt hier de redenering van de Hoge Raad over inhoudende dat bij de nationale wetgever geen sprake is van een gewijzigd inzicht, omdat de wetgever slechts beoogde aan een harmonisatieverplichting te voldoen. Het hof is echter óók bereid terugwerkende kracht aan het latere (nationale) recht te geven indien daaraan een gewijzigd inzicht van de Europese rechter ten grondslag ligt. De meeste zaken waarin zo expliciet beide niveaus worden beoordeeld betreffen marktmisbruikzaken bij de Rechtbank en het Hof Amster-

69 HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1336, NJ 2002/627, r.o. 3.7: ‘Uit de hiervoor weergegeven tekst van de Preambule bij de Verordening EG nr. 850/98 en de Toelichting op de Regeling technische maatregelen 2000 [een Nederlandse ministeriële regeling, JGHA] volgt dat aan de wijziging van de wetgeving ten grondslag ligt de mogelijkheid tot een betere handhaving van de voorschriften en dat deze niet voortvloeit uit een verandering van inzicht bij de wetgever omtrent de strafwaardigheid van vóór de inwerkingtreding van die Regeling gepleegde overtreding van die voorschriften.’

70 Hof Amsterdam 29 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4352.

dam.⁷¹ In een aantal recente zaken van andere rechterlijke instanties kan inmiddels ook een dergelijke benadering worden waargenomen.⁷² De Hoge Raad heeft deze benadering in zijn arrest uit 2009 echter niet gevolgd.⁷³

De Amsterdamse rechters komen echter in geen enkele zaak tot de conclusie dat aan de nieuwe Wte een gewijzigd inzicht ten grondslag ligt. Dat is opvallend, aangezien Kristen heeft betoogd dat in ieder geval over het naar aanleiding van de latere richtlijn in het Nederlandse recht geïntroduceerde onderscheid tussen primaire en secundaire ingewijden een verschil van inzicht bestond tussen de Nederlandse en de Europese wetgever.⁷⁴ Ten tijde van de richtlijn transacties van ingewijden lag het strafwaardigheidsoordeel bij de nationale wetgever. De nationale wetgever koos ervoor meer gedragingen strafbaar te stellen dan waartoe het Europees recht verplichtte, en omdat de richtlijn slechts minimumharmonisatie beoogde leverde dit geen strijd op met het Europees recht. Dat veranderde met de richtlijn marktmisbruik, die totale harmonisatie bewerkstelligde.⁷⁵ Het Amsterdamse Hof kijkt afzonderlijk naar de Europese en nationale wetgever, en niet naar de wetgevers in relatie tot elkaar. Wanneer naar de wetwijziging op nationaal niveau wordt gekeken, ziet het hof dat de wetwijziging verplicht was op basis van het Europees recht en dat de wetgever geen voorstander leek van de introductie van het onderscheid. De Nederlandse wetgever was verplicht tot harmonisatie en dus niet van inzicht gewijzigd. Wanneer het Hof Amsterdam vervolgens de introductie van de nieuwe richtlijn marktmisbruik bekijkt, komt het tot het oordeel dat de Europese wetgever evenmin van inzicht is gewijzigd, aangezien de nieuwe richtlijn op dit punt inhoudelijk niet van de vorige verschilt. Op beide niveaus is men dus niet van inzicht gewijzigd, maar waar de Nederlandse wetgever eerst kon vasthouden aan zijn eigen inzicht is dat nu niet langer mogelijk. Uit de ratio van de rechtsvernieuwing kan echter ook een andere benadering van dit vraagstuk worden afgeleid waarbij in een dergelijk geval wel terugwerkende kracht wordt verleend; die komt aan de orde in de volgende paragraaf.

71 Zie naast het gegeven voorbeeld Hof Amsterdam 12 juli 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT9894, *JOR* 2005/298 m.nt. M. Nelemans; Rb Amsterdam 19 januari 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AU9945; Rb Amsterdam 3 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI0007, *JOR* 2009/167 m.nt. Nelemans & V.S.Y. Liem; Rb Amsterdam 3 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI0034; Hof Amsterdam 29 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4352.

72 Rb Limburg 14 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:1324; Hof Den Haag 21 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:868 / ECLI:NL:GHSHE:2014:880 / ECLI:NL:GHSHE:2014:884.

73 Het hof had in die zaak ook het inzicht van beide wetgevers onderzocht, zie Hof Amsterdam 27 september 2007 voor zover geciteerd door A-G W.H. Vellinga in zijn conclusie bij HR 6 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ3301, punt 20.4. Wel kan worden gewezen op het eerder besproken arrest HR 17 september 2002, ECLI:NL:HR:2012:AE1336, *NJ* 2002/627.

74 Zie Kristen 2004, p. 375-499, m.n. 495-499 voor het onderscheid tussen primaire en secundaire ingewijden in het Europese recht en de achtergrond daarvan.

75 Kristen 2004, p. 105-213, m.n. 210-213.

3.7 ARTIKEL 1 LID 2 SR EN HET EUROPEES RECHT: ENKELE HANDVATTEN VOOR DE RECHTSPRAKTIJK

Vooralsnog is de stand van zaken in het Nederlandse recht echter aldus dat bij wijzigingen buiten het sanctierecht het Nederlandse mildheidsgebod van artikel 1 lid 2 Sr wordt toegepast. De reikwijdte van het Europese mildheidsgebod van artikel 49 lid 1 Hv is echter ruimer dan tot op heden werd aangenomen door de Hoge Raad. Aanpassing van de jurisprudentie lijkt mij niettemin vooralsnog niet geboden. In deze paragraaf wordt daarom bekeken hoe artikel 1 lid 2 Sr kan worden toegepast in het Europees strafrecht. Daarbij wordt eerst de vraag uit paragraaf 3.5 behandeld, namelijk of Europese regelgeving ook met terugwerkende kracht kan worden toegepast. Daarna ga ik in op de vraag die centraal stond in paragraaf 3.6, te weten hoe het criterium van het gewijzigd inzicht kan worden toegepast op omzettingwetgeving.

Is het wenselijk om Europees recht met terugwerkende kracht toe te passen (althans: met terugwerkende kracht buiten toepassing te laten wegens strijd met een bepaling van Europees recht), indien daaraan de overtuiging ten grondslag ligt dat eerder begane gedragingen niet bestraft zouden moeten worden? Ik zie twee redenen om die vraag bevestigend te beantwoorden.

De belangrijkste reden is direct gelegen in de ratio van de rechtsvernieuwing, die ten grondslag ligt aan artikel 1 lid 2 Sr. Die is gebaseerd op het uitgangspunt dat inzichten die aan de strafwet ten grondslag liggen leidend moeten zijn voor de toepassing ervan. Het punt is dat bij verordeningen, en bij richtlijnen die totale harmonisatie beogen, het strafwaardigheidsoordeel van de nationale wetgever niet zo relevant meer is, en dat van de Europese wetgever wel. Dit argument is verwoord door advocaat-generaal Wortel in één van zijn conclusies:

‘Nu de bevoegdheid tot het formuleren van rechtsnormen, op die terreinen die de Gemeenschappen tot hun competentie (mogen) rekenen, is verschoven van de nationale wetgever naar de Europese instellingen, meen ik dat ook de door de laatsten vastgestelde voorschriften bepalend kunnen zijn voor het antwoord op de vraag of een wetwijziging uiting geeft aan een voor de verdachte gunstige wijziging van inzicht omtrent de strafbaarheid van een tenlastegelegde gedraging.’⁷⁶

Het is de Europese wetgever die bepaalt wat strafbaar moet zijn en (in dit kader) vooral: wat niet strafbaar is. Om die reden is de overweging dat de nationale wetgever niet van inzicht is gewijzigd omdat de wetwijziging is ingegeven door de plicht tot harmonisatie niet afdoende om een beroep op artikel 1 lid 2 Sr af te wijzen. Nu het strafwaardigheidsoordeel dat besloten

76 Concl. A-G J. Wortel bij HR 31 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8021, NJ 2005/458, par. 79.

ligt in de richtlijn bepalend is voor de reikwijdte van strafbaarheid, kan de richtlijn direct worden toegepast voor zover de Europese wetgever dat wenselijk acht.

De tweede reden is negatief: indien Europees recht *niet* met terugwerkende kracht zou kunnen worden toegepast, ontstaat er een onderscheid tussen de werking van zuiver nationale regels en Europeesrechtelijke regels. Indien de rechter de wetswijziging op Europees niveau *niet* als 'verandering van wetgeving' ziet, kan vóór omzetting van het Europees recht geen beroep worden gedaan op de werking van artikel 1 lid 2 Sr – dat veronderstelt immers een verandering van wetgeving, en voordat de richtlijn is omgezet is het nationale recht niet veranderd.⁷⁷ De verdachte wordt een beroep op een bepaling ontnomen, dat hij in een zuiver nationale situatie wel zou hebben. Voor dat onderscheid bestaat geen inhoudelijke rechtvaardiging. Misschien zou zelfs gezegd kunnen worden dat het equivalentiebeginsel noopt tot een mogelijkheid zich op de richtlijn te beroepen, aangezien de verwezenlijking van Europees recht niet aan zwaardere voorwaarden mag worden onderworpen dan nationale bepalingen.⁷⁸

Als het nationale recht wel is gewijzigd, is het niet nodig om terugwerkende kracht van het Europees recht te overwegen. Wel is dan de tweede vraag (besproken in paragraaf 3.6) hoe het criterium van het gewijzigd inzicht van de wetgever moet worden toegepast. Hiervoor is reeds betoogd dat het oordeel van de wetgever die het daadwerkelijk voor het zeggen heeft tot uitgangspunt moet worden genomen. Als de nationale wetgever met de wetswijziging slechts heeft voldaan aan een Europeesrechtelijke plicht, dan moet worden onderzocht waar die plicht op is gebaseerd. De aanpassing van de Wte aan de richtlijn marktmisbruik kan dit illustreren. Doordat het Europees recht aanvankelijk ruimte liet voor het formuleren van ruimere strafbaarstellingen (en Nederland ook van die ruimte gebruik had gemaakt), maar later werd gekozen voor totale harmonisatie, is het relevante strafwaardigheidsoordeel verschoven van de nationale wetgever naar de Europese wetgever. In die gevallen is het niet relevant of het inzicht bij één van die wetgevers is *gewijzigd*, maar of het inzicht dat aan de nieuwe strafbepaling ten grondslag ligt verschilt ten opzichte van het inzicht dat aan de oude strafbepaling ten grondslag lag.⁷⁹ Kortom: of het inzicht van de nationale wetgever dat ten grondslag lag aan de oude Wte, verschilt van het inzicht van de Europese wetgever, dat ten grondslag lag aan de nieuwe Wte. Als de rechter het met Kristen eens is dat dit inderdaad het

77 Een uitzondering daarop wordt gemaakt door advocaat-generaal Wortel in zijn conclusie bij HR 31 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8021, NJ 2005/458, par. 8, waarin hij, hoewel de richtlijn nog niet is omgezet, acht slaat op de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.

78 Over dit beginsel P. P. Craig & G. de Búrca, *EU law: text, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 220-222, 237-240.

79 In die zin begrijp ik ook Kristen 2004, p. 93.

geval is, kan worden gesteld dat aan de wet een gewijzigd (want ‘ander’) inzicht ten grondslag ligt.

Bovenstaande benadering heeft tot gevolg dat niet kan worden volstaan met de constatering dat de Nederlandse wetgever niet op grond van een gewijzigd inzicht, maar op grond van een harmonisatieplicht tot nieuwe wetgeving is gekomen. In die gevallen is namelijk het inzicht van de Europese wetgever leidend. Indien het inzicht van de Europese wetgever voorheen ook al leidend was, moet het huidige inzicht worden vergeleken met het oude inzicht van de Europese wetgever. Indien echter voorheen het inzicht van de nationale wetgever leidend was, moet de rechter oordelen of aan de wetswijziging een ander inzicht omtrent de strafwaardigheid van de gedraging ten grondslag ligt dan voorheen.

3.8 BESLUIT

In deze bijdrage is geschetst welke verplichtingen voortvloeien uit het mildheidsgebod zoals dat is erkend in het recht van de Europese Unie. Recent is meer duidelijkheid verschaft over de verplichtingen die uit dat gebod voortvloeien – en zeker ook welke daaruit *niet* voortvloeien. Vooralsnog zie ik geen reden om te pleiten voor aanpassing van de staande jurisprudentie van de Hoge Raad over artikel 1 lid 2 Sr, aangezien deze niet apert in strijd is met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Wel is er aanleiding de Nederlandse wetgever aan te bevelen om bij wetswijzigingen die onder de reikwijdte van het Europees recht vallen steeds een bepaling van overgangsrecht op te nemen, indien de wens bestaat om de terugwerkende kracht van die wijziging te beperken. Overigens kan eenzelfde aanbeveling worden gedaan ten aanzien van zuiver nationale wetswijzigingen, aangezien dit zou bijdragen aan de rechtszekerheid.

Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat ook met deze recente verduidelijking nog de nodige vragen open blijven. Ook andere landen worstelen nog met de betekenis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het EHRM, en het is te hopen dat één en ander de komende jaren nog verder tot ontwikkeling zal komen.⁸⁰ Wat de Nederlandse wetgever en rechter wel kunnen doen, is proberen bij te dragen aan de vormgeving van het leerstuk op Europees niveau door duidelijk stelling te nemen.⁸¹ Daarbij zou de inzet

80 Dat blijkt niet alleen uit de prejudiciële vragen besproken in paragraaf 3.3, maar ook uit B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, Berlin/Heidelberg: Springer 2012, p. 249; Satzger 2014; I. Gross, 'Keine Strafverfolgung wegen Bilanzfälschung auf Grund einer Richtlinie – Berlusconi', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2005, p. 369-373.

81 Zoals bepleit in M.A. Loth, *De Hoge Raad in dialoog; over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2014, m.n. p. 21-22.

kunnen zijn dat vanuit het perspectief van handhaving van het (Europees) strafrecht beperkingen in de toepassingsreikwijdte van het mildheidsgebod wenselijk zijn. Dat laat enige ruimte voor een verdergaande invulling van het mildheidsgebod in de lidstaten die dat wenselijk achten.

Het mildheidsgebod biedt al met al een goed voorbeeld van hoe de beïnvloeding en vooral de rechtstreekse werking en voorrang van Europees recht in het Nederlandse strafrecht gevolgen hebben voor de toepassing van strafrechtelijke beginselen. De wijze waarop beginselen moeten worden toegepast kan veranderen, omdat zij op EU-niveau een andere betekenis krijgen dan in het nationale recht. Naast deze veranderde toepassing in de EU-context krijgt het beginsel een nieuwe rol in het reguleren van de doorwerking van Europees recht in het nationale recht, terwijl het aanvankelijk niet was toegesneden op toepassing in een meerlagige context. De betekenis van beginselen van strafrecht moet daarom steeds weer worden doordacht om hun effect te kunnen waarborgen in een veranderd en veranderend strafrecht.